

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RAQUEL MAZZUCO SANT'ANA

**A COMPENSAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO
NA APLICAÇÃO E NA EXECUÇÃO DA PENA**

Florianópolis - SC

2014

RAQUEL MAZZUCO SANT'ANA

**A COMPENSAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO
NA APLICAÇÃO E NA EXECUÇÃO DA PENA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Bissoli Filho

Florianópolis - SC

2014

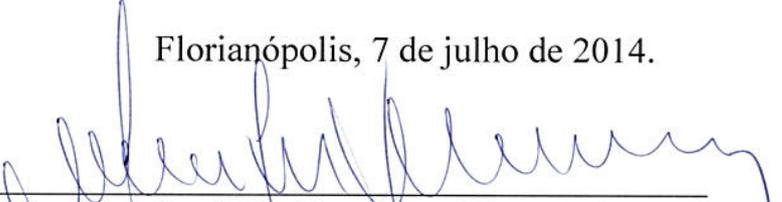


Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

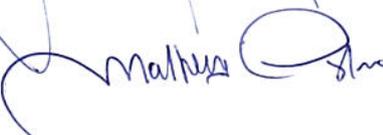
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada A COMPENSAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO NA APLICAÇÃO E NA EXECUÇÃO DA PENA, elaborada pela acadêmica **RAQUEL MAZZUCO SANT'ANA**, defendida nesta data e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE, bem como, pela Res. CNE/CES/09/2004.

Florianópolis, 7 de julho de 2014.



Prof. Dr. Francisco Bissoli Filho
(UFSC)



Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro
Membro Titular
(UFSC)



Prof. M. Sc. Marcelo Elias Naschenweng
Membro Titular
(ESMESC)

AGRADECIMENTOS

Meus agradecimentos àqueles que, de alguma forma, contribuíram para a conclusão deste trabalho monográfico.

Primeiramente a Deus, por me conceder força, fé e sabedoria ao longo desta caminhada.

Ao orientador, Professor Doutor Francisco Bissoli Filho, que, desde o primeiro contato, mostrou-se muito disponível e responsável ao contribuir com sua reconhecida competência e sabedoria a fim de aperfeiçoar este estudo, dedicando atenção necessária à elaboração de um trabalho qualificado.

Aos demais membros da banca examinadora, por terem aceitado o convite para avaliarem o presente trabalho, e por fazerem parte de um momento especial para mim.

Aos meus pais e à minha família, por todo o incentivo dispensado e pela confiança depositada.

Ao meu namorado, pelo carinho, compreensão e auxílio, além do constante estímulo aos estudos.

Aos meus amigos, por todos os momentos de companheirismo e incentivo.

RESUMO

A presente monografia tem por tema a compensação das medidas cautelares penais diversas da prisão, instituídas pela Lei n. 12.403/2011, na pena aplicada e a ser executada, mais especificamente, a título de detração penal ou de atenuante inominada. A referida Lei foi uma importante inovação trazida ao ordenamento jurídico processual penal, visto que introduziu um extenso rol de medidas cautelares alternativas à prisão, a fim de consagrar o entendimento de que o cárcere deve ser a última alternativa cautelar a ser utilizada antes da sentença condenatória transitada em julgado, configurando medida excepcional à liberdade individual. Como a Lei 12.403/2011 foi omissa em relação à compensação dessas medidas cautelares na pena a ser aplicada e a ser executada, restou uma lacuna do ordenamento jurídico penal e processual penal. O que se visa a demonstrar, com base nos princípios da não culpabilidade, do *non bis in idem*, da intervenção mínima e da proporcionalidade, que é possível a compensação das medidas cautelares diversas da prisão na aplicação e na execução da pena, em face da aplicação analógica, *in bonam partem*, dos institutos da detração penal ou da atenuante inominada.

Palavras-chave: Medidas cautelares penais – detração – atenuante inominada – analogia.

*“Onde não há caridade, não pode haver
justiça.”*

(Santo Agostinho)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 AS MEDIDAS CAUTELARES PROCESSUAIS PENAIS.....	10
2.1 Considerações iniciais	10
2.2 Aspectos históricos, conceituação e caracterização das medidas cautelares penais .	10
2.2.1 Aspectos históricos sobre as medidas cautelares penais.....	10
2.2.2 Conceituação de medida cautelar penal.....	13
2.2.3 Características das medidas cautelares penais	15
2.2.3.1 A provisoriedade das medidas cautelares penais.....	15
2.2.3.2 A revogabilidade das medidas cautelares penais.....	16
2.2.3.3 A substitutividade das medidas cautelares penais	16
2.2.3.4 A excepcionalidade das medidas cautelares penais.....	17
2.3 Requisitos das medidas cautelares	18
2.3.1 Requisitos genéricos: o fumus commissi delicti e o periculum libertatis.....	18
2.3.2 Requisitos específicos: o binômio necessidade-adequação	20
2.3.3 Os limites da incidência da decretação das medidas cautelares penais e o procedimento para a sua imposição	22
2.4 Espécies de medidas cautelares penais pessoais	24
2.4.1 Medidas cautelares diversas da prisão	25
2.4.1.1 Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades	25
2.4.1.2 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.....	26
2.4.1.3 Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante.....	27
2.4.1.4 Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução.....	28
2.4.1.5 Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos	29
2.4.1.6 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.....	30
2.4.1.7 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.....	30
2.4.1.8 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	31
2.4.1.9 A monitoração eletrônica	32
2.4.2 As novas medidas cautelares e a prisão preventiva.....	33
3 A INFLUÊNCIA DA DETRAÇÃO E DAS ATENUANTES INOMINADAS NA APLICAÇÃO E NA EXECUÇÃO DA PENA	37
3.1 Considerações iniciais	37
3.2 A influência das atenuantes inominadas na aplicação da pena	37
3.2.1 A individualização e a aplicação da pena	37
3.2.1.1 A individualização da pena	37

3.2.1.2 A aplicação e a execução da pena	39
3.2.2 Circunstâncias que incidem na aplicação da pena.....	40
3.2.2.1 Distinção entre elementares e circunstâncias	40
3.2.2.2 Classificação das circunstâncias	41
3.2.2.1.1 Circunstâncias Judiciais	41
3.2.2.1.2 Circunstâncias legais (agravantes e atenuantes)	42
3.2.2.1.3 Causas gerais e especiais de aumento ou diminuição de pena	44
3.2.3 Circunstâncias atenuantes inominadas.....	44
3.3 A detração e sua influência na fixação do regime inicial e na execução da pena	46
3.3.1 O instituto da detração penal.....	46
3.3.2 A fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.....	52
3.3.2.1 Os regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade	52
3.3.2.2 Regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade	54
3.3.3 A influência da detração na fixação do regime inicial e na execução da pena	56
4 COMPENSAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PENAIS NA PENA	
APLICADA	62
4.1 Considerações iniciais	62
4.2 Os princípios que fundamentam a compensação das medidas cautelares na pena ...	62
4.2.1 Princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade.....	62
4.2.2 Princípio da proporcionalidade	64
4.2.3 Princípio do non bis in idem,	65
4.2.4 Princípio da intervenção mínima.....	66
4.3 Possibilidades e impossibilidades da detração das medidas cautelares diversas da prisão na pena segundo os critérios de privação ou restrição da liberdade e da analogia <i>in bonam partem</i>	67
4.3.1 Aspectos gerais sobre a aplicação da analogia no Direito Penal.....	67
4.3.1.1 Conceituação da analogia.....	67
4.3.1.2 A possibilidade da aplicação da analogia <i>in bonam partem</i> no Direito Penal ..	68
4.3.2 Possibilidade da aplicação do instituto da detração penal em relação às medidas cautelares penais diversas da prisão ou internação provisória.....	69
4.3.2.1 O instituto da detração penal	69
4.3.2.2 A ampliação do rol de medidas cautelares penais e a ausência de previsão da aplicação da detração em relação a essas medidas.....	70
4.3.2.3 O caráter restritivo da liberdade das medidas cautelares diversas da prisão.....	71
4.3.2.4 A possibilidade da aplicação da detração em relação às medidas cautelares penais diversas da prisão	72
4.3.2.5 Os modos de incidência do instituto da detração das medidas cautelares diversas da prisão na pena	74
4.3.3 Impossibilidade da aplicação do instituto da detração penal em relação às medidas cautelares penais diversas da prisão ou internação provisória	78
4.4 A incidência das medidas cautelares penais como atenuantes inominadas: critério supletivo diante da impossibilidade da detração.....	79
4.4.1 A necessidade de construção de um critério alternativo à detração para a compensação das medidas cautelares diversas da pena imposta	79
4.4.2 A aplicação analógica e combinada dos artigos 8º e 66 do Código Penal.....	79
4.4.3 O modo de incidência da atenuante inominada relativa às medidas cautelares penais diversas da prisão	80
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	85

1 INTRODUÇÃO

A prisão tem sido um instrumento cada vez mais utilizado como meio de controle social. No entanto, o sistema penitenciário brasileiro vem sofrendo um grave problema de superlotação da população carcerária, visto que a prisão cautelar tem sido utilizada excessivamente e de forma banalizada, ocupando grande parte das vagas existentes.

Nesse contexto, entrou em vigor, em 4 de julho de 2011, a Lei n. 12.403, publicada no dia 5 de maio do mesmo ano, como o resultado de uma série de discussões e reformas já implementadas pelo ordenamento jurídico processual penal. A referida Lei trouxe alterações no que se refere à prisão cautelar, à liberdade provisória, à fiança e, principalmente, às medidas cautelares pessoais alternativas à prisão provisória.

A Lei n. 12.403/2011 quis, sobretudo, atender aos preceitos constitucionais de que a liberdade deve ser a regra, sendo a prisão provisória exceção, com a finalidade de não antecipar no lapso temporal cautelar, a condenação advinda da sentença penal transitada em julgado. Surgiu, portanto, no intuito de romper com a dicotomia tradicional de prisão-liberdade até então vigente, apresentando novas alternativas menos severas ao cárcere preventivo e colocando a prisão provisória como exceção, como *ultima ratio*, aplicando-a, somente, quando esta for urgente e necessária.

Assim, a nova Lei quer, além de tudo, realizar uma possível e efetiva diminuição carcerária no que tange aos presos cautelares, através da instituição de uma gama de medidas cautelares diversas da prisão, as quais, de algum modo, restringem a liberdade do acusado e funcionam como intermediárias à liberdade e à prisão, ou seja, são alternativas a serem aplicadas antes de se recorrer ao cárcere.

Vale ressaltar, por conseguinte, que o novo sistema de medidas cautelares no processo penal tem a finalidade de preservação da persecução penal e da efetiva aplicação da lei penal, bem como dos direitos e interesses do ofendido em respeito aos princípios da não culpabilidade, da proporcionalidade, do *non bis in idem*, da individualização da pena.

A par do advento das inovações benéficas trazidas pela Lei n. 12.403/2011, há uma questão a ser respondida: nada dispondo a lei sobre a possibilidade da compensação das medidas cautelares diversas da prisão na pena a ser aplicada e executada, seria possível aplicar analogicamente o instituto da detração para essas

medidas cautelares ou considerá-las como atenuantes inominadas? O presente trabalho visa a fornecer soluções na tentativa de suprir a omissão legislativa.

A resposta provisória ou hipótese que se apresenta a essa indagação é no sentido de que o instituto da detração penal, previsto no artigo 42 do Código Penal, pode ser aplicado analogicamente para compensar as medidas cautelares penais que se assemelharem à pena imposta ao final, enquanto que aquelas medidas cautelares que, de algum modo, implicam limitações aos direitos e garantias do acusado, restringindo o seu *status libertatis* em maior ou menor grau dependendo da medida, podem ser consideradas como atenuantes inominadas, nos termos do artigo 66 do Código Penal.

De fato, as medidas cautelares diversas da prisão não se confundem com a prisão preventiva propriamente dita, nem mesmo com liberdade provisória, no entanto, por representarem graus de restrição ao direito de liberdade do acusado ou indiciado, precisam ser analisadas à luz dos institutos da detração penal e da atenuante inominada.

Por isso, o objetivo geral do presente trabalho é demonstrar as possibilidades de compensação das medidas cautelares diversas da prisão na pena aplicada e a ser executada, a título de detração ou de atenuante inominada.

Mais especificamente, a presente pesquisa visará: 1) descrever os aspectos históricos e conceituais relacionados às medidas cautelares processuais penais pessoais, e aos requisitos para a sua aplicação e às distintas espécies de medidas cautelares existentes; 2) descrever a influência exercida pelas medidas cautelares na aplicação e na execução da pena; e 3) demonstrar as possibilidades de compensação das medidas cautelares diversas da prisão na pena a ser aplicada e executada, ponderando acerca das possibilidades ou impossibilidades da detração para as medidas cautelares similares e distintas à prisão provisória, e por fim, argumentar, por um critério supletivo, acerca das medidas cautelares diversas da prisão como atenuantes inominadas.

A pesquisa realizada e a elaboração deste trabalho embasar-se-ão no método de abordagem dedutivo, na medida em que, com base nas teorias gerais do Direito Penal e Processo Penal, foi analisada a situação atual da realidade atual legislativa no que tange às medidas cautelares e a detração com vista à dedução de uma resposta específica lastreada em aspectos mais gerais. Os métodos de procedimento adotados serão o descritivo, por valer-se de construções já realizadas e contidas nas fontes bibliográficas estudadas, e o argumentativo, pois se construirá uma resposta para o

suprimento da omissão legislativa no que se refere à possibilidade da detração penal para as medidas cautelares diversas da prisão com base em argumentos decorrentes da principiologia jurídico-penal. As técnicas de pesquisa são a bibliográfica e a documental, valendo-se de fontes como a doutrina, a jurisprudência, e o ordenamento jurídico-penal e processual penal positivo pátrio. A teoria de base utilizada é o dogmatismo jurídico-crítico, que não se baseia, apenas, na interpretação literal dos textos normativos, mas, sobretudo, na elaboração sistemática de conceitos que levam em consideração os princípios jurídico-penais e processuais penais e aspectos político-criminais.

Para o estudo destas questões, este trabalho foi estruturado em três capítulos.

O primeiro capítulo visará à apresentação e à análise das medidas cautelares penais pessoais, mais especificamente daquelas medidas que estão relacionadas no artigo 319 do Código de Processo Penal, com a exposição de seus aspectos históricos, conceituação, características, requisitos para imposição e especificação.

O segundo capítulo tratará da influência da detração e das atenuantes inominadas na aplicação e na execução da pena, através de uma análise geral sobre atenuantes inominadas a partir de uma síntese dos aspectos relacionados à aplicação da pena. Posteriormente, discorrer-se-á sobre o instituto da detração penal e também sobre a alteração legislativa que trata da influência da detração penal na fixação do regime do inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.

O terceiro capítulo tratará, especificamente, da compensação das medidas cautelares diversas da prisão na pena. Será realizada uma descrição dos principais princípios que embasam a problemática. Após, ao discorrer sobre a analogia *in bonam partem*, serão demonstradas as possibilidades e impossibilidades da detração das medidas cautelares diversas da prisão. E, por último, serão demonstrados os casos em que as medidas cautelares poderiam ser descontadas da pena, de modo proporcional ao grau de restrição da liberdade da medida, a título de atenuante inominada.

2 AS MEDIDAS CAUTELARES PROCESSUAIS PENAIS

2.1 Considerações iniciais

O presente capítulo visa à apresentação e à análise das medidas cautelares penais pessoais, mais especificamente daquelas medidas que estão relacionadas no artigo 319 do Código de Processo Penal, que constituem alternativas à prisão, mas que restringem, de alguma forma, a liberdade da pessoa humana.

O capítulo está dividido em três itens. Primeiramente, serão expostos os aspectos históricos, a conceituação e a caracterização das medidas cautelares penais. No segundo item, serão apresentados os requisitos genéricos e específicos que se fazem necessários para concessão das medidas cautelares penais pessoais, bem como uma breve exposição sobre os limites da incidência da decretação das medidas cautelares penais pessoais e o procedimento para a sua imposição. Por fim no terceiro momento, será apresentada uma classificação das medidas cautelares penais diversas à prisão e as relações que existem entre estas e a prisão preventiva.

2.2 Aspectos históricos, conceituação e caracterização das medidas cautelares penais

2.2.1 Aspectos históricos sobre as medidas cautelares penais

A Constituição da República Federativa do Brasil atualmente vigente foi promulgada em 1988, 46 anos após a entrada em vigor do Código de Processo Penal (CPP), o que fez com que esse diploma e outros já existentes passassem a carecer de certas mudanças, a fim de se adequarem à Lei Maior e à sua interpretação.

Assim sendo, no intuito de acompanhar os avanços e as modificações decorrentes do fenômeno social, a partir de 2001, surgiram diversas inovações legislativas, no sentido de adaptar, constitucionalmente, o Código de Processo Penal, a exemplo da Lei n. 10.258, de 11 de julho de 2001, que alterou dispositivos relativos à prisão especial; da Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que tratou do interrogatório no processo penal; da Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008, que modificou o rito do júri; da Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008, que modificou a disciplina das provas; e da Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, que modificou o

procedimento comum. Há, ainda, outras leis, que, também, produziram reflexos nas medidas cautelares no processo penal, como é o caso da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, a qual disciplinou os Juizados Especiais, e da Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, mais conhecida como Lei “Maria da Penha”.

Nessa mesma perspectiva de inovações legislativas, surgiu a Lei n. 12.403, de 4 de julho de 2011, resultado do Projeto de Lei n. 4.208, de 2001, debatido há aproximadamente 10 anos, sendo, também, parte de uma “onda” de transformações, cuja finalidade seria tornar o Código de Processo Penal mais atual e adaptado às recentes demandas sociais. A referida Lei, portanto, surgiu para dar prosseguimento às reformas já implementadas no âmbito processual penal, buscando, também, alinhar nosso sistema com legislações internacionais.

Foi sistematizado o tratamento das medidas cautelares pessoais e se mantiveram a prisão temporária, a prisão provisória, com alterações sobre sua incidência, e a prisão em flagrante com natureza pré-cautelar.

A recente lei, ao mesmo tempo em que introduziu alterações relevantes no âmbito da prisão, modificou, também, questões referentes à liberdade provisória, à fiança, e, sobretudo, às medidas cautelares de modo geral, no tocante ao número, à natureza, à forma de aplicação, sendo introduzido no Código de Processo Penal um rol de medidas alternativas à prisão, as quais já existiam no código português e italiano. O título IX do Código de Processo Penal, que, antes das referidas alterações, era designado como “da prisão e da liberdade provisória”, agora, passou a ser denominado “da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória.” Essas medidas são referentes às medidas cautelares de natureza pessoal e serão objeto de estudo do presente capítulo.

As medidas cautelares pessoais surgiram com o intuito de amenizar excessos diante da decretação das prisões preventivas, já que permitem impor limites aos acusados sem, necessariamente, privar-lhes total liberdade, assim como visam a eliminar um sistema bipolar de medidas cautelares pessoais o qual funcionava, apenas, com as extremidades da prisão preventiva e da liberdade provisória. A mesma idéia é trazida por Maluly e Demercian (2011, p. 5) no trecho:

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.

Hoje, vigora em nosso ordenamento a regra do estado de inocência, explícito no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, segundo o qual o acusado, solto ou preso, deve ser considerado inocente, o que implica reconhecer que a sua prisão pode ser admitida, apenas, em situações excepcionais. A liberdade, portanto, deve ser tida como regra, sendo a prisão, em consequência, a exceção. Sobre o tema, disserta Maciel (2011, p. 176):

A criação das medidas cautelares diversas da prisão [...] é uma necessária reverência ao princípio constitucional da presunção da inocência. Uma determinação legislativa de concretização desse princípio. A prisão provisória deixou de ser a única saída do juiz para acautelar os escopos do processo penal.

A medida cautelar assegura ao acusado alguma restrição ou ônus para que fique vinculado ao processo, sem, no entanto, que o Estado precise recorrer ao cárcere. Quanto a isso, Fernandes (2012, p. 315) ressalta que:

Em caso de ser imposta medida cautelar, o liberado ficará, em maior ou menor intensidade, vinculado ao processo. O descumprimento dos deveres impostos pela lei poderá fazê-lo retornar à situação anterior, ou ter seus compromissos processuais agravados. Quem, todavia, já está livre ou foi liberado sem imposição de medida cautelar, só será preso se circunstâncias previstas indicarem a necessidade da segregação provisória, ou de outra medida cautelar.

Anteriormente à nova lei, quando vigorava a dita bipolaridade, o magistrado penal, em favor do poder geral de cautela, decretava medidas cautelares processuais atípicas, ou seja, não previstas legalmente, por analogia *in bonam partem*, a fim de beneficiar o acusado e não decretar de imediato sua prisão preventiva. Por conseguinte, nota-se que a recente alteração legislativa teve como ponto relevante o rompimento do binômio prisão-liberdade até então vigente e a introdução de um modelo poliformo de medidas cautelares, no qual é oferecido ao magistrado um leque de medidas alternativas à prisão.

Nesse sentido, discorre Gomes (2011, p. 26):

O novo diploma legal ampliou consideravelmente o leque de medidas cautelares diversas da prisão cautelar e da prisão domiciliar, proporcionando-se ao juiz a escolha, dentro de critérios de legalidade e de proporcionalidade, da providência mais ajustada ao caso concreto [...].

O autor (2011, p. 26) ainda afirma, na mesma obra, que “várias são as medidas cautelares, agora, colocadas à disposição do juiz [...] Elas contam com primazia sobre a prisão cautelar (sobre o encarceramento)”.

Com a recente reforma das medidas cautelares, o Código de Processo Penal passou a prever, portanto, entre os extremos acima mencionados, nove instrumentos com o escopo de limitar os direitos do acusado sem a necessidade do cárcere: comparecimento periódico em juízo, proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, proibição de manter contato com pessoa determinada, proibição de ausentar-se da Comarca, recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, internação provisória do acusado imputável ou semi-imputável, fiança, monitoração eletrônica, além da proibição de ausentar-se do País. Tais espécies serão posteriormente analisadas uma a uma.

Vale destacar que a cautelarização vem assumindo crescente importância, com a necessidade cada vez maior da antecipação da prestação jurisdicional. A superação da dicotomia prisão-liberdade veio tutelar de forma mais efetiva tanto o processo penal como o acusado e a própria sociedade. As alterações nas medidas cautelares trouxeram, por sua vez, o cuidado com o acusado de modo que ele não seja punido desproporcionalmente pelo delito cometido, beneficiando aqueles que estão cumprindo prisão preventiva ou temporária, ou aqueles detidos em flagrante por crimes mais brandos. Outra consequência crucial é a diminuição carcerária, em que pese às celas abrigarem número acima da sua capacidade, e a maioria nem condenado está.

Deve-se atentar para a não banalização do controle, agora com o aumento da possibilidade de medidas a serem aplicadas, “o que se busca com a reforma é reduzir o campo de incidência da prisão cautelar e não criar um maior espaço de controle estatal sobre a liberdade individual”. (LOPES JR., 2012, p. 854)

2.2.2 Conceituação de medida cautelar penal

O sistema de medidas cautelares visa assegurar a eficácia processual, ou seja, o resultado útil do processo principal, tendo como objetivo a preservação da prova no processo, bem como dos direitos e interesses do ofendido. Tais medidas surgiram de modo a respeitar princípios constitucionais como o devido processo legal, o estado de inocência, o contraditório, a provisionalidade, a provisoriedade, a excepcionalidade, a proporcionalidade e a motivação. (BONFIM, 2012, p. 19)

De acordo com Lopes Jr. (2012, p. 780), “as medidas cautelares são instrumentos a serviço do processo, para tutela da prova ou para garantir a presença da parte passiva”.

Entende-se, pois, por medida cautelar aquela com a finalidade de garantir a viabilidade do resultado final do processo, aplicada antes da sentença transitada em julgado.

Importante salientar que “toda e qualquer medida cautelar no processo penal somente pode ser utilizada quando prevista em lei (legalidade estrita) e observados seus requisitos legais no caso concreto”. (LOPES JR., 2012, p. 782)

Deve-se atentar para o fato de que as medidas cautelares não possuem um fim em si mesmo, isto é, não podem ser confundidas com pena, elas são, na verdade, mais do que uma segurança à aplicação do direito material, caracterizam um meio para assegurar a lei penal, a eficácia do procedimento definitivo ou da investigação criminal, ou para evitar que ocorram novas infrações. Portanto, não devem ser usadas de forma deturpada, configurando uma extensão de controle, devem ser, pelo contrário, redutoras de danos.

Consoante a esse pensamento, Lopes Jr. (2012, p. 841) afirma que “as funções de prevenção geral e especial e retribuição são exclusivas de uma pena, que supõe um processo judicial válido e uma sentença transitada em julgado. Jamais tais funções podem ser buscadas na via cautelar.” No mesmo sentido, entende Gomes (2011, p. 26), no que tange às medidas cautelares e penas alternativas: “medidas cautelares alternativas à prisão cautelar não são a mesma coisa que penas alternativas. As penas alternativas substituem a pena de prisão já imposta na sentença”.

É possível encontrar nos códigos processuais penais recentes de Portugal e da Itália uma sistematização das medidas cautelares, na qual são separadas em pessoais, incidentes sobre o acusado ou indiciado; reais, relacionadas à garantia da reparação do dano; ou probatórias, destinadas a assegurar a instrução do processo. (FERNANDES, 2012, p. 287)

Até a vigência da Lei n. 12.403/2011, não era dado esse tratamento sistemático às medidas cautelares penais, as quais hoje integram o sistema processual penal, podendo ser de diversas espécies. Segundo Ishida (2102, p. 194) classificam-se em:

[...] reais, quando visam garantir a satisfação de um direito sobre a coisa (do Estado ou do ofendido), probatórias, quando objetivam obter uma prova no processo penal, e as pessoais, que recaem sobre o indiciado ou acusado, como forma de garantir sua participação no processo.

Cabe ao presente trabalho, em especial neste capítulo, a análise acerca das medidas cautelares penais de natureza pessoal, ou seja, as relacionadas ao acusado e aos efeitos de seu comportamento para a ordem processual. São estas as medidas que sofreram reformulação pela nova lei.

Por fim, a nova legislação visa, principalmente, buscar alternativas à privação total da liberdade, já que a segregação tem ido contra a ressocialização do indivíduo. Desse modo, afirma Maciel (2011, p. 171): “a presente reforma ampliou o leque de opções do juiz criminal, permitindo-lhe trabalhar com mais possibilidades de acautelar o processo, sem necessariamente privar a liberdade de quem ainda não está definitivamente condenado”.

2.2.3 Características das medidas cautelares penais

As medidas cautelares previstas pelo artigo 319 do Código de Processo Penal, bem como as demais medidas de outra natureza, possuem inúmeras características quando aplicadas no decorrer do inquérito policial ou do processo penal. Dentre todas elas, destacam-se a provisoriedade, a revogabilidade, a substitutividade e a excepcionalidade.

2.2.3.1 A provisoriedade das medidas cautelares penais

Quando se diz que as medidas cautelares previstas pelo artigo 319 do Código de Processo Penal e as demais medidas desta natureza são provisórias, quer dizer que elas vigoram durante um período determinado, isto é, com tempo delimitado à necessidade de sua duração, o que significa dizer que devem existir apenas para a situação presente ser preservada ou constituída no provimento cautelar. No que tange ao assunto, tem-se o exposto abaixo:

(...) toda medida cautelar é caracterizada pela “provisoriaidade”, 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. (THEODORO JR. apud BONFIM, 2011, p. 20)

Deve-se, do mesmo modo, levar em conta que este tempo relaciona-se também com a constrição da liberdade do indivíduo que, ainda que em menor escala que a prisão, deve ser exceção.

Tais medidas não devem, então, assumir caráter definitivo, devendo fazê-lo apenas com a sentença condenatória transitada em julgado, embora o legislador não tenha estabelecido prazo máximo da duração da medida cautelar.

Portanto, toda medida cautelar está vinculada a uma determinada situação fática, e a provisoriedade está relacionada com essa situação, a qual motivou a decretação da medida cautelar. Alterando-se essa situação fática, é natural que também se modifique a medida cautelar. (GOMES, 2011, p. 73)

2.2.3.2 A revogabilidade das medidas cautelares penais

As medidas cautelares penais podem ser revogadas ou substituídas por outras medidas conforme a circunstância em que se encontra o processo e subsista a condição para a imposição de determinada medida. Tomando como exemplo o inciso V do artigo 319 do Código de Processo Penal, que trata do recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência ou trabalho fixos, caso o réu mude de domicílio ou, por qualquer motivo, seja demitido de seu emprego, tal medida perde sua condição de validade e, deixando de ser, portanto, necessária, pode ser revogada em face de sua provisoriedade.

As medidas cautelares penais são, portanto, revogáveis, quando não mais se fizerem necessárias no caso concreto, ou seja, quando a situação fática for alterada, influenciando, também, a alteração das condições de validade da medida decretada. Outro ponto decorrente de tal característica se encontra na possibilidade de imposição da medida cautelar a qualquer momento, respeitando o requisito de “se sobrevierem razões que a justifiquem”, ou seja, se permanecer ou voltar a existir um pressuposto fático que se enquadre nas espécies do artigo 319 do Código de Processo Penal, a medida cautelar poderá ser novamente imposta. (BONFIM, 2011, p. 21)

2.2.3.3 A substitutividade das medidas cautelares penais

Assim como a medida cautelar pode ser revogada, ela também poderá ser substituída por outra, quando verificada a falta de condição para sua existência,

porquanto, conforme expresso no parágrafo 5º do artigo 282 do Código de Processo Penal, “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.” Também o parágrafo 4º desse mesmo artigo estabelece que a medida cautelar possa ser substituída, de forma isolada ou cumulativa com outra:

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

Segundo Gomes (2011, p. 73), “o primeiro dever do juiz consiste em substituir a medida descumprida, caso encontre outra no ordenamento jurídico que possa atender a finalidade almejada [...]”.

O parágrafo 6º do referido artigo estabelece que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).” Como se percebe, a lei estabelece a prisão preventiva como última alternativa de aplicação, a qual deve ser decretada, apenas, se não for possível sua substituição por uma medida cautelar pessoal ou quando esta for insuficiente. “Em último caso, a lei conferiu ao juiz a possibilidade de decretar a prisão preventiva. A primazia é das medidas cautelares distintas da prisão”. (GOMES, 2011, p. 73)

Sobre as medidas cautelares quando substitutivas da prisão, relata Maciel (2011, p. 175):

São decretadas nas infrações para as quais são previstas a prisão preventiva ou temporária. Nesse caso o juiz verifica que apesar de estarem presentes os motivos da prisão cautelar, as medidas substitutivas (diversas da prisão) podem suficientemente cumprir as mesmas finalidades da prisão preventiva ou temporária, sem necessidade da medida extrema do encarceramento (art. 321 do CPP).

2.2.3.4 A excepcionalidade das medidas cautelares penais

As medidas cautelares diversas da prisão possuem preferência diante de medidas cuja aplicação enseja cerceamento de liberdade em maior grau, como acontece nos casos da prisão provisória. No entanto, ainda assim, as cautelares alternativas não deixam de ser limitações às garantias e liberdades do acusado e, como a restrição à liberdade do indivíduo caracterizará sempre um constrangimento, tais medidas não devem desprezar o critério da excepcionalidade, sendo impostas somente se existentes os requisitos de necessidade e adequação previsto no artigo 282,

incisos I e II, do Código de Processo Penal, os quais serão tratados adiante. (BONFIM, 2011, p. 23)

As medidas cautelares penais têm, também, um caráter excepcional, para que não se transformem em uma possível antecipação da pena, no sentido de não tornar definitivo o que surgiu para ser emergencial, até porque a Constituição Federal já deixou evidente o princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade em seu artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Ademais, explica Bonfim (2011, p. 25) que quanto à excepcionalidade das medidas cautelares penais implica observar que a imposição dessas medidas somente pode ocorrer se estiverem, previamente, expressas em lei, sendo elas, portanto, taxativas, em respaldo ao princípio da legalidade.

2.3 Requisitos das medidas cautelares

2.3.1 Requisitos genéricos: *o fumus commissi delicti e o periculum libertatis*

A prisão preventiva, como medida cautelar específica do processo penal, e por incidir diretamente sobre a liberdade do indivíduo, um bem constitucionalmente protegido, possui requisitos próprios de admissibilidade. Contudo, a partir do advento da Lei n. 12.403/2011, esses pressupostos de aplicação passaram a caber em relação a todas as medidas cautelares penais e não mais, apenas, em relação à prisão preventiva.

Acerca do tema, relata Lopes Jr. (2012, p. 853):

Importante sublinhar que não se trata de usar tais medidas quando não estiverem presentes os fundamentos da prisão preventiva. Nada disso. São medidas cautelares e, portanto, exigem a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, não podendo, sem eles, serem impostas. Inclusive, se durante uma prisão preventiva desaparecer completamente o requisito e/ou fundamento, deve o agente ser libertado sem a imposição de qualquer medida alternativa.

Em respeito ao seu caráter excepcional, as medidas cautelares, a exemplo da prisão cautelar, devem ser impostas somente se preenchidos requisitos imprescindíveis à cautelaridade, denominados *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, expressões decorrentes do *fumus boni iuris* (“fumaça do bom direito”) e do *periculum in mora* (“perigo da demora”), presente nas medidas cautelares de natureza cível.

O *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, ainda que sejam expressões advindas de institutos do processo civil, com eles não se confundem, haja vista o fundamento de que no caso do *fumus boni iuris*, no processo civil, significa a provável existência de um direito, enquanto que, no processo penal, o *fumus commissi delicti* designa a provável ocorrência de um delito, ou seja, que há indícios da autoria e prova da materialidade de um crime, o que implica dizer que ambos os institutos dizem respeito a situações diversas que ocorrem no âmbito processual civil e no âmbito penal.

O mesmo ocorre em relação ao *periculum in mora*, o qual denota o risco da decisão tardia na esfera cível enquanto que, na seara penal, o *periculum libertatis* traduz uma preocupação não com a passagem do tempo em si, mas sim com o perigo, tão somente, ligado à conduta do imputado, à sua liberdade e ao risco do andamento do processo. (BONFIM, 2011, pp. 26-28)

Nesse sentido, afirma Gomes (2011, p. 33) que “[...] toda medida cautelar tem que estar fundada em duas premissas: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Essa terminologia é adequada ao processo civil. Não corresponde em nada às finalidades do processo penal”.

O requisito *fumus commissi delicti* é, portanto, próprio do processo penal e significa algo como a “fumaça prática de um fato punível”, ou seja, os indícios suficientes de autoria e a suspeita razoável da ocorrência do crime. Assim, Lopes Jr. (2012, p. 824), entende por *fumus commissi delicti* “o requisito da prisão preventiva, exigindo-se para a sua decretação que existam ‘prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria’”.

Deve haver um lastro probatório mínimo para a existência do crime e indicativos do seu elemento subjetivo, pois a prova para a ação penal pode ser entendida como a maior aproximação possível à ocorrência do delito e não necessariamente à prova de forma certa, definitiva, porquanto a medida cautelar objetiva justamente a produção ou o aperfeiçoamento da prova da materialidade do delito, caso contrário a cautelar se transformaria em pena antecipada, pois haveria um pré-julgamento quanto à autoria e à materialidade do crime.

O *fumus commissi delicti* é um dos requisitos imprescindíveis para a aplicação das medidas cautelares, em que pese à imposição destas só será possível se tal requisito estiver cumulativamente presente com o *periculum libertatis*, pressuposto relacionado à liberdade do investigado ou acusado e o risco dessa liberdade para o processo e para o meio social.

De maneira mais detalhada, o *periculum libertatis*, sob a ótica de Lopes Jr. (2012, p. 828), “é o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no CPP como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal”.

Esse risco pode ser controlado apenas com a imposição de vedações decorrentes das medidas cautelares alternativas e não necessariamente com a decretação da prisão preventiva, embora seja requisito também para a aplicação desta, conforme consta no artigo 312 do Código de Processo Penal.

2.3.2 Requisitos específicos: o binômio necessidade-adequação

As medidas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal têm sua aplicação viabilizada pelos requisitos específicos positivados pelo artigo 282, incisos I e II, do Código de Processo Penal:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Esses pressupostos consistem em diretrizes de regulamentação a todas as medidas cautelares pessoais, e correspondem, a grosso modo, àqueles previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, os quais regulamentam a decretação da prisão preventiva no tocante à “conveniência para a investigação ou instrução criminal e a garantia de aplicação da lei penal”. Esses dispositivos revelam duas regras norteadoras da incidência das medidas cautelares que formam o binômio necessidade-adequação.

Nota-se que a hipótese referente ao inciso I do artigo 282 do Código de Processo Penal revela a indispensável instrumentalidade das medidas cautelares, visto que essas cautelas têm por objetivo assegurar o resultado último do processo, que só se concretizará se o acusado não se furtar à aplicação da lei penal e não criar problemas à persecução penal. Nota-se que aqui deve haver existência de prova concreta que evidencie a impossibilidade de aplicar a lei penal e o prejuízo à investigação ou instrução criminal, cabendo ao magistrado julgar a necessidade ou não para a aplicação da medida.

Preenchido o requisito da necessidade da aplicação da medida cautelar, caberá, posteriormente, a análise da adequação. O inciso II do artigo 282 do Código de

Processo Penal, por sua vez, o qual está relacionado com o princípio da proporcionalidade, apresenta as premissas basilares pelas quais o magistrado deverá escolher e aplicar as medidas de maneira fundamentada, devendo ser adequadas à finalidade para qual foram instituídas, de modo que essa finalidade detenha legitimidade constitucional e relevância social e, por fim, que evite a imposição de medidas desproporcionais. Nesse ponto, resume Fernandes (2012, p. 289):

Como a Lei permite a aplicação de diversas medidas cautelares (art. 319, incisos I a X, CPP), deve o juiz verificar, em cada caso, se a cautela é necessária e qual é a medida mais adequada. A necessidade está aferida com base em exigências de aplicação da lei penal, de investigação ou de instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, de evitação da prática de infrações penais (art. 282, I). Os parâmetros para análise da adequação são a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do indiciado ou do acusado (art. 282, II).

A adequação da medida cabe no sentido de que se proceda à proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, que se faça o balanceamento, a ponderação dos valores que estão em jogo no caso concreto, para se obter a melhor decisão, no sentido de que a medida deve ser coerente com o dano que visa a combater. É conveniente a realização da seguinte pergunta no momento da aplicação: se “as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?”. (BONFIM, 2011, p. 33)

Supondo que um crime tenha sido praticado com violência e grave ameaça, é fato que a permanência do agente em liberdade poderá trazer sérias conseqüências à ordem pública, caso em que caberia a decretação da prisão preventiva, se presentes todos os seus requisitos. De outro norte, tem-se que seria desproporcional conceder medidas que restringem totalmente a liberdade do indivíduo para crimes mais brandos.

Destarte, cumpre ressaltar que as medidas devem ser aplicadas sempre no intuito de evitar a decretação da prisão cautelar, a não ser que não sejam suficientes para a finalidade a que se destinam, ou seja, que não comportem o juízo de necessidade e de adequação.

Ainda no tocante à adequação, vale salientar que esta não se limita, apenas, à escolha da medida cautelar mais condizente com a situação, mas, também, à sua execução, pois, quando descumprida qualquer das obrigações advindas da medida cautelar imposta, caberá ao juiz decidir entre substituir a medida, impor outra cumulativamente, ou, como última opção, decretar a prisão preventiva. Ademais se cessarem os motivos que justifiquem a existência da medida aplicada, pode haver a sua

substituição por outra ou pode o juiz voltar a decretá-la, se voltarem a existir as razões que a justifiquem.

Para que ocorra a prisão preventiva, são necessários os requisitos acima citados, além de estarem presentes os seus fundamentos.

2.3.3 Os limites da incidência da decretação das medidas cautelares penais e o procedimento para a sua imposição

Quando ocorre a prisão em flagrante, e após analisadas as circunstâncias que envolvem o caso concreto, o juiz pode, excepcionalmente, decretar a prisão preventiva, respeitando seus pressupostos de admissibilidade, ou substituí-la por alguma medida cautelar diversa da prisão, prevista no rol do art. 319 do Código de Processo Penal, escolhendo-a de acordo com o grau de privação necessário a ser dado ao acusado pelo delito cometido no caso concreto.

No entanto, ressalta-se que, de acordo com a nova legislação, as medidas cautelares diversas da prisão podem ser aplicadas, sem, necessariamente, ocorrer a prévia prisão em flagrante. Assim, as medidas cautelares penais podem ser impostas, de forma independente, na fase de investigação ou na fase processual.

Diante disso, nota-se que as medidas cautelares podem ser aplicadas de forma autônoma, isto é, sem a existência de ação ou provocação das partes, o que não ocorre no processo civil. E, para que sejam eficientes e atendam seus objetivos nas condições estabelecidas pelos incisos I e II do art. 282 do Código de Processo Penal, elas podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, conforme o parágrafo 1º desse mesmo artigo.

Sobre o tema, relata Gomes (2011, p. 27):

As medidas alternativas disciplinadas no art. 319 do CPP [...] poderão ser determinadas isolada ou cumulativamente. Caso o indiciado ou acusado descumpra alguma das obrigações impostas pelas medidas cautelares o juiz poderá substituir a medida por outra, impor outra em cumulação, e até mesmo, em último caso, decretar a prisão preventiva. Também poderá ser revogada ou substituída quando o juiz verificar a falta de motivo que subsista, o que não impede nova decretação, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Consoante o parágrafo 2º do dispositivo acima referido, “as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante

requerimento do Ministério Público.” Quando o processo se encontra na fase de investigação criminal, ainda não existe a acusação e, desse modo, apenas o Ministério Público e a autoridade policial podem demandar ao magistrado a decretação de uma medida cautelar. No entanto, em se tratando de crime de ação penal privada, o ofendido pode pleitear sobre a medida cautelar aplicada, conforme a urgência das circunstâncias, diretamente ao juízo.

Em regra geral, as medidas cautelares devem ser impostas pelo juiz após a intimação da parte contrária. Entretanto, excepcionalmente, a medida poderá ser imposta, sem a prévia comunicação e oitiva do indiciado ou acusado, nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, situação em que a parte contrária tomará conhecimento, apenas, quando ocorrida a sua decretação. Aqui não se configura violação ao princípio do contraditório, visto que este será exercido em ocasião oportuna, pois, dessa forma, não há perigo quanto à ineficácia da medida. Vale salientar que seria ilógico ao procedimento penal o magistrado consultar o acusado ou indiciado sobre a necessidade-adequação e conveniência da medida a ser aplicada. Passado isto, tem-se a configuração do contraditório e da ampla defesa, pelos quais o indiciado ou acusado poderá contestar a medida aplicada. (BONFIM, 2011, p. 40)

Essa sistemática de procedimento das medidas cautelares penais está estabelecida no parágrafo 3º do artigo 282 do Código de Processo Penal, segundo o qual, “ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo”.

O magistrado, diante do pedido de medida cautelar de caráter penal, se não se tratar de caso de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, deverá intimar a parte contrária para audiência ou, no mínimo, conceder o prazo necessário à manifestação da defesa sobre o cabimento ou não da medida cautelar prevista, para, apenas posteriormente, analisar a medida cautelar quanto seus requisitos de necessidade e adequação.

Vale frisar que o acusado ou indiciado que sofreu a medida cautelar decretada poderá manifestar-se, posteriormente, a fim de litigar sua revogação. Se a medida for de restrição de liberdade e se a parte contrária constatar alguma ilegalidade poderá, ainda, ingressar em juízo com pedido de *habeas corpus*.

Conclui-se que a medida cautelar pessoal, portanto, poderá ser aplicada quando for necessária, de modo alternativo à prisão preventiva e a qualquer tempo no curso do processo ou da investigação, podendo, também, ser aplicada juntamente com a liberdade provisória e de maneira cumulativa com outra medida diversa. (LOPES JR., 2012, p. 854)

Quanto ao limite de tempo de duração da medida cautelar, cabe ao magistrado observá-las no caso concreto e substituí-la ou revogá-la quando esta não se fizer mais necessária.

2.4 Espécies de medidas cautelares penais pessoais

As medidas cautelares podem ser de diferentes espécies, tais como as instrutivas ou probatórias, as quais visam à produção de provas no processo penal; as reais ou patrimoniais, cujo objetivo é garantir a limitação da disponibilidade de bens; e as pessoais, as quais recaem sobre o acusado ou indiciado a fim de garantir o seu bom comportamento, para preservar a ordem processual. O presente trabalho tem como foco, apenas, o estudo das medidas cautelares de natureza pessoal.

Conforme já mencionado, a Lei n. 12.403/2011 introduziu novas medidas cautelares de natureza pessoal, com escopo de dotar o magistrado com alternativas ao cárcere, sendo elas aplicadas, conforme os critérios de necessidade e adequação, nos termos do artigo 282 do Código de Processo Penal. Positivadas pelo artigo 319 desse mesmo Código, são nove as medidas cautelares pessoais criadas, constituídas desde o simples comparecimento em juízo até o monitoramento eletrônico. Sobre o assunto, cabe a explanação a seguir:

A ordem legal estabelecida no art. 319 sugere uma gradação das medidas segundo o grau de intensidade de restrição de direito, variando de uma medida menos rigorosa (comparecimento periódico...) para alternativas mais limitadoras e contundentes (fiança e monitoração eletrônica). Essa constatação não nos parece ociosa, pois proporcionará ao juiz os critérios de aplicação das medidas alternativas à prisão preventiva de acordo com a necessidade, suficiência e gravidade da infração penal apurada. (DEMERCIAN; MALULY, 2011, p. 7)

Ainda sobre as novas medidas, tem-se:

A Lei n. 12.403/11 inova no sentido de criar medidas intermediárias entre a plena liberdade e a prisão cautelar do acusado, medidas que trazem restrições à liberdade do acusado sem que, para tanto, seja necessário utilizar-se do recurso extremo da privação da liberdade enquanto não houver uma sentença condenatória transitada em julgado. (MACHADO; OLIVEIRA, 2013, p. 68)

O artigo traz um rol taxativo de medidas cautelares penais, que, por restringir a liberdade do indivíduo, ainda que em menor grau que a prisão, deve ser interpretado restritivamente. Cumpre ressaltar que algumas das medidas trazidas não são totalmente novas, pois já estavam previstas em legislações esparsas.

Vale lembrar, também, que as medidas cautelares de natureza pessoal são aquelas as quais incidem sobre a pessoa do acusado ou indiciado, sendo a prisão temporária e preventiva também de tal natureza. Distinguem-se, portanto, das medidas cautelares de natureza real, as quais se estendem a coisas, a exemplo de seqüestro, arresto e hipoteca legal; e das de natureza instrumental, como a busca e apreensão e a produção antecipada de prova, que visam, entre outras, a assegurar a prova.

À vista disso, cabe, agora, analisar as medidas cautelares diversas da prisão, uma a uma, em espécie, constantes no art. 319 do Código de Processo Penal.

2.4.1 Medidas cautelares diversas da prisão

2.4.1.1 Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades

O comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades é uma medida cautelar penal que está prevista no inciso I do artigo 319 do Código de Processo Penal. Trata-se, como se percebe, de uma medida que deve ter como objetivo o controle e o acompanhamento da situação do acusado, uma vez que deve comparecer em juízo para justificar suas atividades e informar mudança de endereço nos limites da comarca, enquanto perdurar o processo.

Essa medida, apesar de similar, distingue-se da medida consensual prevista na Lei n. 9.099/1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a qual, no seu art. 89, parágrafo 1º, inciso IV, dispõe sobre o “comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.” Essa medida consensual se opera como condição da suspensão condicional do processo, desde que preenchidos os requisitos legais. (MACIEL, 2011, p. 182)

Existe, no entanto, uma diferenciação quanto à periodicidade descrita, isso porque a Lei n. 9.099/95 exige que o cumprimento deva ser mensal, enquanto o art. 319, inciso I, do Código de Processo Penal é omissivo nesse sentido, cabendo ao juiz

aferir o prazo para cumprimento da medida, agindo com razoabilidade a fim de não impor prazos demasiadamente curtos, nem excessivamente longos, podendo inviabilizar o próprio comparecimento do acusado ou inutilizar a medida imposta. (BONFIM, 2011, p. 42)

Vale destacar que esta e a maioria das medidas cautelares têm o intuito de impedir que o acusado se afaste do processo. Segundo Bonfim (2011, p. 44), “por derradeiro, cumpre salientar que o CPP deixou de mencionar no art. 319, I, que o comparecimento deverá ser pessoal e obrigatório, tal como prevê a Lei n. 9.099/95”.

2.4.1.2 Proibição de acesso ou freqüência 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

A medida cautelar de proibição de acesso ou freqüência 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 está prevista no inciso II do artigo 319 do Código de Processo Penal.

O inciso busca reiterar o risco de novas condutas delituosas, ao proibir o acesso ou freqüência em lugares relacionados ao fato. Quer, além disso, evitar a proximidade entre o acusado e o ofendido, a fim de evitar possível perturbação de ânimos entre as partes e as pessoas que freqüentem os locais a serem proibidos.

Afirma Lopes Jr. (2012, p. 858) que “é uma medida que encontrará ampla incidência em relação a imputados que, por exemplo, integrem torcidas organizadas e pratiquem atos violentos. Ou, ainda, que habitualmente envolvam-se em bares e boates ou mesmo em situações de violência doméstica”.

Um ponto negativo e polêmico sobre a aplicação desta medida é o fato de sua execução ser de difícil fiscalização pelo Estado, o que pode torná-la, muitas vezes, ineficaz, motivo pelo qual é raramente aplicada.¹

Assim como mencionado no item anterior, não se pode confundir a medida cautelar prevista no inciso II do artigo 319 do Código de Processo Penal com aquela prevista no inciso II do parágrafo 1º do artigo 89 da Lei n. 9.099/95, que também trata

¹ Ademais, frisa-se que a medida é prevista, de forma semelhante, pela Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) (art. 132, § 2º, c) e pela Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, “Maria da Penha” (art. 22, III, c). (BONFIM, 2011, p. 45)

da “proibição de freqüentar determinados lugares”, que é uma medida consensual possível de ser proposta como condição para a suspensão condicional do processo.

Ressalta-se, ainda, que há uma leve diferença entre os dois dispositivos, pois, enquanto, no inciso II do artigo 319 do Código de Processo Penal, a proibição se refere à freqüência de determinados lugares por “circunstâncias relacionadas ao fato” e, além da vedação da “freqüência a determinados lugares”, é também vedado o “acesso” a esses lugares, ou seja, há uma limitação maior, pois impede que o acusado entre no estabelecimento, mesmo que por raras vezes.

2.4.1.3 Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante.

A proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante, é uma medida cautelar penal prevista no inciso III do artigo 319 do Código de Processo Penal.

Assim como as duas primeiras medidas cautelares, esta não é uma inovação legislativa, pois já estava prevista na Lei n. 11.340/06, em seu art. 22, inciso II, alíneas *a* e *b*, como medida protetiva de urgência, a qual tutela a violência doméstica e familiar, contudo, a medida cautelar prevista no inciso III do artigo 319 do Código de Processo Penal pode ser aplicada a todos os tipos penais.

O contato proibido não é, apenas, entre o indiciado ou acusado e a vítima, mas entre aqueles e qualquer pessoa que guarde relação com o fato praticado. Há, no entanto, uma omissão quanto à limitação mínima e máxima de aproximação entre o indiciado ou acusado e a pessoa determinada, ficando a critério de o juiz estabelecer este controle de modo razoável. (BONFIM, 2011, p. 45)

Há precedentes jurisprudenciais no sentido de que a distinção mínima a ser fixada é de 200 (duzentos) metros, para os casos da Lei n. 11.340/06:

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DA DEFESA. (1) CRIME CONTRA A PESSOA. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA LEVE PRATICADA POR MEIO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA (ARTIGO 129, § 9º, DO CÓDIGO PENAL). MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PALAVRAS DA VÍTIMA COERENTES E LAUDO PERICIAL QUE COMPROVAM A CONDUTA PERPETRADA PELO ACUSADO. INVIABILIDADE DE ABSOLVIÇÃO. (2) CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

DESOBEDIÊNCIA (ARTIGO 330 DO CÓDIGO PENAL). MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS NOS AUTOS. CONFISSÃO DO ACUSADO E PALAVRAS DA VÍTIMA QUE DEMONSTRAM A PRÁTICA DO CRIME. APELANTE QUE NÃO CUMPRIU DETERMINAÇÃO JUDICIAL DECORRENTE DA FIXAÇÃO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA DE LIMITAÇÃO DA DISTÂNCIA DE, NO MÍNIMO, 200 (DUZENTOS) METROS DO AGRESSOR PARA COM A VÍTIMA (ARTIGO 22, III, ALÍNEA "A", DA LEI 11.340/2006). ACUSADO QUE APÓS SER INTIMADO DA DECISÃO ACERCA DA MEDIDA PROTETIVA APLICADA VOLTOU A PROCURAR A VÍTIMA NO SEU LOCAL DE TRABALHO. EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA DO APELANTE. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE NÃO CARACTERIZADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-SC, Acórdão n. 2009.017977-3, rel. Desembargador Hilton Cunha Júnior, Primeira Câmara Criminal, julgado em 05/10/2010, grifo nosso)

Tendo em vista a imprevisibilidade de possíveis encontros e desencontros das partes envolvidas, deve-se analisar o dolo do agente em violar a medida, caso contrário, não caracterizará o seu descumprimento.

2.4.1.4 Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução

A proibição de ausentar-se da comarca, quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução, é a medida cautelar prevista no inciso IV do artigo 319 do Código de Processo Penal.

Não raro, a imposição dessa medida cautelar ocorre, cumulativamente, com a medida descrita do inciso I desse mesmo artigo (comparecimento em juízo), de modo que o acusado, ao apresentar-se em juízo mensalmente, deve comprovar, mediante documentos, sua residência, o que gera uma presunção de permanência na comarca. De qualquer forma, não se pode deixar de reconhecer que se trata de uma medida de difícil fiscalização pelo Poder Público, porquanto não há efetivo controle da permanência ou não do acusado no local previsto.

No entendimento de Lopes Jr. (2012, p. 859), “a medida seria melhor utilizada para minorar o risco de fuga e não como tutela da prova, cuja legitimidade é profundamente discutível [...]”.

Mais uma vez, cabe distinguir essa medida cautelar da medida penal consensual prevista na Lei n. 9.099/95, no seu art. 89, parágrafo 1º, inciso III. Aquela pode ser utilizada em casos em que o acusado pretende furtar-se à aplicação da lei penal, ou seja, quando se faz necessária e conveniente sua permanência na comarca onde ocorreu

a infração, a fim de estar à disposição do juízo enquanto for imprescindível à investigação ou à instrução processual. (BONFIM, 2011, p. 47)

2.4.1.5 Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos

A medida cautelar de recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos está prevista no inciso V do artigo 319 do Código de Processo Penal.

Trata-se de uma medida cautelar que prevê que o investigado ou denunciado fique obrigado ao recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, desde que tenha ele residência e trabalho fixos, com intuito de evitar a prática da conduta criminosa.

Atenta-se, aqui, para a exigência de dois requisitos básicos para a concessão da medida: residência e trabalho fixos, o que, conseqüentemente, torna a medida de difícil emprego nos casos concretos. É uma medida cautelar com restrição um pouco maior da liberdade do indivíduo, sendo limitada, também, a sua locomoção. (BONFIM, 2011, p. 49)

Deverá ser utilizada em caráter excepcional, de modo que a sua decretação deve seguir os mesmos pressupostos da prisão preventiva.

Configura-se novamente como medida de difícil aplicação na prática, visto que pressupõe intensa fiscalização pelos Entes Públicos, o que não ocorre na realidade, e, por conseguinte, sua execução torna-se, muitas vezes, ineficaz. Por este motivo, uma solução seria a aplicação cumulada com o monitoramento eletrônico, medida cautelar que será analisada posteriormente.

Nessa seara, afirma Lopes Jr. (2012, p. 860), “ainda que fundada no senso de responsabilidade e autodisciplina do imputado, a medida poderá vir cumulada com o monitoramento eletrônico, por exemplo, para assegurar-lhe a máxima eficácia.”

A medida é inovadora, pois não guarda relação com nenhuma outra já mencionada na legislação penal, a ponto de serem idênticas. Ressalta-se, no entanto, que essa medida guarda semelhança com o regime de prisão-albergue domiciliar previsto na Lei de Execução Penal, ou a prisão domiciliar prevista nos artigos 317 e 318 do CPP. O mesmo não se pode dizer em relação à pena restritiva de direitos da “limitação do final de semana”, prevista no art. 48 do Código Penal, que somente

ocorre nos finais de semana, além de que não se pode confundir pena com medida cautelar.

2.4.1.6 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

A suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais é uma medida cautelar prevista no inciso VI do artigo 319 do Código de Processo Penal.

Segundo Maciel (2011, p. 184), “essas medidas cautelares têm a finalidade de garantir a preservação da ordem pública ou da ordem econômica, porque somente podem ser decretadas para se evitar a prática de novas infrações. [...] podem se revelar muito eficazes na prática”.

A medida objetiva coagir a utilização do exercício da função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando para a prática de infrações penais, por justo receio. Por isso, tal medida limita-se aos crimes de natureza econômica, bem como os contra a Administração Pública. (BONFIM, 2011, p. 50)

Deve-se, portanto, suspender o exercício da atividade em questão, de modo similar à perda do cargo, da função pública e do mandato eletivo como efeito da condenação, prevista no artigo 92, inciso I, do CPP, como providência que pode ser tomada na fase investigatória. “Assim, não há mais que aguardar o trânsito em julgado da condenação para que, finalmente, se afaste da função o servidor que dele tiver se valido para finalidades criminosas”. (BONFIM, 2011, p. 50)

2.4.1.7 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.

A 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 está prevista no inciso VII do artigo 319 do Código de Processo Penal.

De caráter eminentemente cautelar e provisório, a possibilidade de internação provisória do agente por crimes praticados com violência ou grave ameaça, desde que comprovada, através de perícia, a semi-imputabilidade ou inimputabilidade do acusado, torna-se oportuna quando houver risco de reiteração criminosa, pois, com a Lei de Execução Penal, a medida de segurança provisória foi extinta, deixando uma lacuna quanto à prisão provisória dos semi-imputáveis e inimputáveis.

Nesse sentido afirma Maciel (2011, p. 186): “E mesmo aos inimputáveis e semi-imputáveis a medida somente pode ser aplicada se houver risco de reiteração. Esse risco somente pode ser mostrado por prova pericial (por peritos médicos especializados)”.

Sobre a prova de inimputabilidade, relata Lopes Jr. (2012, p. 862): “Cria-se, no art. 319, VII, diante da urgência da medida cautelar, a possibilidade de um laudo de constatação provisória da inimputabilidade, apto a ensejar a internação provisória”.

Ademais, torna-se, do mesmo modo, necessária a internação provisória para que ao acusado não seja decretada a prisão preventiva e, por conseqüência, o recolhimento em estabelecimentos impróprios ao tratamento desses agentes e em celas ocupadas com presos comuns.

2.4.1.8 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

A fiança, nas infrações que a admitem para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial, é medida cautelar prevista no inciso VIII do artigo 319 do Código de Processo Penal.

Consiste no pagamento de determinada quantia em dinheiro ou entrega de bens ao Estado como meio de garantir a presença do agente nos atos do processo e evitar a obstrução de seu andamento. (BONFIM, 2011, p. 51)

A fiança foi um dos objetos de alteração da Lei n. 12.403/2011, era anteriormente concedida apenas nos casos de liberdade provisória (art. 310, CPP), após a reforma legislativa, pode ser empregada, também, “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”, caracterizando, assim, uma ampliação das situações em que pode ser aplicada.

Sobre a fiança após a inovação legislativa, tece Maciel (2011, p. 194): “[...] agora, com a alteração, mesmo que não estiverem presentes os motivos da prisão preventiva o juiz pode decretar a fiança, como medida cautelar autônoma diversa da prisão.” Assim, dispõe o artigo 321 do CPP, que “não havendo motivos para a prisão preventiva, o juiz pode conceder liberdade provisória com ou sem medida cautelar diversa da prisão, o que inclui a fiança”. (MACIEL, 2011. p. 195)

Atenta-se que por resistência injustificada à ordem judicial, entende-se o descumprimento de medidas judiciais impostas por autoridade judicial competente. Aqui, há um ponto criticável, pois fica a aplicação da medida restrita ao descumprimento de outra, caracterizando uma fiança de caráter punitivo e não cautelar.

Vale ressaltar, segundo o parágrafo 4º, do artigo em questão, que “a fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.” Tem-se também, pelo artigo 334, do CPP que tal instituto pode ser aplicado a qualquer momento enquanto não for transitada em julgado a sentença condenatória.

2.4.1.9 A monitoração eletrônica

A monitoração eletrônica é uma medida cautelar que está prevista no inciso IX do artigo 319 do Código de Processo Penal.

Trata-se de uma medida que não é novidade no ordenamento, já encontrava previsão na Lei n. 12.258, de 15 de junho de 2010, que alterou Lei de Execução Penal, permitindo o monitoramento eletrônico para o preso condenado. No entanto, essa medida estava limitada à execução penal. Agora sua aplicação é também prevista como medida de natureza cautelar, ou seja, durante o inquérito policial ou instrução criminal.

Nessa modalidade de vigilância, o indivíduo é monitorado pela utilização de braceletes ou tornozeleiras, as quais enviam informações a uma central acerca do local onde se encontra. (BONFIM, 2011, p. 52)

Pode-se dizer que é um eficiente instrumento de controle, posto que, diante do precário sistema prisional brasileiro, a monitoração eletrônica pode trazer muitos benefícios ao Estado, ao agente e à sociedade, visando tutelar o risco de fuga e prática de novas infrações.

Outrossim, essa medida pode auxiliar na eficácia de outras medidas cautelares quando aplicada cumulativamente com elas, visto que configura uma providência acessória e não autônoma.

É válido frisar que, por exercer grande controle sobre o acusado e sua intimidade, a referida medida deve ser concedida excepcionalmente, ou seja, deve ser aplicada em situações nas quais, realmente, faça-se necessária. Reservada para casos de altíssima gravidade, a medida é tida como última alternativa antes de decretar a prisão preventiva. (LOPES JR., 2012, p. 866)

Sobre a polêmica em torno da aplicação dessa medida, discorre Maciel (2011, p. 188) que “de fato, a monitoração eletrônica é medida invasiva. Mas, não há nada mais invasivo que a prisão [...]. O ideal, portanto, seria que não fosse decretada nem a prisão, nem a monitoração eletrônica, mas outra medida cautelar menos drástica que as duas.” Porém, com a situação atual do sistema de justiça criminal, “a monitoração eletrônica poderá, em muitos casos, evitar uma indevida prisão preventiva”.

Enfim, é importante ressaltar que fora do rol estipulado pelo art. 319 do Código de Processo Penal, ainda há a medida da “proibição de ausentar-se do país”, também de caráter cautelar e alternativa à prisão preventiva. Está prevista no art. 320 do Código de Processo Penal, sendo o acusado intimado para entregar seu passaporte no prazo de 24 horas. Será aplicada nos casos em que existir receio de fuga. Cabe ao magistrado atuar no controle do acusado junto às autoridades fronteiriças com o fim de evitar o descumprimento da medida.

2.4.2 As novas medidas cautelares e a prisão preventiva

Primeiramente, vale lembrar que, segundo Gomes (2011, p. 26), “as medidas cautelares alternativas a prisão cautelar são medidas descarcerizadoras, ou seja, medidas que visam a evitar (ou suavizar) o encarceramento do agente antes da sentença final transitada em julgado”.

Considerando que também foi alvo da reforma da Lei n. 12.403/2011, a prisão preventiva consiste na ferramenta de controle disponível ao juiz para garantia da persecução penal. No entanto, os acusados ou indiciados que devem sofrer alguma restrição em face de estarem respondendo por algum delito cometido, não necessariamente precisam sofrer privação das suas liberdades, para que possam ser

vigiados, sendo as medidas cautelares alternativas, dependendo da gravidade do caso, muitas vezes, suficientes para tal fim.

Nesse sentido, afirma Lopes Jr. (2012, p. 852) que “[...] tais medidas cautelares diversas, aplicadas de forma isolada ou cumulativa, conforme a situação exija, podem muito bem atingir o mesmo escopo sem o imenso custo social e individual de uma prisão preventiva”.

Desse modo, é importante salientar que a prisão preventiva e as medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal possuem natureza cautelar e excepcional, pois aquela é aplicada apenas quando outras medidas cautelares alternativas restarem inadequadas, insuficientes ou de impossível aplicação.

Assim, a regra geral sempre será a liberdade cumulada ao princípio constitucional do estado de inocência, e, excepcionalmente, se presentes os requisitos necessários, serão aplicadas as medidas cautelares, sendo a prisão preventiva o último recurso a ser utilizado (art. 282, parágrafo 6º, do Código de Processo Penal).

Nesse sentido, afirma Maciel (2011, p. 176):

A criação das medidas cautelares diversas da prisão [...] é uma necessária reverência ao princípio constitucional da presunção de inocência. Uma determinação legislativa de concretização desse princípio. A prisão provisória deixou de ser a única saída do juiz para acautelar os escopos do processo penal.

Segundo Bonfim (2011, p. 82), a prisão preventiva é:

[...] a modalidade de prisão provisória, decretada pelo juiz a requerimento de qualquer uma das partes, por representação do delegado de polícia ou de ofício, em qualquer momento da persecução penal, para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Com o advento da Lei n. 12.403/2011, a prisão preventiva pode ser decretada não apenas durante o inquérito policial ou instrução criminal, mas também depois de iniciada a ação penal. Ademais, esta pode ser resultado da conversão da prisão em flagrante ou decretada de forma substitutiva às medidas cautelares, quando impossibilitadas de serem concedidas, nos moldes do parágrafo único do art. 312 do Código de Processo Penal. Ressalta-se, ainda, que o caráter subsidiário conferido à prisão preventiva está positivado pelo parágrafo 4º do art. 282, do Código de Processo Penal, a qual poderá ser decretada nos casos de descumprimento de quaisquer obrigações impostas por outras medidas cautelares.

Além da possibilidade de sua aplicação em qualquer fase da investigação ou do processo, a decretação pode ser feita pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, do ofendido, do assistente de acusação, ou mediante representação da autoridade policial.

A prisão preventiva somente pode ser decretada se presentes os requisitos constantes no art. 312 do Código de Processo Penal, ou seja, a “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria” (grifo nosso), os quais configuram o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, requisitos imprescindíveis à decretação de qualquer outra medida cautelar.

O referido artigo traz também pressupostos que muito se assemelham com aqueles previstos pelo art. 282, incisos I e II, “necessidade para assegurar a aplicação da lei penal, a investigação ou instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de novas infrações penais pelo agente, adequação à gravidade do crime, circunstâncias e as condições pessoais do agente.” Estes também constituem pressupostos fundamentais para a decretação da preventiva.

Nota-se, portanto, que as medidas cautelares somente poderão ser aplicadas se presentes os seus fundamentos, sendo eles os mesmos da prisão preventiva. Nesse sentido, Lopes Jr. (2012, p. 853) menciona que “a medida alternativa somente deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, mas em razão da proporcionalidade, houver outra restrição menos onerosa que sirva para tutelar aquela situação”.

Então, para a decretação da prisão preventiva, deverá se fazer o mesmo juízo de admissibilidade necessário para a concessão das medidas cautelares diversas, quando deverá ser questionado se a gravidade do crime é proporcional à medida decretada.

Assim, expõe Maciel (2011, p. 175):

[...] a medida cautelar deverá guardar relação de proporcionalidade com a pena que poderá ser aplicada ao final do processo (art. 282, II), ou seja, não deverá o juiz impor uma medida cautelar que se revele mais drástica que a própria sanção definitiva em caso de condenação (a menos que as medidas sejam descumpridas).

Satisfeitas as condições supracitadas, importante salientar que, conforme o art. 313 do Código de Processo Penal, só será admitido prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos ou se houver reincidência dolosa, ou ainda se o delito praticado envolver violência doméstica

e familiar. Todavia, deve-se observar que o referido artigo serve também para balizar as medidas cautelares no que se refere à coerência e harmonia de todo sistema cautelar.

Por fim, cumpre destacar que toda decisão que visa a decretar, substituir ou revogar a prisão preventiva deve ser motivada.

3 A INFLUÊNCIA DA DETRAÇÃO E DAS ATENUANTES INOMINADAS NA APLICAÇÃO E NA EXECUÇÃO DA PENA

3.1 Considerações iniciais

O presente capítulo trata da influência da detração e das atenuantes inominadas na aplicação e na execução da pena, razão pela qual está dividido em três itens.

No primeiro momento, realiza-se uma descrição sobre as circunstâncias atenuantes inominadas, ressaltando aspectos sobre a aplicação da pena e sobre o princípio constitucional da individualização da pena, focando-se, posteriormente, nas circunstâncias que incidem na aplicação da pena e, em especial, nas atenuantes inominadas.

No segundo momento, faz-se uma descrição da influência da detração penal na aplicação da pena, em face da introdução do parágrafo 2º, pela Lei n. 12.736, de 30 de novembro de 2012, no artigo 387 do Código de Processo Penal. Inicia-se esse item com uma breve menção aos regimes de cumprimento da pena e às variáveis que devem incidir na fixação do regime inicial, para, em seguida, discorrer-se sobre a influência da detração na fixação do regime inicial da pena privativa de liberdade.

Por fim, no terceiro momento, discorre-se sobre a influência da detração na execução penal.

3.2 A influência das atenuantes inominadas na aplicação da pena

3.2.1 A individualização e a aplicação da pena

3.2.1.1 A individualização da pena

O princípio da individualização da pena está previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLVI, dispondo que “a lei regulará a individualização da pena.” Segundo Nucci (2011, p. 36):

A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus. Sua finalidade e sua importância é a fuga da padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz, como ser pensante, adotando-

se em seu lugar, qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto.

A individualização se realiza em três planos: o legislativo, o judiciário e executivo. O primeiro cabe ao legislador, ao conceber cada tipo penal, fixar as respectivas penas, limitadas pelo seu mínimo e máximo, conforme seja suficiente e necessário à reprovação e à prevenção criminal. Quanto à fase legislativa, afirma Mariano da Silva que “a quantidade da pena deve guardar proporção com a importância do bem jurídico tutelado e a gravidade da ofensa. Por isso, cada tipo penal prevê quantidade mínima e máxima de pena [...]”.

Por sua vez, a individualização judiciária tem o condão, por meio do juiz, de conceder, após a prática da infração penal e sua constatação, o montante concreto de pena ao condenado, sob todos os prismas e efeitos, ou seja, cabe ao juiz escolher a pena a qual será aplicada e dosá-la dentro o limite mínimo e máximo previstos, com base nas circunstâncias judiciais e agravantes e atenuantes e fazer incidir as causas de aumento ou diminuição da reprimenda. Além disso, deve o juiz fixar o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, bem como analisar a possível substituição por pena mais branda e a concessão da suspensão condicional da pena, bem como estabelecer os efeitos secundários da condenação.

Enfim, tem-se a individualização executória, que é o plano em que o condenado sofre a restrição penal que lhe foi imposta, ou seja, em que o juiz de execução determinará o cumprimento individualizado da sanção penal aplicada, sob previsão do Código Penal, do Código de Processo Penal, da Lei de Execução Penal e da Legislação específica, como é o caso da Lei dos Crimes Hediondos.

Sobre os planos da individualização da pena, conclui Nucci (2011, p. 38):

Os três estágios da concreção e individualização penal, ainda que diversos, estão presididos e mediatizados pela finalidade que se persiga com a imposição da pena. Desse modo, dependendo de quais sejam os fins que se atribuem à pena nos três momentos – cominação, imposição e execução da pena – a determinação da mesma variará de forma substancial.

Como se pode perceber, a individualização da pena não se realiza, apenas, com a dosimetria da pena, mas é composta de um complexo conjunto de atos em diversas instâncias de exercícios do poder.

3.2.1.2 A aplicação e a execução da pena

A aplicação da pena é o plano de realização das sanções penais em que o juiz, ao proferir a sentença penal condenatória, estabelece a sanção penal a ser imposta, em espécie e quantidade, no caso concreto, com base na cominação prevista no preceito secundário do respectivo penal e das circunstâncias objetivas e subjetivas.

É através da aplicação da pena que o juiz, de modo fundamentado, deve fixar o montante ideal, observando os limites e as circunstâncias estabelecidas pelo legislador. Conforme o entendimento de Nucci (2009, p. 431), a aplicação da pena “é o método judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando à suficiência para prevenção e reprovação da infração penal.” O autor, em outra obra, relata, no mesmo sentido:

O Juiz está preso aos parâmetros que a lei estabelece. Dentre deles o Juiz pode fazer as suas opções, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, atendendo as exigências da espécie concreta, isto é, as suas singularidades, as suas nuances objetivas e principalmente a pessoa a que a sanção se destina. (NUCCI, 2011, p. 131)

Greco (2012, p. 555) afirma que, “com a finalidade de orientar o julgador neste momento tão importante, que é o da aplicação da pena, a lei penal traçou uma série de etapas que, obrigatoriamente, deverão ser por ele observadas, sob pena de se macular o ato decisório [...]”.

O artigo 68 do Código Penal dispõe que: “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.” Através da redação do artigo 68, nota-se que o Código Penal adota o sistema trifásico para a fixação da pena, a fim de que cada fase seja claramente fundamentada pelo juiz, embora haja autores que defendam o sistema bifásico de fixação da pena. Contudo, o inciso I do artigo 59 do Código Penal estabelece que, antes da dosimetria, em caso de cominação alternativa, o julgador deve proceder à escolha das penas entre as cominadas, o que faz com base nas circunstâncias previstas no *caput* desse mesmo artigo. Após a escolha da pena, procede-se à dosimetria, com base no método trifásico.

É possível observar que a aplicação da pena está intimamente ligada com o princípio da individualização da pena e que é uma atividade judicial que se realiza no processo penal. É o que ensina Nucci (2009, p. 431), quando afirma que a aplicação da

pena nada mais é que uma “fiel aplicação do princípio constitucional da individualização da pena”, a fim de evitar sua indevida padronização.

Por sua vez, a execução da pena consiste no momento do processo penal em que se executa o comando da sentença penal condenatória, impondo-se, de forma efetiva, a pena. É a fase em que o Estado faz valer sua pretensão punitiva. “Visa-se pela execução fazer cumprir o comando emergente da sentença condenatória ou absolutória imprópria [...]”. (MARCÃO, 2013, p. 31)

A execução penal é disciplinada, no Brasil pela Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, a denominada Lei de Execução Penal, a qual tem por objetivos “o efetivo cumprimento de sentença judicial condenatória ou que tenha aplicado medida de segurança e visa, também, proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. (NUNES, 2012, p. 25)

Sobre o tema, ainda expõe Nunes (2012, p. 32):

A execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou internado, já que adotada a teoria mista ou eclética, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar.

Em suma, a execução penal busca o cumprimento efetivo da sentença transitada em julgado.

3.2.2 Circunstâncias que incidem na aplicação da pena

3.2.2.1 Distinção entre elementares e circunstâncias

A compreensão do que são circunstâncias remete à distinção que existe entre essas e as elementares do tipo penal, pois “o crime é formado, sem exceção, pelos elementos componentes do tipo básico (elementares); faltando um só deles, altera-se a figura típica ou não haverá delito.” (NUCCI, 2009, pp. 431-432) Se afastadas, as elementares do tipo penal “geram, no mínimo, uma hipótese de desclassificação ou, no máximo, conduzirão a atipicidade” (GRECO, 2012, p. 565), resultando em absolvição.

Segundo Nucci (2011, p. 133), “circunstância é uma particularidade ou um elemento acidental, acompanhante de determinada situação”, mais precisamente “elementos que volteiam a figura básica do tipo”. As circunstâncias, portanto, são dispensáveis ao reconhecimento da existência de uma conduta típica, refletindo,

apenas, na quantificação da pena. Isto é, não estão presentes no tipo penal, de modo que se faltarem, não alteram a existência do delito, influenciando apenas na aplicação da pena.

No entendimento de Jesus (2012b, p. 595), “circunstância é todo fato ou dado que se encontra em redor do delito. É um dado eventual, que pode existir ou não, sem que o crime seja excluído.” Ou seja, possuem função específica de aumentar ou diminuir a reprimenda, isto é, incidem sobre a quantidade da pena e não sobre a qualidade do crime. Elas “interpõem-se entre o crime e a pena, permitindo ao juiz a sua individualização”. (JESUS, 2012b, p. 598)

3.2.2.2 Classificação das circunstâncias

As circunstâncias podem ser classificadas quanto à sua natureza, sendo objetivas ou reais quando dizem respeito ao fato e não ao agente; ou subjetivas ou pessoais quando dizem respeito à pessoa do agente, sem relação com a materialidade do crime. Sob o aspecto da sua aplicação, são classificadas em: judiciais, previstas no artigo 59, do Código Penal, cuja aplicação depende da discricionariedade do juiz; ou legais, como é o caso das agravantes e atenuantes. As agravantes podem ser genéricas, quando previstas no artigo 61 do Código Penal, ou específicas do concurso de agentes, quando previstas no artigo 62 do Código Penal. As atenuantes, por sua vez, podem ser genéricas, quando previstas no artigo 65 do Código Penal, e inominadas, quando não previstas em lei, podem ser reconhecidas pelo juiz, conforme dispõe o artigo 66 do Código Penal. Tanto as agravantes quanto as atenuantes podem, também, estar previstas na legislação especial. Há, ainda, as causas de aumento ou de diminuição de pena, que podem ser gerais, quando previstas na parte geral do Código Penal, ou especiais, quando previstas na parte especial do Código Penal ou na legislação especial. Por fim, não se pode deixar de mencionar as qualificadoras, que são circunstâncias que transformam um tipo penal fundamental em um tipo penal derivado, transformando-se, portanto, em elementares deste.

3.2.2.1.1 Circunstâncias Judiciais

As circunstâncias judiciais, para Nucci (2009, p. 432), “são elementos que volteiam a realização do delito, sem afetar-lhe a existência, mas que influem na fixação da pena, materializando-se conforme as pessoais convicções do magistrado”.

Pelos termos do artigo 59, para atender à culpabilidade do agente, têm-se os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime, e o comportamento da vítima. Greco (2012, p. 555) afirma que “cada uma dessas circunstâncias judiciais deve ser analisada e valorada individualmente, não podendo o juiz simplesmente se referir a elas de forma genérica [...]”.

3.2.2.1.2 Circunstâncias legais (agravantes e atenuantes)

Por sua vez, as circunstâncias legais “são todas as particularidades envolvendo a prática do delito, devidamente previstas em lei, cuja descrição é feita pelo próprio legislador na elaboração da norma penal.” Quando genéricas e aplicáveis a todos os crimes são chamadas agravantes e atenuantes. Quando fazem parte da tipicidade derivada, sendo especiais ou gerais, caracterizam as causas de aumento ou diminuição, ou majorantes e minorantes; há, ainda, as qualificadoras e privilégios, constantes apenas na Parte Especial do Código Penal. (NUCCI, 2011, p. 136)

As agravantes e atenuantes não podem ser confundidas com as qualificadoras e com as causas de aumento ou diminuição e caracterizam-se, de modo geral, por serem legais, pois devem estar expressas em lei; genéricas, porque se aplicam a todas as condutas infracionais; taxativas, porque não comportam analogia, ampliação ou extensão, salvo exceção das atenuantes inominadas as quais podem não estar previstas em lei; e, obrigatórias, porque não podem ser ignoradas na sentença. (BOSCHI, 2013, pp. 198-199)

Sobre o limite a ser agravado ou atenuado, deve-se ressaltar que, “na ausência de determinação legal, acreditamos que, no máximo, as atenuantes e agravantes poderão fazer com que a pena-base seja diminuída ou aumentada em até um sexto.” (GRECO, 2012, p. 565). Nesse ponto, afirma Nucci (2011, p. 189):

Temos defendido que cada agravante ou atenuante deve ser equivalente a um sexto da pena-base (menor montante fixado para as causas de aumento ou diminuição da pena), afinal, serão elas (agravantes e atenuantes) consideradas na segunda fase de aplicação da pena, necessitando ter uma aplicação definitiva.

Juntamente às circunstâncias agravantes, as atenuantes são analisadas na segunda fase do método trifásico, que tem por fim a quantificação da pena provisória. (BOSCHI, 2013, p. 197)

As atenuantes têm função de diminuir a pena-base e sua aplicação é obrigatória. Entende Nucci (2011, p. 137) que as “atenuantes são circunstâncias legais genéricas aplicáveis a qualquer delito, envolvendo o fato ou o autor, recomendando ao juiz que abrande o juízo de censura, diminuindo a pena-base, quando esta já não estiver fixada no grau mínimo”.

As circunstâncias atenuantes, do modo geral, fazem parte de um rol taxativo previsto pelo artigo 65, do Código Penal, são as chamadas atenuantes nominadas e estão assim elencadas:

Art. 65: São circunstâncias que sempre atenuam a pena: ser o agente menor de vinte e um anos, na data do fato, ou maior de setenta anos na data da sentença; o desconhecimento da lei; ter o agente: cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; procurado por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter antes do julgamento, reparado o dano; cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; cometido o crime sob influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

De acordo com Boschi (2013, p. 221), “as atenuantes contempladas no art. 65 e seguintes do CP, como circunstâncias legais com atuação na segunda fase do método trifásico, incidem sobre a quantidade de pena eventualmente acrescida de agravantes e necessariamente abrandam a censura [...]”.

É importante ressaltar que as atenuantes não têm o poder de reduzir a pena abaixo do mínimo legal previsto, apesar de haver posicionamentos minoritários no sentido de que as atenuantes podem conduzir a pena para baixo desse patamar. Explica Jesus (2012b, p. 620) que, embora as atenuantes sejam, em regra, de aplicação obrigatória, no caso de a pena-base ser fixada no mínimo legal, elas não terão incidência, pois “não podem atenuar a pena aquém do mínimo abstrato.” Nesse caso, “é possível que a atenuante do art. 65 funcione na Parte Especial do CP como causa de diminuição de pena. Neste caso a atenuação genérica não tem aplicação”.

A Súmula n. 231 do Superior Tribunal de Justiça contempla orientação nesse mesmo sentido: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

3.2.2.1.3 Causas gerais e especiais de aumento ou diminuição de pena

As causas de aumento e diminuição, também influem na aplicação da pena e “são causas de obrigatório aumento ou diminuição da sanção penal em quantidade fixada pelo legislador (um terço, um sexto, o dobro, a metade etc.), ou de acordo com certos limites (um a dois terços, um sexto até a metade etc.)”. (JESUS, 2012b, p. 623)

Para Nucci (2011, p. 137), são circunstâncias legais específicas, a ponto de obrigar o juiz a aplicar elevação ou diminuição da pena em quantidades estabelecidas pelo legislador, na forma de cotas fixas ou variáveis. Ainda, afirma esse autor que “as causas de aumento ou diminuição integram as estrutura típica do delito e permitem a fixação da pena acima do máximo em abstrato previsto pelo legislador, como também admitem o estabelecimento da pena abaixo do mínimo”. (NUCCI, 2011, p. 138)

Vale lembrar que as causas especiais de aumento ou diminuição de pena não se confundem com as causas gerais, pois estas não integram a estrutura típica do delito, uma vez que estão previstas na parte geral do Código Penal.

3.2.3 *Circunstâncias atenuantes inominadas*

Faz-se necessário, em face dos objetivos do presente trabalho, um destaque especial para as atenuantes inominadas, pois, além do artigo 65 do Código Penal, o artigo 66, traz como exceção ao rol taxativo, a espécie de atenuante inominada, pois podem ser reconhecidas mesmo não estando previstas expressamente em lei.

Em 1984, com intuito de expandir o elenco das atenuantes e dar espaço a outras genéricas e facultativas, ou seja, as atenuantes inominadas, também chamadas por alguns autores de “atenuante de clemência”, foi introduzido o artigo 66 ao Código Penal, concedido pelo legislador como uma cláusula aberta, prevista em lei, porém não especificada, que diz o seguinte: “a pena poderá ser ainda atenuada pelo juiz em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”. (grifo nosso)

Por conseguinte, Nucci (2011, pp. 217-218) elucida muito bem o tema no trecho a seguir:

Como regra, as atenuantes são particularmente descritas pelo legislador, constando do rol do art. 65. Destarte, há uma enumeração na qual se pode identificar cada uma das circunstâncias genéricas do abrandamento da pena, como ocorre com a menoridade relativa, a senilidade, o desconhecimento da lei, o motivo de relevante valor social ou moral, dentre outras. Mas não se

esgotam nas nominadas as atenuantes previstas em lei. Criou-se a hipótese inominada do art. 66, que permite a inserção de situação propositadamente aberta, de modo a envolver fatos não idealizados precisa e abstratamente. A referida norma fornece um padrão, que deverá ser preenchido, no caso concreto, pelo magistrado.

Segundo Jesus (2012b, p. 623), as atenuantes inominadas são “circunstâncias que escapam à especificação legal e que servem de meios diretivos para o juiz aplicar a pena. Devem ser relevantes, podendo ser anteriores ou posteriores à prática delituosa [...]”. Observa-se que o magistrado, diante de sua discricionariedade, entende que determinada circunstância possa mitigar a pena do réu.

Do mesmo modo, relata Nucci (2009, p. 474): “trata-se de circunstância legal expressamente aberta, sem qualquer apego à forma, permitindo ao juiz imenso arbítrio para analisá-la e aplicá-la.” A atenuante constitui-se em “qualquer circunstância relevante, ocorrida antes ou depois do crime, mesmo que não esteja expressamente prevista em lei”.

Na concepção de Greco (2012, p. 580), o artigo 66 do Código Penal surgiu para mostrar a natureza exemplificativa do rol existente no artigo 65.

Mirabete e Fabbrini (2012, p. 298) entendem que o artigo 66 trata de “[...] uma circunstância inominada, facultativa e de conteúdo variável, que permitirá ao juiz considerar aspectos do fato não previstos expressamente [...]. Visa o dispositivo uma possibilidade de flexível individualização da pena.” Esses autores apontam, ainda, alguns exemplos que caracterizam circunstâncias inominadas:

[...] a extrema penúria do autor de um crime contra o patrimônio, o arrependimento do agente, a confissão voluntária de crime imputado a outrem ou de autoria ignorada, a facilitação do trabalho da Justiça com a indicação do local onde se encontra o objeto do crime, a recuperação do agente após o cometimento do crime etc.

Vale ressaltar que o referido artigo traz a idéia de circunstância relevante, ou seja, sob a ótica de Nucci (2011, p. 229), “há de existir uma causa efetivamente importante, de grande valor, pessoal e específica do agente – e não comum a inúmeras outras pessoas não delinquentes [...]”.

Segundo Boschi (2013, p. 237):

[...] a condição para que esses fatos possam ser conhecidos como atenuantes é que sejam relevantes, nos exemplos de quem é acometido durante o andamento do processo por doença gravíssima, daquele que estava em prática delituosa em fase terminal de saúde, ou em estado de miserabilidade absoluta ou que tenha invocado convicção religiosa como motivo para a prática delituosa.

Ademais, além de relevante, deve ser também a circunstância específica ao acusado. Acerca do assunto, novamente afirma Nucci (2011, p. 230) que, “na hipótese prevista no art. 66, deve-se buscar uma circunstância específica relevante, que envolva determinado réu em julgamento e não um número imenso de outros acusados, praticamente generalizando sua aplicação”. (grifo nosso)

A redação da exposição de motivos da Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, é um ponto a ser frisado quanto à instituição da atenuante inominada. Diz a referida exposição: “Instituiu-se, finalmente, no art. 66, circunstância atenuante genérica e facultativa, que permitirá ao juiz considerar circunstância relevante, ocorrida antes, durante ou após o crime, para a fixação da pena.” Nota-se que a circunstância atenuante do artigo 66 do Código Penal pode sobrevir inclusive, concomitantemente ao crime, embora o artigo, em sua redação, cite apenas anterior ou posterior ao crime.

Atenta-se, também, para o fato de que a atenuante inominada “vem para beneficiar o réu e para garantir uma correta individualização da pena”. (ROMÃO, 2004, p. 67)

Vale observar, que o artigo 387 do Código de Processo Penal, em seu inciso I, também admite a possibilidade do reconhecimento da atenuante inominada, ao dispor que: “O juiz, ao proferir sentença condenatória: I - mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer”. (grifo nosso)

3.3 A detração e sua influência na fixação do regime inicial e na execução da pena

3.3.1 O instituto da detração penal

A detração é um instituto do Direito Penal e Processual Penal, que pode incidir tanto no momento da aplicação da pena quanto no processo de execução. Sua matéria está positivada pelo Código Penal, em seu artigo 42, assim exposto: “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”.

Segundo Nucci (2009, p. 405), a detração denota “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 [...]”.

Para 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 [...]”.

A mero título de elucidação, para que melhor se dê o entendimento prático de tal instituto, tem-se que “se o sentenciado foi preso provisoriamente e ficou detido por um ano até a condenação transitar em julgado, sendo apenado a seis anos de reclusão, cumprirá somente mais cinco”. (NUCCI, 2009, p. 405)

Sob a ótica de Greco (2012, p. 509), “é lógico e razoável que aquele que estava preso, aguardando julgamento, se ao final vier a ser condenado, esse período em que foi privado de sua liberdade deva ser descontado quando do cumprimento de sua pena”.

No intuito de evitar excessos por parte do poder-dever do Estado, a detração visa impedir que a punição se dê de maneira abusiva pelos entes superiores, quando houver privação da liberdade pela prisão cautelar ou internação anteriormente à sentença penal condenatória transitada em julgado. Nesse sentido, afirma Capez (2012, p. 428), quanto à detração, que:

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.

Tal idéia vai ao encontro do princípio *non bis in idem*, segundo o qual ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato, ou seja, a detração quer evitar que o sentenciado cumpra a pena de modo desproporcional ao crime cometido.

O artigo que trata da detração permite que sejam descontados, da pena privativa de liberdade ou da medida de segurança, o tempo da prisão provisória, da prisão administrativa ou da internação.

A prisão provisória denota prisão processual, aquela que pode ocorrer anteriormente à sentença condenatória irrecorrível, ou seja, é o tempo em que o réu esteve preso, por força de prisão preventiva ou prisão temporária. Ampliando tal entendimento, afirma Prado (2013, p. 210), que o termo prisão provisória “deve ser

interpretado de modo amplo, abarcando todas as medidas cautelares de restrição da liberdade”.

No caso da internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou em outro estabelecimento adequado, a detração dá-se no prazo mínimo de internação, que pode durar de um a três anos, para a realização do primeiro exame de cessação da periculosidade. No entanto, se sobrevém doença mental ou perturbação da saúde mental no curso da execução da pena privativa de liberdade, pode esta ser substituída por medida de segurança, conforme os artigos 41 do Código Penal e 183 da Lei de Execução Penal, e o tempo de internação será regulado pelos dispositivos referentes às medidas de segurança.

Sobre o assunto, Greco (2012, p. 510) expõe o seguinte:

[...] o que se espera deduzir não é o tempo em que o sujeito ficará internado para fins de tratamento. A detração aqui mencionada diz respeito ao tempo em que o juiz determinou para a realização do exame de periculosidade, uma vez que segundo o art. 97, § 1º, do Código Penal, a internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado [...].

O artigo 319, inciso VII, do Código de Processo Penal, traz a chamada internação cautelar, ou 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.

Nesse caso, não há divergência quanto à possibilidade de detração para tal medida cautelar diversa da prisão, pois a o agente foi privado de sua liberdade e, por isso, esse tempo deverá ser descontado futuramente. Esse tema será discorrido com mais detalhes no capítulo seguinte.

Nota-se que o dispositivo referente à detração aduz apenas o abatimento da prisão cautelar ou internação para a pena privativa de liberdade ou medida de segurança. As penas privativas de liberdade “existem em três espécies – reclusão, detenção e prisão simples – que na realidade poderiam ser unificadas sob a denominação de pena de prisão.” (NUCCI, 2009, p. 380) Por sua vez, a medida de segurança:

[...] é a consequência penal primária aplicável aos inimputáveis, pela prática de uma conduta qualificada, na sentença penal absolutória, após um juízo definitivo e de certeza, como um injusto penal (conduta típica e antijurídica), porquanto presumida, neste caso, a periculosidade. Também podem ser aplicadas aos semi-imputáveis que necessitarem de tratamento psiquiátrico, sendo, por isso, considerados perigosos, pela prática de uma conduta qualificada, na sentença penal condenatória, como crime ou contravenção penal. [...] (BISSOLI FILHO, 2010, p. 112).

Para a medida de segurança, o desconto referente à detração deve ser feito, apenas, em relação ao período mínimo de internação ou tratamento ambulatorial, e não no tempo total da medida, e, após esse período, será realizado o exame de cessação da periculosidade. Nesse ponto, Capez (2012, p. 87) afirma que “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”.

Embora o dispositivo que trata da detração não mencione a pena restritiva de direitos ou a pena de multa, quanto ao primeiro, o entendimento dominante no sentido é cabível a detração penal, já no que se refere à pena pecuniária há divergências.

Para as penas restritivas de direitos, tem-se o entendimento de que por analogia *in bonam partem* deve-se também ser concedida a detração penal, sobretudo nas modalidades de limitação do final de semana, prestação de serviços à comunidade e interdição temporária de direitos.

Nesse sentido, tem-se que:

[...] como o CP somente fala em detração na hipótese de pena privativa de liberdade, a interpretação literal do texto poderia levar a 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 a 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. (CAPEZ, 2012, p. 431).

Do mesmo modo, colhe-se o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, através do acórdão que ordenou a detrair da pena alternativa o tempo de prisão provisória cumprido:

TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. Recurso ministerial pelo afastamento da causa de redução de pena do art. 33, § 4º, Lei 11.343 de 2006. Impossibilidade. Benefício bem aplicado. Apelante primário, de bons antecedentes e sem indícios de envolvimento em organização criminosa ou dedicação para o tráfico. Apelo defensivo parcialmente provido. Posse de cerca de 60g de drogas, sendo mais de 50g de maconha que não se reveste de gravidade suficiente para justificar a redução na fração mínima. Pena reduzida a 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais 250 dias-multa no valor mínimo legal. Reprimenda corporal substituída por duas restritivas de direitos. Detração analógica (TJ-SP, Acórdão nº 0020406-97.2012.8.26.0462/SP, rel. Desembargador Otávio de Almeida Toledo, 16ª Câmara de Direito Criminal, julgado em 28/01/2014)

Quanto ao cômputo da prisão provisória para a pena de multa há divergência doutrinária e jurisprudencial, sendo defendido de um lado que a detração não pode ser concedida na pena pecuniária, pois com o advento da Lei n. 9.268, de 1º de abril de 1996, foi proibida a conversão da multa em detenção, ou seja, não se pode mais substituir aquela em pena privativa de liberdade, o que justificava a detração. É o que sustenta Capez (2012, p. 85), segundo o qual não é admitida a detração em pena de multa, pois com o advento da Lei acima citada, que proibiu a conversão da multa em detenção, perdeu-se o argumento que justificava a detração.

De outro norte, há o entendimento de que se pode aplicar analogicamente “no desconto da pena de multa, o tempo de prisão provisória. Assim, quem foi preso preventivamente para, ao final, ser condenado apenas à pena pecuniária não terá nada a cumprir.” (NUCCI, 2009, p. 406)

Cabe salientar que, para se aplicar o princípio da detração, ou seja, descontar da pena o tempo em que o indivíduo esteve preso provisoriamente, é necessário haver uma relação entre o fato criminoso, a prisão provisória e a pena aplicada, embora haja entendimento de que tal vínculo é desnecessário. Nesse sentido explica Jesus (2012, p. 571):

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 mesmo sentido, entende Nunes (2012, p. 203) que só cabe a detração se a prisão cautelar estiver vinculada ao outro crime que o réu cometeu, portanto “não se admite o crédito ou conta-corrente penal, devendo a prisão provisória ser relacionada (ou distraída) somente no processo correlato”.

Para Greco (2012, p. 509), só poderá ser admitida a detração em processos distintos, se estes tramitarem simultaneamente, caso contrário, também defende a posição de que “o agente teria uma carta de crédito para infrações penais futuras”.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões, tem decidido de maneira diversa, passando a conceder a detração independente da

existência da relação entre o fato que gerou a prisão provisória e a pena privativa de liberdade, desde que o crime pelo qual o sentenciado cumpre a pena tenha sido praticado anteriormente à prisão cautelar:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. DETRAÇÃO. AGRAVO EM EXECUÇÃO JULGADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. PRISÃO PROCESSUAL QUE PERDUROU NOS PERÍODOS DE 25.04.2006 a 27.04.2006, de 20.05.2007 a 25.08.2007 e 11.02.2008 a 22.02.2008. EXECUÇÃO RELATIVA A CRIME PERPETRADO EM 13.11.2010. INCIDÊNCIA DA DETRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO DO PRINCÍPIO DA "CONTA-CORRENTE". FLAGRANTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial. 2. Na hipótese em apreço, inexistente flagrante ilegalidade, pois é admitida a detração em relação a fato diverso daquele que deu azo à prisão processual; contudo, somente em relação a delitos anteriores à segregação provisória, sob risco de se criar uma espécie de crédito contra a Justiça Criminal. Precedentes. 3. Habeas corpus não conhecido. (STJ, Habeas Corpus nº 276290 / RS, rel. Ministra Maria Theresa de Assis Moura, 6ª turma, julgado em 03/12/2013, grifo nosso).

Como se percebe, não cabe, de modo algum, a detração quando o fato criminoso pelo qual houve condenação tenha ocorrido após o delito que ensejou a prisão provisória e a absolvição, sob o risco de criar uma espécie de crédito contra a Justiça Criminal.

À vista disso, existe a possibilidade de detração penal em processos diversos, mesmo que os crimes não tenham conexão entre si. Assim, dispõe o artigo 111 da Lei de Execução Penal: “Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição”.

Em relação ao “sursis”, ou seja, a suspensão condicional da pena, previsto no artigo 77 do Código Penal, não é admitido o instituto da detração, já que visa suspender o cumprimento da pena privativa de liberdade. Do mesmo modo, afirma Capez (2012, p. 85) que não é possível a detração em relação ao sursis, pois é “impossível a diminuição de uma pena a qual sequer está sendo cumprida, por estar suspensa”.

No entanto, cabe ressaltar que “o desconto deve operar-se na pena privativa de liberdade fixada, se vier a ser cumprido, caso revogado o sursis, mas não no tempo de

suspensão. (NUCCI, 2009, p. 407) Então, “se o sursis for revogado, a consequência imediata é o condenado cumprir integralmente a pena aplicada na sentença, e nesse momento, caberá a detração, pois o tempo de prisão provisória será descontado do tempo total da pena privativa de liberdade. (CAPEZ, 2012, p. 85)

A detração penal também pode ser aplicada para fins de prescrição. Nesse sentido, afirma Mirabete e Fabbrini (2012, p. 257) que “a detração aplica-se, também, quanto ao período que esteve preso provisoriamente, para a contagem do prazo prescricional”, quis dizer que para efeito da extinção da punibilidade do sentenciado faz sentido computar-se o prazo que este tem a cumprir como já cumprido, sendo a prescrição regulada pelo tempo que resta da pena, segundo o artigo 113 do Código Penal.

3.3.2 A fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade

3.3.2.1 Os regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade

Até a vigência do Código Penal de 1940, não existiam regimes de cumprimento de pena, estes foram estabelecidos através da reforma introduzida pela Lei n. 6.416 de 24 de maio de 1977 e hoje se encontram previstos no Código Penal, bem como na Lei de Execução Penal. Dessa forma, os regimes fechado, semi-aberto e aberto, segundo a perspectiva de Nunes (2012, p. 181), “surgiram com a finalidade de contribuir com a reintegração social do condenado, possibilitando que o infrator da Lei Penal, aos poucos, fosse sendo preparado para o seu retorno definitivo ao convívio social”.

Para Nucci (2009, p. 450), o regime de cumprimento de pena faz parte do processo de individualização da pena, “pois o regime faz parte da reprimenda merecida pelo acusado. Dessa forma, após ter fixado o montante da pena, é indispensável que o magistrado estabeleça o regime cabível, devendo fundamentar sempre a sua opção”.

De acordo com o artigo 33, parágrafo 1º, do Código Penal:

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 mesmo artigo, em seu parágrafo 2º, dispõe que:

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

Primeiramente, vale lembrar que a pena privativa de liberdade pode se dar nas espécies de reclusão, para delitos mais graves; detenção, para delitos menos graves; e prisão simples, para contravenções penais. (NUCCI, 2009, p. 407)

Importante observar, também, que pelos termos do artigo 33, *caput*, do Código Penal, segundo Boschi (2013, p. 278), “a pena de reclusão é executada nos regimes fechado, semi-aberto e aberto, ao passo que a de detenção é executada só nos regimes semi-aberto e aberto, salvo caso de regressão [...]”. E, pelo artigo 6º, da Lei de Contravenções Penais, a prisão simples “deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semi-aberto ou aberto”.

Diante disso, salienta-se que, sob a ótica de Boschi (2013, p. 280), o regime fechado “é de imposição obrigatória quando a pena privativa de liberdade for a reclusão e a quantidade estabelecida for superior a oito anos.” Ademais, ressalta Nucci (2009, p. 407) que esse regime “deve ser cumprido em estabelecimento prisional de segurança máxima, sem possibilidade de saída temporária, com trabalho obrigatório durante o dia e isolamento no repouso noturno.” Ainda sobre o regime fechado, tem-se que:

A pena privativa de liberdade no regime fechado é alternativa viável e útil, não podendo ser dispensada em grande parte dos casos, especialmente de crimes violentos, graves e chocantes, pois não há o que se fazer, a curto ou médio prazo, com determinados tipos de delinqüentes. (NUCCI, 2011, p. 243).

No que tange ao regime semi-aberto, afirma Boschi (2013, p. 281) que “é em princípio cabível nas condenações à pena privativa de liberdade em quantidade superior a quatro e não excedente a oito anos de reclusão ou detenção [...]”. Expõe Nucci (2011, p. 248) que o regime semi-aberto caracteriza-se pelo cumprimento da reprimenda em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, e o condenado fica submetido a trabalho em comum durante o dia, sendo, desta vez, desnecessário o isolamento durante a noite.

Por sua vez, quanto ao regime aberto, explica Boschi (2013, p. 281) que é “o mais liberal de todos, é o que o juiz poderá aplicar nas condenações às penas de reclusão ou detenção não superiores a quatro anos.” Aqui, o condenado “trabalha e frequenta cursos em liberdade, durante o dia, e recolhe-se em Casa do Albergado ou estabelecimento similar durante à noite e nos dias de folga”. (CAPEZ, 2012, p. 387)

Infelizmente, não acontece desse modo na realidade, pois, conforme explica Nucci (2011, p. 250), “por absoluto desdém do Poder Executivo, desde a implementação da Lei de Execução Penal e da nova Parte Geral do Código Penal, não se tem notícia da concretização ideal do regime aberto por todo o Brasil.” Esse autor explica, ainda, que, “inexistindo Casa do Albergado – repita-se, por descaso dos governantes – liberou-se o sistema de cumprimento da pena privativa de liberdade, em regime aberto, a ponto de gerar flagrante impunidade, pois não há qualquer tipo de fiscalização”.

3.3.2.2 Regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade

Consoante o artigo 59, inciso III, do Código Penal, afirma Greco (2012, p. 482) que “deverá o juiz, ao aplicar a pena ao sentenciado, determinar o regime inicial de seu cumprimento, a saber, fechado, semi-aberto ou aberto.” Assim expõe o referido artigo:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências 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.

As regras para a fixação do regime inicial estão previstas também no artigo 33, *caput*, parágrafos 2º e 3º, do Código Penal:

A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, 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 semi-aberto 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 semi-aberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Ademais, o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, também prevê o regime inicial de cumprimento da pena nestes casos:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; II - fiança. § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

De acordo com Nucci (2011, p. 250), “a individualização da pena não significa tão somente a eleição da espécie de pena privativa de liberdade – reclusão ou detenção – e seu quantum, mas também e fundamentalmente o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade [...]”.

Nesse sentido, deve-se observar que “a escolha pelo julgador do regime inicial para o cumprimento da pena deverá ser uma conjugação da quantidade de pena aplicada ao sentenciado com a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.” (GRECO, 2012, p. 483) Vale ressaltar que são variáveis as quais interferem na fixação do regime inicial: o caráter da infração, o caráter da pena, a quantidade da pena, a reincidência e as circunstâncias judiciais.

Desse modo, relata Nunes (2012, p. 182):

Quando alguém é condenado a uma pena privativa de liberdade (prisão) [...] o juiz fixa a quantidade de reprimenda e o regime inicial para o seu cumprimento, observando a gravidade do crime, conduta social do autor do delito, além de outras circunstâncias judiciais previstas o art. 59 do Código Penal [...].

Segundo esse mesmo autor:

Nos termos do art. 110 da Lei de Execução Penal, em combinação com o art. 59, III, do Código Penal, cabe ao Juiz sentenciante, em caso de condenação à pena privativa de liberdade, estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena, que pode ser modificado durante a sua execução, mais visivelmente pela progressão de regime [...]. (NUNES, 2012, p. 183)

Sabe-se que a determinação da fixação do regime inicial é de competência do juiz do processo de conhecimento, conforme estabelece o artigo 110 da Lei de Execução Penal, que tem o seguinte teor: “O Juiz, na sentença, estabelecerá o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade, observado o disposto no artigo 33 e seus parágrafos do Código Penal”.

No entanto, se esse juízo for omissivo quando ao regime inicial de cumprimento de pena, após transitada em julgado a sentença penal condenatória, “o regime a que será submetido inicialmente o condenado será aquele de acordo com a quantidade de pena aplicada.” (GRECO, 2012, p. 483) Assim, relata Capez (2012, p. 390) que “se

não houver menção quanto ao regime inicial, a dúvida deve ser resolvida em prol do regime mais benéfico, desde que juridicamente cabível”.

Nesse sentido, Boschi (2013, p. 278) se posiciona relatando que, “como é do juiz a competência para a fixação ou alteração do regime inicial, segue-se que ao juiz da execução a competência será restrita ao exame dos requisitos necessários à progressão ou à regressão [...]”.

Importante salientar que o condenado tem “um direito subjetivo público ao pronunciamento judicial sobre o regime inicial, necessariamente fundamentado, para que possa haver um controle da legalidade da decisão e da imparcialidade do magistrado”. (BOSCHI, 2013, p. 280)

No que se refere à possibilidade ou não da imposição de regime mais severo que a pena aplicada, entende Greco (2012, p. 488) que:

O condenado tem direito subjetivo em cumprir sua pena sob o regime que lhe foi concedido, de acordo com a sua aptidão pessoal, na sentença condenatória. Da mesma forma, não pode o condenado cumprir sua pena em regime mais rigoroso, por desídia do Estado, se foi determinado na sentença condenatória que o cumprimento se daria em regime aberto, ou seja, em casa de albergado ou estabelecimento similar.

Isto posto, conclui-se que o regime inicial de cumprimento da pena, determinado pelo juízo de conhecimento, deverá atender aos pressupostos estabelecidos nos artigos acima mencionados do Código Penal, de modo sempre a beneficiar o réu.

3.3.3 A influência da detração na fixação do regime inicial e na execução da pena

A detração poderá influir tanto na fixação do regime inicial quanto na execução da pena. Até a Lei n. 12.736 de 30 de novembro de 2012, a detração não tinha influência alguma sobre a determinação do regime inicial de cumprimento da pena, conforme, aliás, o ensinamento de Nucci (2009, p. 406) anteriormente à redação da referida Lei: “A aplicação da detração não deve influenciar o juiz na fixação do regime inicial de cumprimento da pena.” Não poderia o juiz fazer o desconto da detração na sentença condenatória com intuito de aplicar ao condenado uma pena cujo regime fosse mais brando. Esse pensamento perdurou até o advento da Lei n. 12.736/2012. Doravante surgiram, então, novas regras quanto ao instituto da detração penal.

Pois bem, o artigo 1º da referida Lei assim dispõe: “A detração deverá ser considerada pelo juiz que proferir a sentença condenatória, nos termos desta lei”, ou seja, a detração, que antes era feita pelo juízo da execução, passa a ser realizada pelo juízo do conhecimento no momento em que é prolatada a sentença penal condenatória, sendo alterado, portanto, o momento em que é reconhecida e calculada a detração.

Nesse ponto, Silva assim expõe:

Pelas regras anteriores, a detração era reconhecida pelo Juízo das Execuções Criminais, após a expedição da guia de recolhimento (provisória ou definitiva). De posse da guia de recolhimento e com as informações contidas nas folhas de antecedentes do condenado, o cálculo era elaborado com o desconto das sanções já cumpridas provisoriamente. [...] As novas regras simplesmente modificaram a competência para o reconhecimento da detração, que era do Juízo da Execução e passa a ser do Juízo da Instrução ao proferir sentença.

O artigo 2º da citada Lei, por sua vez, acrescentou ao artigo 387 do Código de Processo Penal, o qual está inserido no capítulo que trata da sentença penal, o parágrafo 2º, que possui 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.” Observa-se que a alteração legislativa pretendeu antecipar o cálculo da pena a ser cumprida, bem como a fixação de regime inicial de seu cumprimento.

É importante ressaltar, que a recente alteração acima exposta quis a ocorrência da detração penal ainda no processo de conhecimento, quando esta for indispensável para a fixação de regime de pena mais brando. Assim entende Teixeira (2012), quando afirma que, “[...] nas hipóteses em que a detração não é hábil a modificar o regime, não haverá cômputo inferior de pena a ser realizado, sob pena de o juízo de conhecimento invadir a competência do juízo da execução [...]”.

Sobre a relação existente entre a detração e a fixação do regime inicial da pena, Jesus (2012b, p. 630) ensina: “[...] 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) [...]”.

Então, cabe ao juiz do processo de conhecimento realizar a detração apenas para fins de regime de pena, relacionado meramente ao início do cumprimento da condenação. Se, entretanto, o regime de pena não for alterado, não compete ao juízo de conhecimento a realização de cálculos para detrair a pena.

Vale salientar que o artigo 66, inciso III, da Lei de Execução Penal, não restou alterado nem revogado pela Lei n. 12.736/2012, ou seja, a competência do juiz da execução para fins de detração foi mantida, sendo preservado também o princípio do juiz natural, positivado pelo artigo 5º, inciso LIII, da Constituição Federal. Nesse sentido, afirma Silva que “a Lei a ser observada por ocasião da progressão de regime é a das Execuções Penais, que é especial e traz os requisitos necessários, que devem ser analisados pelo Juiz natural da causa, que é o das Execuções Penais e não o prolator da sentença”.

À vista disso, no entendimento de Teixeira (2012), “somente ao juiz da execução penal compete avaliar se, na espécie, estão presentes os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão de qualquer benefício com a observância do acompanhamento disciplinar até o final do cumprimento da pena”.

É importante deixar claro que a fixação do regime inicial da pena a partir da detração não configura progressão de regime², pois, segundo Pinheiro, “[...] antes do trânsito em julgado não há pena, mas custódia cautelar. E se não há pena sendo cumprida, não se pode falar em progressão [...] só há progressão daquilo que está em curso.” Ademais, “só pode progredir na pena quem já iniciou. Bem por isso, o juiz que aplica o novo artigo não progride o condenado, mas estabelece o programa a ser executado pelo juiz da execução penal”.

Nesse ponto, é fundamental a exposição do artigo 112 da Lei de Execução Penal, o qual dispõe que:

A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Desse modo, somente se o sentenciado, a partir do início da execução, demonstrar preenchidos os requisitos trazidos pelo artigo acima, os quais são necessários para a progressão de regime, é que então o Juiz da Execução poderá conceder a progressão.

² Nunes (2012, p. 184) entende “por progressão de regime a transferência do regime penal mais rigoroso para um mais brando, desde que satisfeitos os critérios de ordem objetiva e subjetiva estabelecidos em lei.”

Na visão de Greco (2012, pp. 494/495), “a progressão é um misto de tempo mínimo de cumprimento de pena (critério objetivo) com o mérito do condenado (critério subjetivo). A progressão é uma medida de política criminal que serve de estímulo ao condenado durante o cumprimento de sua pena.”

Isto posto, explica Teixeira (2012) que “não se pode vincular à progressão de regime um mero procedimento de cálculo aritmético de cumprimento de pena, ignorando o mérito do sentenciado e, verdadeiramente, negando vigência ao que estabelece o art. 112 da Lei de Execução Penal.” Por isso, se o juiz de conhecimento se deparar com situações em que deva proceder uma avaliação mais detalhada do acusado, não deverá proceder à progressão de regime, pois estaria em desacordo com a fase da prolação da sentença condenatória, invadindo, portanto, a competência do juiz de execução. Assim, afirma Pavlovsky (2013): “não há que se falar, ademais, em progressão de regime prisional. [...] porque não se está a analisar o atendimento de requisitos subjetivos necessários à progressão”.

A pena definitiva tem, entre outras, a função de fixação de regime inicial do cumprimento da pena. Assim, posiciona-se Silva (2012), ao afirmar que deve o magistrado fixar a pena definitiva na sentença pelo critério trifásico, como já o fazia anteriormente a nova lei e, “somente após estipulada a pena definitiva na sentença, é que deve o juiz, posteriormente, na própria sentença, pronunciar-se acerca de eventual detração penal e direito à progressão de regime”.

Então, apenas posteriormente à realização da dosimetria da pena é que se dará a realização do cômputo referente à detração e, por conseguinte, a fixação do regime inicial de cumprimento da pena.

Desse modo, ainda esclarece Teixeira que “[...] o juiz disporá que deixa de aplicar a detração prevista no § 2º, do art. 387 do Código de Processo Penal, vez que o regime não será modificado, não obstante o período de prisão preventiva do sentenciado”.

O Supremo Tribunal Federal também já se posicionou anteriormente à nova Lei a respeito do tema pela Súmula n. 716, admitindo “a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado na sentença condenatória”.

Vale ressaltar que, embora a súmula acima referida não retire a competência do juiz da execução, sabe-se que tal competência também é concedida ao juiz de conhecimento para aplicar a detração a fim de evitar situações em que o indivíduo tenha que esperar em regime inicial mais gravoso até que o juiz da execução decida sobre a possibilidade de cumprir a pena em regime mais brando.

Para melhor elucidação do assunto, explica Silva (s/d):

Suponhamos que o réu seja condenado a oito anos e seis meses de reclusão e tenha ficado preso preventivamente por um ano. Ao fixar a pena, o Juiz deverá descontar o tempo em que o condenado ficou preso provisoriamente (um ano) e dosar a reprimenda em sete anos e seis meses de reclusão. A pena que seria iniciada em regime fechado agora o será no regime semiaberto (se não houver outros elementos que o impeça), sem que o mérito do sentenciado tenha sido observado para o fim de progressão, que será automática.

Sob uma análise de cunho sociológico, observa Teixeira (2012) que “a Lei 12.736/12 é mais uma lei que vem suprir a falta de políticas públicas ao sistema de execução penal. Tornou-se rotineiro procurar resolver problemas sociais, principalmente do sistema carcerário, por meio de leis penais despenalizadoras.” A autora ainda atenta para que os operadores de direito tenham cuidado ao aplicar o novo dispositivo, sem mera análise crítica, pois receia a rápida transformação do processo de conhecimento em processo de execução.

A própria exposição de motivos do projeto que culminou na Lei n. 12.736/2012, objetivou a redução da população carcerária a fim de amenizar o problema do sistema prisional brasileiro. Nesse sentido, afirma Pavlovsky (2013) que, na exposição de motivos, pode-se perceber que a pretensão do legislador, “no afã de proclamar mais uma solução paliativa para o descuidado sistema prisional, foi antecipar ao juízo de conhecimento eventual análise acerca do direito do réu em ser agraciado com regime mais brando daquele fixado na condenação [...]”.

No que concerne ao instituto da detração penal, conjuntamente ao novo dispositivo do artigo 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, em se tratando de individualização da pena, segundo Pinheiro (2013, p. 4), “o juiz da fase de conhecimento não estará progredindo o réu de regime, mas simplesmente individualizando a pena e estabelecendo as balizas iniciais que orientarão a futura jurisdição do juiz das execuções criminais”.

Do mesmo modo, esse autor enfatiza que cabe ao juiz da fase de conhecimento computar o tempo de prisão provisória tão somente para a determinação do regime inicial da pena, se este vier a ser mais brando, o que caracteriza parte do processo de individualização da pena:

A partir do início da execução, seja a execução definitiva ou provisória, é que o sentenciado começará a demonstrar que reúne os requisitos necessários para a progressão de regime. Esses aspectos simplesmente não estão nos limites de cognição do juiz da fase de conhecimento, que limitou-se a considerar o tempo de prisão provisória exclusivamente para o fim de determinação do regime inicial da pena privativa de liberdade, ou seja, individualizou a pena. (PINHEIRO, 2013, p. 4, grifo nosso)

No mesmo sentido, no que tange a análise do juiz de execução quanto à progressão de regime, segundo Pavlovsky (2013), há também configuração da individualização da pena:

A progressão decorre do modelo escalonado adotado pelo ordenamento para o cumprimento da pena. Conforme o condenado cumpre determinada quantidade de pena, vai sucessivamente passando para regime mais brando, até ser novamente colocado no convívio social. O sistema progressivo é parte da individualização da pena, forma de promover a reeducação e ressocialização do sentenciado. (grifo nosso)

Por fim, a detração, segundo o parágrafo 2º introduzido pela Lei n. 12.736, de 30 de novembro de 2012 ao artigo 387 do Código de Processo Penal, tem o condão de influir na fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade já na fase da prolação da sentença condenatória, quando esse regime se tornar mais brando com a pena detraída, o que não caracteriza progressão de regime, mas sim medida compensatória com intuito de impedir o excesso da execução da pena. Caso contrário, a incidência da regra da detração penal ocorrerá, somente, na fase da execução penal.

A nova lei, então, pretende evitar que o apenado aguarde decisão do juízo da execução concomitantemente com o cumprimento de um regime mais gravoso que lhe foi aplicado.

4 COMPENSAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PENAIS NA PENA APLICADA

4.1 Considerações iniciais

O presente capítulo tratará, especificamente, da compensação das medidas cautelares diversas da prisão na pena.

Primeiramente, realizar-se-á uma descrição dos principais princípios que regem e embasam a problemática, os quais serão mencionados nos outros momentos para melhor elucidação do problema.

No segundo momento, valendo-se do instituto da analogia *in bonam partem*, serão demonstradas as possibilidades da detração das medidas cautelares diversas da prisão, embora possam restringir a liberdade do acusado ou indiciado. Posteriormente, serão apresentadas as possíveis formas de aplicabilidade prática da detração nas medidas cautelares. Concluindo esse segundo momento, serão expostas as impossibilidades da detração das medidas cautelares penais.

Por fim, no terceiro item, será demonstrado que aquelas medidas que não possam ser detraídas da pena poderão incidir como atenuantes inominadas, procedendo-se a um desconto proporcional na pena a ser imposta.

4.2 Os princípios que fundamentam a compensação das medidas cautelares na pena

4.2.1 Princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade

O princípio da presunção da inocência, previsto pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, é uma garantia constitucional segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.” Ou seja, existe uma regra de tratamento para o acusado ou indiciado, pela qual este deve ser considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Para Ishida (2012, p. 39), “trata-se de um valor político-ideológico, objetivando preservar a dignidade do acusado: o tratamento deve ser de inocente até o trânsito em julgado. É uma regra de tratamento”.

Assim, também reconhecem Demerician e Maluly (2012, p. 179) que “a nossa constituição reconhece expressamente o princípio da não culpabilidade e, como decorrência, a vocação que os acusados em geral têm para a liberdade antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória”.

Então, pode-se concluir que o agente apenas será considerado culpado quando o juiz, por meio das provas apresentadas no decorrer da instrução processual, condenar o réu em sentença penal condenatória. Sobre o tema cabe o trecho a seguir: “Sob o aspecto prático, a regra constitucional traz implícita disposição sobre o ônus da prova, qual seja: presume-se a inocência do acusado até que, havendo provas, seja ele condenado por sentença definitiva transitado em julgado”. (GRECO FILHO, 2013, p.84)

Bonfim (2012, p. 86) explica, segundo tal princípio:

Nos casos em que não for provada a existência do fato, não existir prova de ter concorrido para a prática da infração penal ou não existir prova suficientemente segura para fundamentar o juízo condenatório, será o juiz obrigado a absolver o acusado, não se lhe podendo imputar culpa por presunção.

Importante ressaltar que este princípio influenciou na elaboração da Lei n. 12.403/2011, que implantou as medidas cautelares diversas da prisão, objeto de estudo do presente trabalho. Assim, expõe Ishida (2012, p. 40):

Com intuito de manutenção da cautelaridade como garantia da ação principal, a decisão de prisão provisória cabe ao magistrado, e não mais se exige como condição para apelar o recolhimento à prisão. Tal princípio também influenciou sobremaneira a edição da Lei n. 12.403/11 que tratou das medidas cautelares pessoais. Como existe um tratamento do réu baseado em sua dignidade, a prisão cautelar se tornou efetivamente exceção, passando a ser disciplinada com restrições pelo CPP.

O entendimento do princípio da não culpabilidade, que influenciou a elaboração da lei que trouxe ao ordenamento as medidas cautelares diversas da prisão, é importante para a problemática em estudo, pois será, apenas, com o trânsito em julgado da sentença penal que o acusado terá o direito à detração do período pelo qual ficou preso provisoriamente ou, no caso, cumprindo medidas cautelares diversas, no intuito de fazer da prisão um instrumento utilizado em *ultima ratio*, de preferência quando o acusado for considerado culpado.

Desse modo, o referido princípio pode fundamentar a compensação das medidas cautelares, por serem estas uma incumbência processual imposta aos acusados

antes da condenação advinda com o trânsito em julgado, de modo que ao serem detraídas, a pena seria diminuída devido à antecipação desta incumbência cautelar.

4.2.2 Princípio da proporcionalidade

Um dos mais importantes princípios que embasará a problemática deste trabalho é o princípio da proporcionalidade, chamado também de “princípio da proibição de excesso.” Segundo Jesus (2012b, p. 53), o princípio da proporcionalidade “determina que a pena não pode ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato. Significa que a pena pode ser medida pela culpabilidade do autor”.

De acordo com Nucci (2009, p. 77), “significa que as penas devem ser harmônicas com a gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, nem tampouco a extrema liberalidade na cominação das penas nos tipos penais incriminadores”.

Bonfim (2012, p. 101) entende o princípio da proporcionalidade como um “princípio hermenêutico, uma nova categoria, próxima ou análoga a um verdadeiro método de interpretação jurídico posto em prática sempre que houver a necessidade de restringir direitos fundamentais”.

Sob a modalidade de proibição de excesso, o mesmo autor entende que esse princípio “implica a proibição de que o Estado, ao agir, tanto na posição de acusador quanto na de julgador, pratique em sua atividade qualquer excesso [...] na medida em que, a pretexto de combater infrações penais, sejam cometidos excessos na restrição aos direitos fundamentais”.

Então, o princípio em análise impõe ao Estado a proteção dos cidadãos contra excessos e, através do sistema penal, visa à proporcionalidade entre o crime cometido e a pena imposta. (ANDREUCCI, 2013, p. 47)

O artigo 282 do Código de processo Penal traz pressupostos que ensejam a imposição das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do mesmo Código, já mencionados no item 2.3 do capítulo I deste trabalho como o binômio necessidade-adequação, que segundo Bonfim (2012, p. 471) “[...] nada mais são do que sub-requisitos do método de interpretação conhecido como princípio da proporcionalidade [...]”.

No que se refere, portanto, à análise das medidas cautelares a serem aplicadas, deve-se levar em conta, em princípio, os requisitos de necessidade e adequação, no

intuito de que tais medidas visem a evitar a prática de infrações penais, assegurar a aplicação da lei penal, bem como ser adequadas a finalidade a que foram propostas.

Superado esse juízo, o princípio da proporcionalidade serve como mecanismo para que sejam ponderadas a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do indiciado ou acusado, “evitando-se a imposição de medidas desproporcionais ou desarrazoadas. Logo, não se fala exatamente em ‘binômio’, mas em um ‘trinômio’ de requisitos”, sendo eles necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. (BONFIM, 2012, p. 472)

Então, na verdade, seria com base no “trinômio” acima mencionado que caberá ao juiz analisar a possibilidade de compensação das medidas cautelares para serem impostas de modo mais adequado e proporcional ao caso concreto.

4.2.3 *Princípio do non bis in idem,*

O princípio *non bis in idem* prescreve que ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato. Segundo Nucci (2009, p. 78), é uma garantia prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, n. 4) e “quer dizer que ninguém poderá ser processado ou punido duas vezes pela prática da infração penal”.

Sobre esse princípio, também Bonfim (2012, p. 101) afirma que “não poderá o Estado deduzir uma pretensão punitiva que tenha por objeto o mesmo fato, contra o mesmo acusado, se este foi considerado inocente em decisão definitiva”.

O princípio da vedação do *bis in idem* influencia diretamente na aplicação da detração penal, pois não quer computar o tempo de prisão cautelar na pena aplicada a fim de não fazer com que o condenado a tenha cumprido duas vezes. Desse modo, afirma Menezes (2012):

Há um princípio clássico de justiça segundo o qual ninguém poderá ser punido duas vezes pelo mesmo fato, sendo a detração o instituto que vem dar cabo a tal instituto. Portanto, tem a finalidade primordial de evitar que o Estado ultrapasse os limites do poder-dever de punir, sujeitando o responsável pelo fato punível a uma fração desnecessária da pena sempre que houver privação da liberdade ou internação em etapas anteriores à sentença penal condenatória.

Do mesmo modo, sobre este princípio e a detração, expõe Silva (2011a):

O instituto da detração penal, previsto no art. 42, CP é uma das formas mais marcantes de utilização da equidade, possibilitando que o condenado criminalmente não se sujeite ao *bis in idem*, ao autorizar a contagem do tempo de prisão cautelar no quantitativo da pena privativa da liberdade ou medida de segurança a ser executada.

Vale lembrar que 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”. (CAPEZ, 2011)

Por isso que, quando a liberdade do indivíduo foi retirada já na fase processual, este prazo deve ser descontado quando houver a condenação, pois de modo contrário, ensejaria o *bis in idem*.

4.2.4 Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima busca impedir que o Estado interfira demasiadamente na vida das pessoas por meio do Direito Penal, possibilitando, assim, que os indivíduos possam desfrutar de liberdade e autonomia. Isso significa dizer que os conflitos existentes em sociedade não devem ser solucionados diretamente pelo sistema penal, sendo o direito penal a última opção.

Portanto, o princípio quer evitar que se banalize a criminalização a fim de não mais sobrecarregar o sistema penal. Nesse sentido, sustenta Nucci (2009, p. 75) que:

Caso o bem jurídico possa ser protegido de outro modo, deve-se abrir mão da opção legislativa penal, justamente para não banalizar a punição, tornando-a, por vezes, ineficaz, porque não cumprida pelos destinatários da norma e não aplicada pelos órgãos estatais encarregados da segurança pública. Podemos anotar que a vulgarização do direito penal, como norma solucionadora de qualquer conflito, pode levar ao seu descrédito e, conseqüentemente, à ineficiência de seus dispositivos.

Do mesmo modo, expõe Jesus (2012b, p. 52) que:

Procurando restringir ou impedir o arbítrio do legislador, no sentido de evitar a definição desnecessária de crimes e a imposição de penas injustas, desumanas ou cruéis, a criação de tipos delituosos deve obedecer à imprescindibilidade, só devendo intervir o Estado, por intermédio do Direito Penal, quando os outros ramos do Direito não conseguirem prevenir a conduta ilícita.

A adoção das medidas cautelares diversas da prisão, e conseqüentemente a detração das mesmas no momento de ser computada a pena, são, de algum modo, uma forma de o Estado intervir, por meio do Direito Penal, o mínimo possível na esfera da liberdade do acusado, primeiro porque as medidas cautelares diversas da prisão visam evitar o cárcere quando desnecessário, e segundo porquanto detrair da pena o tempo de

medida cautelar significa dar ao indivíduo sanção penal proporcional ao crime cometido, sem que o Estado imponha pena além do necessário.

4.3 Possibilidades e impossibilidades da detração das medidas cautelares diversas da prisão na pena segundo os critérios de privação ou restrição da liberdade e da analogia *in bonam partem*

4.3.1 Aspectos gerais sobre a aplicação da analogia no Direito Penal

4.3.1.1 Conceituação da analogia

As lacunas na lei penal existem, mas nem por isso os casos prejudicados por elas podem deixar de serem solucionados. Assim, o julgador fixará as regras a serem aplicadas segundo os processos de integração da lei indicados pela ordem jurídica.

Desse modo, entende Jesus (2012b, p. 91) que “a lei deverá reger a sua espécie; em sua falta, aplicam-se as disposições concernentes aos casos análogos [...]”. Para elucidar o tema, o autor cita, ainda, o artigo 126, do Código de Processo Civil, o qual diz: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

Vale salientar, também, que conforme consta no artigo 4º do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. (grifo nosso)

A analogia, segundo Nucci (2009, p. 87), “é o processo de integração do sistema normativo, suprindo-se lacunas e aplicando-se norma existente a caso semelhante ao que seria cabível.” No entendimento de Jesus (2012b, p. 92), “é o primeiro recurso fornecido pela ciência jurídica na solução do problema da autointegração da norma penal. Consiste em aplicar uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante”.

No entendimento de Bobbio (1997, p. 151), entende-se por analogia:

O procedimento pelo qual se atribui a um caso não-regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado semelhante. [...] a analogia é certamente o mais típico e o mais importante dos procedimentos interpretativos de um determinado sistema normativo: é o procedimento

mediante o qual se explica a assim chamada tendência de cada ordenamento jurídico a expandir-se além dos casos expressamente regulamentados.

A analogia, portanto, consiste no ato de aplicar a uma hipótese não prevista no ordenamento jurídico a legislação relativa a uma proposição similar. Para Andreucci, (2013, p. 53):

Não consiste a analogia em fonte formal mediata do direito penal, mas, antes, em forma de integração da lei. Assim de acordo com o art. 4 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, na presença de uma lacuna do ordenamento jurídico, deve o juiz decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

No mesmo sentido, afirma Jesus (2012b, p. 92) que a analogia não é fonte do Direito, embora “citada no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ao solucionar uma questão por analogia, o juiz está somente aplicando determinada disposição legal que irá resolver, por semelhança, casos expressamente contemplados”.

Vale salientar que analogia não deve se confundir com interpretação analógica, pois tratam de diferentes institutos. Sobre o tema, esclarece Jesus (2012b, p. 94) que:

A analogia é forma de autointegração da lei. Omissa, parte-se da solução nela prevista para certo caso, chegando-se à validade dela para aquele não previsto. Na interpretação analógica (permitida pela própria lei), é o próprio dispositivo que determina se aplique analogicamente o preceito. Na primeira não é vontade da lei abranger os casos semelhantes, na segunda, a própria lei, após definir a fórmula causuística, menciona os casos que devem ser compreendidos por semelhança.

O presente trabalho utilizar-se-á da analogia propriamente dita, pois, não obstante a ampliação do rol de medidas cautelares penais, não há previsão legislativa sobre as formas de compensação dessas medidas na pena, podendo-se valer, dessa forma, da autointegração da lei.

4.3.1.2 A possibilidade da aplicação da analogia *in bonam partem* no Direito Penal

A analogia *in bonam partem* ocorre quando “aplica-se certa norma para absolver o réu em caso análogo, para o qual inexistente lei específica, sendo excepcionalmente admissível para evitar o surgimento de situação de flagrante injustiça”. (NUCCI, 2009, p. 87)

Tal analogia é admitida somente para beneficiar o réu, contrapondo-se a analogia *in malam partem*, ou seja, quando o prejudicar, hipótese que não deve ser

aplicada. Assim, afirma Jesus (2012b, p. 96) que “ocorre integração da lei através da analogia *in bonam partem* quando o sujeito é beneficiado pela sua aplicação. Quando é prejudicado, fala-se em analogia *in malam partem*.” Do mesmo modo, relata Nucci (2009, p. 86) que “a analogia é um processo de auto-integração, criando-se uma norma penal onde, originalmente não existe. Nesse caso, não se admite analogia *in malam partem*, isto é, para prejudicar o réu”.

O procedimento analógico não é admissível nos casos em que cria delitos e comina penas. A analogia, portanto, só será admissível ao abordar os casos em que a lei penal não seja incriminadora. Destarte, expõe Jesus (2012b, p. 99) que:

A opinião dominante se manifesta no sentido da admissão da analogia benéfica porque: 1) as normas penais incriminadoras não são excepcionais; 2) o art. 4º, da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) determina que em caso de omissão da lei cubra-se a lacuna empregando-se em primeiro lugar o suplemento analógico. Este, se não pode criar figuras delitivas, em face do princípio da reserva legal, fora das normas incriminadoras tem inteiro cabimento.

4.3.2 Possibilidade da aplicação do instituto da detração penal em relação às medidas cautelares penais diversas da prisão ou internação provisória

4.3.2.1 O instituto da detração penal

O instituto da detração penal já foi previsto pelo Decreto n. 774, de 20 de setembro de 1890, e assim expõe seu artigo 3º: “A prisão preventiva será computada na execução da pena, sendo posto em liberdade o réu que, contado ou adicionado o tempo da mesma prisão, houver completado o da condenação”.

Atualmente, a detração penal está prevista no artigo 42 do Código Penal, segundo o qual “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.” Conforme expõe Jesus (2012b, p. 570), “detração penal é o cômputo na pena privativa de liberdade e na medida de segurança do tempo de prisão provisória ou administrativa e o de internação em hospital ou manicômio”.

Não resta dúvida de que o período de prisão provisória ou de internação provisória, efetivamente ocorridos antes do trânsito em julgado da sentença penal, que imponha pena ou medida de segurança deva nestas ser computada. Sobre o tema, explica Nucci (2013, p. 638) que “o sentido do mencionado benefício é provocar a

compensação, sob o ponto de vista prático, entre o período em que o réu permaneceu detido, considerado inocente, em situação de prisão cautelar, e a prisão-pena, a ser cumprida em virtude da condenação”.

Trata-se, portanto, de uma simples operação aritmética, a qual subtrai prisão ou a internação provisória da pena cujo “pressuposto é evitar que uma pessoa fique presa mais tempo do que a pena imposta na sentença condenatória.” (CAPEZ, 2011) No mesmo sentido, expõe Silva (2011b) que apesar de a prisão provisória não se caracterizar como pena, seria injusto não se computar na sanção o lapso da vigência daquela, correndo-se o risco de ensejar em *bis in idem*.

4.3.2.2 A ampliação do rol de medidas cautelares penais e a ausência de previsão da aplicação da detração em relação a essas medidas

Conforme já mencionado no primeiro capítulo, a Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011, trouxe inúmeras alterações e benefícios ao ordenamento jurídico processual penal, entre elas, a criação das medidas cautelares pessoais diversas da prisão, as quais foram inseridas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

No entanto, há um ponto na qual a referida Lei foi omissa, uma vez que ela não dispôs sobre a possibilidade de ser realizada a detração penal das medidas cautelares pessoais diversas da prisão. Diante dessa lacuna, portanto, cabe aos cientistas do direito penal buscar soluções alternativas para a resolução dos diversos problemas que possam surgir em face dessa omissão, bem como aos aplicadores desse direito a solução dos problemas concretos que lhe forem decorrentes.

Primeiramente, cabe aqui lembrar que a nova Lei traçou diretrizes de aplicação e regência a todas as medidas cautelares pessoais, que, buscando assegurar a eficácia da prestação jurisdicional, surgiram no intuito de romper com a dicotomia tradicional prisão-liberdade até então vigente, e que, no caso concreto, deverão ser aplicadas conforme a sua necessidade e adequação.

Compete ao juiz, então, substituir a medida cautelar, impor outra ou aplicá-la cumulativamente, e, em último caso, decretar a prisão preventiva. A prisão preventiva, agora, passa a ter caráter excepcional, uma vez que, apenas, deverá ser aplicada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, sendo o último instrumento a ser utilizado.

Entretanto, conforme já antecipado, o artigo 42 do Código Penal permaneceu silente quanto à possibilidade da compensação, na pena ou na medida de segurança, das medidas cautelares distintas da prisão e da internação provisória. Em princípio, a partir de uma leitura literal do texto legal, não existe a possibilidade de detração penal nas medidas cautelares alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, pois, segundo esse artigo, somente cabe a detração da prisão ou da internação provisória.

4.3.2.3 O caráter restritivo da liberdade das medidas cautelares diversas da prisão

Deve-se considerar que, apesar de serem diversas da prisão, as medidas cautelares implicam, de alguma forma, restrição da liberdade do indivíduo anteriormente à pena advinda da sentença condenatória transitada em julgado ou mesmo à medida de segurança eventualmente aplicada. Nesse contexto, é que será analisada a possibilidade da detração penal para tais medidas.

Sobre a distinção entre a privação e a restrição da liberdade, explica Oliveira (2013, p. 74) que:

Privar é suprimir um bem ou uma faculdade que normalmente se deveria ter; restringir, por sua vez, é limitar, impor uma condição limitativa, e não ter o caráter de generalidade. A diferenciação entre as medidas cautelares que privam a liberdade de locomoção do réu e aquelas que a restringem é essencial ao estudo da aplicação da detração penal às medidas cautelares pessoais distintas da prisão. Uma medida que prive a liberdade de ir e vir do agente faz com que seu *status libertatis* esteja espacialmente limitado ao cárcere. De outro lado, medidas que restringem a liberdade são aquelas que apesar de não manter o agente na prisão, empõem-lhe condições ao pleno gozo de seu *status libertatis*.

No que tange à aplicação das medidas cautelares, vale lembrar que, preenchidos os requisitos para a sua decretação, “impor ou manter a restrição à liberdade pessoal do imputado envolve o exercício do poder de cautela, de caráter processual e não punitivo e que, sem prejudicá-lo, tende a assegurar o resultado final do processo”. (DEMERICIAN; MALULY, 2012, p. 179)

Assim, vale ressaltar que “[...] a detração deve ser aplicada sempre que houver intervenção do Estado em direitos do cidadão, seja para restringir ou para privar a liberdade do indivíduo em seu direito de ir, vir e permanecer”. (OLIVEIRA, 2013, p. 73)

4.3.2.4 A possibilidade da aplicação da detração em relação às medidas cautelares penais diversas da prisão

Sabe-se que, apesar de serem diversas da prisão, as medidas cautelares inseridas pela Lei n. 12.403/2011, quando aplicadas, trazem ao acusado ou investigado conseqüências 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.

É necessário ter em mente que o termo prisão provisória “deve ser interpretado de modo amplo, abarcando todas as medidas cautelares de restrição da liberdade.” (PRADO, 2013, p. 210), de modo que não se pode deixar de ressaltar o caráter restritivo da liberdade presente nas medidas cautelares diversas da prisão, pois, conforme observado por Silva (2011a):

Comparando-se o perfil da detração com as novas medidas cautelares trazidas pela Lei 12.403/2011 – art. 319, I a IX e 320, ambos do CPP, conclui-se que a maioria esmagadora daquelas providências, se aplicadas, ensejam restrições diretas ao direito de liberdade do investigado ou acusado [...].

Também Nucci (2012b, p. 389) afirma que as novas medidas cautelares “[...] implicam restrição antecipada à liberdade individual. Algumas possuem maiores limitações que outras e, sob tal enfoque, entendemos deva ser apreciada a viabilidade de detração”.

Desse modo, faz-se necessário e imprescindível o estudo das medidas cautelares pessoais em espécie, visto que restringem a liberdade do indivíduo em diferentes graus, conforme a medida imposta, ou até mesmo privam, por completo, o seu direito de liberdade, através da intervenção estatal. Nesse norte, esclarece Oliveira (2013, p. 74):

Como se percebe na leitura das medidas diversas da prisão, algumas, a exemplo da prisão realmente privam o direito de ir, vir e permanecer do sujeito, ao passo que outras apenas restringem o pleno exercício de tal direito. Logo, uma possibilidade de detração em relação às medidas cautelares dos art. 319, do CPP, caso aplicável, não deve ser feita ao acaso, mas sim obedecendo a critérios lógicos de privação/restrrição da liberdade [...].

No mesmo norte, afirma Pinheiro (2012, p. 45) que:

As medidas cautelares penais diversas da prisão processual acarretam, inegavelmente, vedações à liberdade do investigado ou acusado, umas em menor, outras em maior grau de restritividade. Com efeito, se liberdade é

restrita durante o andamento do inquérito policial ou da ação penal, justo é que se possa autorizar a aplicação proporcional do art. 42 do Código Penal na pena final aplicada na sentença penal condenatória.

Por fim, é notória a possibilidade da detração sob o ponto de vista de o acusado ou indiciado ter sua liberdade limitada ou reduzida por meio da intervenção estatal, anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal que venha a lhe impor uma pena ou uma medida de segurança, uma vez que seria injusto se não fosse computado na pena ou na medida de segurança o tempo em que o indiciado ou o acusado ficou cautelarmente preso ou internado ou foi submetido a qualquer outra medida cautelar penal diversa da prisão, uma vez que essas medidas, de alguma forma, comprometeram o seu *status libertatis*. (MENEZES, 2012)

Sobre a detração analógica, afirma Ishida (2012, p. 420) que “[...] não havendo previsão legal, o argumento é a analogia *in bonam partem* ao sentenciado.” Para que seja possível a análise da possibilidade ou não de aplicar a detração para as medidas cautelares diversas, ter-se-á de se valer da analogia *in bonam partem* como critério de interpretação a fim de suprir a lacuna legislativa existente.

Portanto, nos casos em que o condenado tenha sido submetido a qualquer das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, deverá ser admissível a detração penal, uma vez que o legislador não proíbe e se mantém silente quanto ao tema, resultando uma lacuna no ordenamento jurídico. Assim sendo, tal omissão poderá ser suprida com o emprego de analogia *in bonam partem*, ou seja, pela aplicação a uma hipótese não prevista em lei da disposição relativa a um caso semelhante quando o sujeito for beneficiado.

Sobre o tema, há o posicionamento de Menezes (2012):

Defendemos que haja concessão da detração penal, nos casos em que o condenado tenha cumprido medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. Se o legislador não proibiu, entendemos que na omissão, esta deverá ser suprida com o emprego de analogia *in bonam partem*.

No mesmo sentido, afirma Silva (2011a) que “[...] caberá ao Juiz, ao analisar o caso concreto, verificar se poderá haver o desconto do tempo de cumprimento dessas medidas na sanção penal aplicada, com fundamento na analogia ‘*in bonam partem*’ (detração analógica)”.

Portanto, no que tange às medidas cautelares diversas da prisão, a detração deverá ser aplicada analogicamente, caso em que, devido à inexistência de previsão

legislativa sobre o tema, caberá ao magistrado analisar a natureza da medida cautelar e da pena aplicada no intuito de mensurar, proporcionalmente, se há semelhança entre ambas e, por conseguinte, aplicar a detração penal. Esta questão será analisada com maiores detalhes a seguir.

4.3.2.5 Os modos de incidência do instituto da detração das medidas cautelares diversas da prisão na pena

Superada a questão relativa à possibilidade da aplicação do instituto da detração em relação às medidas cautelares diversas da prisão, a qual já foi demonstrada no subitem anterior, cabe agora analisar de que modo poderá ocorrer a aplicabilidade prática do mencionado instituto.

Se a Lei n. 12.403/2011 não regulamentou a possibilidade de incidência da detração em relação às medidas cautelares diversas da prisão, também foi omissa em relação aos modos como essa detração poderia ser realizada. Por isso, o tema deve ser solucionado embasado nos princípios trazidos pelo item 4.2, principalmente pelo uso da proporcionalidade, bem como sob a análise dos institutos análogos que beneficiam o réu, previstos pelo ordenamento jurídico, os quais também já foram aqui comentados.

No entendimento de Jesus (2012b, p. 212), somente será possível ocorrer tal compensação das medidas cautelares diversas da prisão se houver identidade entre estas e a pena. Segundo esse autor:

A imposição das 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 freqüência 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).

Nesse caso, pode-se deduzir que, se no curso do processo foi decretada medida cautelar de restrição de direitos, somente haverá detração caso a pena final ensejar, também, restrição de direitos. Bottini (2010), a título de elucidação, traz o seguinte exemplo:

Assim, aplicada a cautelar de proibição de freqüência a determinados lugares, haverá desconto no tempo da pena final se esta for da mesma espécie. Da mesma forma, se a cautelar aplicada for de recolhimento domiciliar, o tempo será descontado na hipótese de fixação do regime aberto na sentença.

Para esse autor, conforme se pode perceber que não se pode aplicar a detração se a pena aplicada na sentença ao final do processo for mais gravosa que a medida cautelar anteriormente empregada.

Portanto, nota-se que as penas restritivas de direito guardam certa identidade com algumas medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal. Segundo o artigo 43 do Código Penal, as penas restritivas de direito são de prestação pecuniária, perda de bens ou valores, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, ou limitação de final de semana. Elas são autônomas e podem substituir as penas privativas de liberdade se preenchidos os requisitos legais, já que não importam conseqüências tão severas quanto à prisão. Por possuírem, algumas, natureza similar às medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, a lógica é que exista compatibilidade destas com o instituto da detração penal.

Assim, elucida Nucci (2012b, p. 389) que, se for o indiciado ou acusado submetido à medida cautelar de não freqüentar 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*”.

Menezes (2012) traz um ponto relevante sobre a questão de caber detração quando houver semelhança entre a medida cautelar e a pena restritiva de direitos, o que é objeto do Projeto de Lei do Senado n. 156, o qual trata da reforma do Código de Processo Penal:

Vale lembrar, que se encontra em tramitação no Congresso Nacional o (PLS 156), que prevê em seu texto a alteração do CPP, incluindo-se a computação da prisão domiciliar, na hipótese de fixação inicial do regime aberto na sentença (art.607) e que no caso das medidas cautelares seja computado o tempo de duração das medidas, quando houver a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Para Pereira e Silva (2011), “não há motivos para que diante do fiel cumprimento às cautelas impostas com base no art. 319 do CPP, o juiz da execução criminal deixe de proceder à detração na pena, uma vez que as restrições à liberdade impostas foram respeitadas”.

Uma questão que enseja dúvida e, conseqüentemente, uma interpretação cautelosa sobre o tema consiste na proporção em que se procederá à compatibilidade da detração nas medidas cautelares. Por conseguinte, é com base no grau de limitação que cada medida cautelar impõe ao acusado ou indiciado que se podem aferir as

particularidades de cada caso concreto e definir como se deverá fazer a respectiva compensação daquela na pena ou medida de segurança imposta.

Quando o indiciado ou o acusado for que submetido a medidas cautelares distintas ao cárcere e vier, posteriormente, a ser condenado à pena restritiva de direito em substituição à pena privativa de liberdade, a ele poderá ser concedida a detração na proporção de um por um, ou seja, para cada dia cumprido da medida cautelar, descontar-se-á um dia da pena, pois, nesse caso, a medida cautelar e a pena restritiva de direito possuem intrínseca similitude.

Igualmente, nos casos em que a medida cautelar impuser ao indiciado ou acusado a privação da sua liberdade de ir, vir e permanecer, a detração também poderá ser aplicada na proporção de um para um, entendendo a medida cautelar como se prisão provisória fosse. Nesse sentido, afirma Oliveira (2013, p. 76):

Se houver privação da liberdade de locomoção do réu, ainda que somente em período noturno e nas folgas do trabalho (art. 319, V, do CPP), a detração deverá ser aplicada na proporção de 1 por 1 – conforme anteriormente demonstrado, trata-se de medida extrema em que a casa do acusado torna-se o seu cárcere, e deve ser interpretada como autêntica prisão provisória.

Para exemplificar o exposto acima, vale apreciar as medidas cautelares separadamente a fim de analisar a possibilidade ou não da detração para cada uma, bem como de que modo se dará o desconto.

Sobre a proporção uma para um, acima referida, cabe mencionar a medida cautelar de “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”, a qual está prevista no artigo 319, inciso VII, do CPP. Esta consiste em medida cautelar extrema em que o inimputável ou o semi-imputável, a fim de evitar que venha a cometer novas infrações, é encaminhado a estabelecimentos apropriados à internação, separados da prisão comum. Aqui, o entendimento majoritário é de que cabe a detração penal na mesma proporção da prisão provisória, visto que, mesmo em circunstâncias diversas, priva por completo a liberdade do agente.

Assim, expõe Cury (2013) que:

É fato que a internação provisória, deve ser computada no tempo de medida segurança em caso prolação de sentença penal absolutória imprópria, não deixando dúvida sobre a incidência da detração penal, em razão da redação do art. 42 do Código Penal (“internação (...) em hospitais de custódia ou outro estabelecimento adequado”).

Jesus (2012b, p. 212), ao defender a possibilidade da detração para as medidas cautelares quando estas e a pena imposta apresentarem identidade, traz como exemplo a internação provisória do acusado sendo da mesma espécie da “aplicação da medida de segurança detentiva em razão da inimizabilidade decorrente de doença mental (art. 26 do CP)”.

Afirma também Capez (2011) que, em se tratando de internação provisória, não restam dúvidas quanto à aplicação da detração penal: “Em um caso, porém, pese embora a sofrível técnica legislativa empregada, não há como negar a detração. Estamos falando da internação provisória, prevista no art. 319, VII, do CPP.” Para o autor, “não há como estar em liberdade provisória internado em um hospital de custódia e tratamento psiquiátrico”.

O artigo 42 do Código Penal é claro ao dizer que se computam na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, o de prisão administrativa e o de internação. Destarte, defende Capez (2011):

[...] 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.

Para a medida cautelar de “recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos”, a qual está prevista no artigo 319, inciso V, do CPP, a detração também pode ser aplicada na proporção de um por um, pois segundo Oliveira (2013, p. 76), “trata-se de medida extrema em que a casa do acusado torna-se o seu cárcere, e deve ser interpretada como autêntica prisão provisória.” Ainda, esclarece esse autor que (2013, p. 75):

A medida de reconhecimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, por sua vez, não restringe, mas priva o direito de liberdade, revelando aqui sua concreta gravidade. Portanto para fins de detração penal, o art. 310, V, do CPP deve ser interpretado como autêntica prisão preventiva, pois o lar se transforma no próprio cárcere do agente, donde não se pode se ausentar sob pena de ter essa medida substituída pela prisão (art. 282, § 5º, do CPP).

Assim sendo, nota-se que a medida cautelar de recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, apesar de não ser uma espécie de prisão cautelar e de diferenciar quanto ao tempo de privação imposto ao investigado ou acusado,

importa em privação efetiva da liberdade do indivíduo, e por isso, deve ser concedida a detração penal.

Nesse mesmo sentido, também, é o entendimento de Cury (2013), conforme o seguinte trecho:

Desta feita, em razão do recolhimento domiciliar, 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 ao princípio da igualdade, proporcionalidade e razoabilidade. Data Vênia, entender de modo contrário seria reconhecer a aplicação do bis in idem, vedado em nosso ordenamento penal.

4.3.3 Impossibilidade da aplicação do instituto da detração penal em relação às medidas cautelares penais diversas da prisão ou internação provisória

Sabe-se que a regra geral é no sentido de que não é possível a detração das medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP que são diversas da prisão provisória, somente sendo possível a detração nas hipóteses tratada no subitem 4.3.2.5, ou seja, quando destinadas a compensar penas de mesma natureza. Sendo, pois, distintas a medida cautelar e a pena, o tempo descontado não poderá ser equivalente.

Conforme Capez (2011), é impossível a detração integral para essas medidas cautelares. É que:

Uma das medidas previstas, por exemplo, é a fiança (CPP, art. 319, VIII). Não há como a liberdade provisória com fiança ser equiparada à prisão provisória. Da mesma forma, a prisão preventiva em nada se parece com a liberdade provisória monitorada eletronicamente, ou acompanhada de alguma proibição (de sair da comarca, manter contato com pessoas determinadas, frequentar lugares ou exercer função pública ou atividade financeira) ou obrigação (de recolhimento domiciliar noturno ou comparecer ao juízo periodicamente). Estar solto provisoriamente não é o mesmo que estar preso provisoriamente.

De fato, não há como equiparar o cárcere com medida cautelar diversa, a exemplo da fiança ou do comparecimento periódico em juízo. Estas, apesar de imporem restrições ao indivíduo, não privam por completo o seu direito de ir e vir, como se estivesse submetido a uma prisão preventiva. Por este motivo, não há como conceder a detração de certas medidas cautelares diversas da prisão que apenas restringem em grau mínimo a sua liberdade, pois seria desproporcional.

Em suma, quando a medida cautelar não importar em alto grau de cerceamento de liberdade e não assemelhar-se à pena imposta, será impossível a compensação

integral do lapso temporal de medida cautelar na pena, ou seja, será impossível a detração penal.

Desse modo, em se tratando das medidas cautelares diversas da prisão, com exceção daquelas previstas nos incisos V e VI, do artigo 319 do Código de Processo Penal, respectivamente, recolhimento domiciliar e internação provisória, a todas as demais, será inviável o cálculo da detração penal.

4.4 A incidência das medidas cautelares penais como atenuantes inominadas: critério supletivo diante da impossibilidade da detração

4.4.1 A necessidade de construção de um critério alternativo à detração para a compensação das medidas cautelares diversas da pena imposta

Não sendo possível a detração de todas as medidas cautelares diversas da pena imposta, passa a ser necessário construir, por analogia, um raciocínio que permita compensar justa e adequadamente a medida cautelar diversa da prisão e a pena, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o qual garanta que a pena não seja superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato.

Desse modo, diante a impossibilidade de detração quando a pena aplicada ao final do processo for mais gravosa que a medida cautelar imposta durante a persecução penal, afirma Botttini (2010) que:

Imagine-se o caso em que houve a aplicação de cautelar de prisão domiciliar por dois anos, e a sentença condena o réu a cinco anos com regime inicial fechado. Nesse caso, não haverá detração alguma e o tempo passado com parcial restrição de liberdade será “perdido” pelo réu. Aqui seria adequada ao menos de uma compensação, um desconto na pena de prazo ao menos proporcional à gravidade da cautelar aplicada.

Nucci (2012, p. 389) entende da mesma forma ao dizer que:

[...] não se pode compensar com pena privativa de liberdade, aplicada na sentença, toda e qualquer medida cautelar alternativa, pois seria despropositado. Imagine-se a imposição de não ausentar-se 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.

4.4.2 A aplicação analógica e combinada dos artigos 8º e 66 do Código Penal

Por conseguinte, é necessária a utilização de um critério adequado a fim de compensar medidas cautelares com menor grau de restrições a liberdade individual. Para isso, cabe uma reflexão acerca do artigo 8º, do Código Penal o qual estabelece que “a pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”. (grifo nosso).

Valendo-se, mais uma vez, da analogia *in bonam partem*, pode-se interpretar o referido artigo, a fim de suprir a lacuna existente em relação à compensação das medidas cautelares diversas da prisão, de modo que, quando idênticas as medidas cautelares e a pena aplicada, cabe detração; sendo diversas, ou seja, se a pena incidir de modo mais gravoso sobre a liberdade do indivíduo que a medida cautelar anteriormente imposta, pode haver uma compensação da pena como atenuante da pena, a qual pode ser reduzida, proporcionalmente, conforme o grau de restrição da liberdade que a medida enseja.

Assim, para reafirmar a hipótese de atenuar a pena quando não couber a detração, pode-se recorrer, também, ao artigo 66 do Código Penal, já analisado no segundo capítulo deste trabalho, o qual diz que “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.” (grifo nosso). Quis deixar claro o legislador, o caráter facultativo dado ao magistrado no momento do julgamento, uma vez que ele poderá atenuar a pena por qualquer circunstância independente de sua previsão legal, visando beneficiar o réu e garantir uma correta individualização da pena.

4.4.3 O modo de incidência da atenuante inominada relativa às medidas cautelares penais diversas da prisão

Então, já teoricamente solucionado o problema, vale agora saber como se poderá aplicar esta atenuação na prática, analisando as medidas restantes previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Nas hipóteses de haver, apenas, alguma restrição à liberdade do acusado ou indiciado e a ausência de identidade entre essa restrição e aquela decorrente da aplicação de pena, já é certo que não há razão de haver a detração a fim de compensar o tempo integral da medida cautelar imposta na pena. Assim, a aplicação analógica do disposto nos artigos 8º e 66 do Código Penal poderá ser invocada para que haja uma compensação parcial daquelas medidas na pena imposta.

Sendo assim, um dispositivo que pode auxiliar no embasamento do critério de compensação parcial é o artigo 126, parágrafo 1º, inciso II, da Lei de Execução Penal, que trata do instituto da remição da pena. Segundo esse inciso, “o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. § 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de: II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho”. (grifo nosso)

A adoção desse critério é sustentada por Oliveira (2013, p. 76). Segundo esse autor,

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

Portanto, o raciocínio é que nos casos em que a medida cautelar trazer, apenas, restrições a liberdade individual de menor gravidade que a pena imposta, a compensação da pena poderá ser realizada na proporção de 3 (três) por 1 (um), ou seja, para cada 3 (três) dias de cumprimento efetivo da medida cautelar diversa da prisão, teria o acusado o direito descontar 1 (um) dia da pena imposta pela sentença penal condenatória.

Sobre o tema, afirma Silva (2011a) que:

O instituto de natureza penal mais próximo e em condições de asseverar uma solução adequada ao problema, no aguardo da regulamentação legal, é a remição prevista no art. 126, LEP. Tal medida deve ser aplicada de maneira irrestrita, isto é, abrangendo todas as condenações, independentemente de ser pena privativa da liberdade em regime fechado ou semi-aberto e sem a possibilidade de perda dos dias remidos (art. 127, LEP). Com isso, a cada 03 dias de vigência de qualquer medida cautelar, salvo a fiança, na hipótese de condenação, significaria a detração de 01 dia na pena, com respaldo do art. 126, § 1º, LEP. Urgente assim, um rearranjo no panorama das medidas cautelares para suprir a omissão apontada e enquanto tal não ocorra, não parece justo e razoável se permitir a instauração de uma exasperação da restrição da liberdade se há meios de amenizar a omissão legislativa.

No que tange às medidas cautelares previstas nos incisos I, II, III, IV, VI, VIII e IX, do artigo 319 do Código de Processo Penal, as quais são, respectivamente, o comparecimento periódico em juízo, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, a proibição de manter contato com pessoa determinada, a proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência for conveniente ou

necessária à investigação ou instrução, a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, a fiança e a monitoração eletrônica, por restringirem a liberdade do indiciado ou acusado, a elas poderá ser aplicada, como critério supletivo à impossibilidade da detração penal, a compensação na forma de atenuante inominada do artigo 66 do Código Penal, na proporção de 3 por 1, já relatada acima.

De modo geral, pode-se dizer que, com exceção ao recolhimento domiciliar e à internação provisória (art. 319, V e VII, do CPP), as demais medidas cautelares não ensejam privação da liberdade do acusado em sua totalidade, mas, apenas, um controle parcial de acordo com as circunstâncias contidas no processo. Assim, explica Oliveira (2013, p. 74) que “cabe ressaltar que não há privação total da liberdade, pois o réu pode se locomover livremente e realizar suas atividades rotineiras: existe apenas uma restrição específica aos seus direitos”.

Em se tratando especialmente da fiança, medida cautelar prevista no artigo 319, inciso VIII, do CPP, por se tratar de medida de cunho patrimonial que visa assegurar o efetivo andamento processual, não caberia falar em privação ou restrição da liberdade do indivíduo, como defendem a maioria dos autores. No entanto, há de se observar que, junto à fiança, estão inerentes outras obrigações as quais restringem a liberdade do agente e fazem desta uma medida que, se efetivamente cumprida, pode ser compensada como atenuante inominada. Assim, afirma Oliveira (2013, p. 75) que:

[...] durante o período de prestação da fiança, o agente fica adstrito a outras obrigações não patrimoniais, como as previstas nos arts. 327, 328 e 341, todos do CPP: comparecimento a todos os atos do processo aos quais for intimado; proibição de mudar de residência sem prévia permissão do juízo; vedação de resistir injustificadamente a ordem judicial, entre outras [...]. Ademais, se o indivíduo quebra a fiança, além de perder metade do valor, ele a terá convertida em outra medida cautelar que não a própria fiança (art. 324, I, c/c art. 343, ambos do CPP), o que, mais uma vez, reafirma o seu caráter de medida cautelar restritiva de liberdade.

Quanto à monitoração eletrônica, medida cautelar prevista no artigo 319, inciso IX, do CPP, tem-se que esta não priva, mas impõe alto grau de restrição à liberdade do indivíduo, por exercer grande controle sobre o acusado e sobre sua intimidade. Ela é, além disso, uma medida invasiva, porém não se assemelha a uma prisão, por isso não poderá ensejar a detração penal, mas, tão somente, a atenuação da pena aplicada.

Nesse norte, afirma Oliveira (2013, p. 74) que:

No que concerne à monitoração eletrônica, cabe salientar que o indivíduo pode ficar sob vigilância permanente do Estado em horário integral, inibindo-se a prática de determinados atos. Contudo, essa vigilância não tem

o condão de suprimir a liberdade de locomoção do agente, já que este continua a praticar suas atividades corriqueiras dentro de determinados limites impostos pelo magistrado. Assim, a medida cautelar em análise impõe tão somente uma condição restritiva ao acusado, impedindo-o de ultrapassar o limite territorial ou de freqüentar determinados lugares. Ademais, conforme depreende-se do nome do instituto, cuida-se de monitoração, um instrumento de controle e vigilância que fornece a localização e deslocamento do réu, servindo como mera ferramenta de fiscalização do paradeiro do indivíduo.

Assim, a alternativa de compensação é sugerida por Silva (2011a) diante de uma análise quanto ao grau de restrição advinda de cada medida cautelar e uma possível atenuação para cada uma numa escala de 30 dias limite. Assim, sustenta esse autor que:

Essa lacuna poderia ser preenchida pelo legislador com a criação de uma escala de valores entre a modalidade de medida cautelar imposta, sua referência temporal de duração, a cada 30 dias e um correspondente fator para a compensação, a ser objeto da detração penal, estabelecida no cálculo de liquidação da pena.

Medida cautelar – art. 319, I a IX e 320, CPP	Período de vigência em dias	Detração em dias
Comparecimento em juízo	30	01
Proibição de acesso ou freqüência a lugares	30	03
Proibição de contato com pessoa determinada	30	02
Proibição de ausência da Comarca	30	05
Recolhimento domiciliar	30	20
Suspensão de função pública ou atividade econômica ou financeira	30	10
Internação provisória	Tempo integral	Tempo integral
Monitoração eletrônica	30	15
Proibição de ausência do país	30	02

Nota-se que, para aquelas medidas mais gravosas, ou com maiores restrições à liberdade, mais dias seriam descontados da pena aplicada, enquanto que, para aquelas

que não trazem conseqüências tão graves à liberdade do indivíduo, têm menos dias descontados da pena final.

Deve-se ressaltar que o referido autor considera, aqui, apenas, a internação provisória a possível medida cautelar a ser detraída em tempo integral da pena na sentença penal condenatória.

De fato, deve-se valer do bom senso do magistrado, bem como do seu prudente juízo discricionário, ao analisar minuciosamente o caso concreto e conceder a compensação atendendo ao critério da proporcionalidade. Nesse sentido, expõe Pinheiro (2012, p. 51):

É claro que esses critérios aritméticos dependerão da análise detida das particularidades do caso em concreto e de modo algum pretender-se-á afastar o necessário subjetivismo dessa análise, tratando-se apenas de orientações iniciais passíveis de reparos proporcionais no sentido de abrandar as conseqüências estigmatizantes próprias de uma condenação no âmbito criminal.

Enquanto não for preenchida a lacuna legislativa sobre o presente tema, deve-se preocupar em concretizar o instituto da detração penal para compensar medidas cautelares diversas da prisão através da analogia *in bonam partem*, bem como dos princípios da proporcionalidade, intervenção mínima, *non bis in idem* e presunção de inocência, com o objetivo de tornar o cumprimento da pena mais humano. No mesmo sentido afirma Silva (2011a):

E a analogia benigna imprime a necessidade de que enquanto não se promover a correção dos rumos legislativos nesse assunto, ou seja, criando-se a previsão expressa da utilização da detração penal em razão das medidas cautelares, inclusive com os respectivos parâmetros compensatórios, não haja impedimento para a sua aplicação.

Sob esta ótica, também, esclarece Pereira e Silva (2011) que “deixar de proceder à detração penal constitui frontal violação ao direito de individualização da pena, uma vez que as medidas cautelares constituem espécie de restrição à liberdade, nos exatos termos do art. 5º, LXVI, "a" da CRFB”.

Vale ressaltar, por último, que a compensação das medidas cautelares diversas, previstas no artigo 319 do CPP, só será possível se estas forem efetivamente cumpridas pelo investigado ou acusado durante o trâmite processual e que, para que isso se concretize, é necessária intensa fiscalização por parte do Estado, caso contrário, todos os argumentos aqui expostos se tornarão uma grande falácia.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A exposição descritiva e argumentativa contida nos capítulos anteriores permite que se confirmem, em termos definitivos, as respostas provisórias que integram as hipóteses apresentadas no início do presente trabalho, ou seja, de que é possível compensar as medidas cautelares diversas da prisão na pena aplicada e a ser executada.

Mais especificamente, ficou demonstrado que:

1) a Lei 12.403/2011, ampliou o rol de medidas cautelares penais, inclusive as de natureza pessoal, isto é, aquelas cuja incidência recai diretamente sobre a liberdade do indivíduo. Tratou, em especial, daquelas alternativas à prisão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal;

2) essa lei traçou diretrizes de aplicação e regência a todas as medidas cautelares pessoais, que, buscando assegurar a eficácia da prestação jurisdicional, surgiram no intuito de romper com a dicotomia tradicional prisão-liberdade até então vigente e que, no caso concreto, deverão ser aplicadas conforme a necessidade e adequação, bem como conforme os requisitos de admissibilidade *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, que passaram a caber também para estas medidas, e não somente para a prisão preventiva;

3) em face do princípio do estado de inocência, a liberdade deve ser tida como regra, sendo a prisão admitida apenas em situações excepcionais e quando não for possível a aplicação de uma medida cautelar;

4) a Lei n. 12.403/2011, também, quis ressaltar a importância da cautelaridade no processo penal, impondo um maior cuidado com o acusado, para que este não seja punido desproporcionalmente;

5) além disso, as medidas cautelares alternativas à privação total da liberdade visam diminuir a população carcerária diante do alto índice de presos provisórios, o que é um fato que atenta contra a ressocialização do indivíduo;

6) as medidas cautelares penais têm distintas características: provisoriedade, revogabilidade, substitutividade e excepcionalidade;

7) há distintas espécies de medidas cautelares penais pessoais, em face dos distintos graus de privação ou restrição da liberdade do acusado;

8) a detração penal, assim como as circunstâncias atenuantes inominadas incidem na aplicação e na execução da pena, com base no princípio da individualização da pena, em que pese o condenado deva ser julgado de modo único e

distinto, levando-se em conta todas as circunstâncias fundamentais do fato criminoso e do agente, a fim de evitar a padronização da aplicação da pena;

9) as circunstâncias atenuantes inominadas são aquelas que, mesmo não previstas expressamente em lei, podem atenuar a pena;

10) a detração penal é um instituto que visa a evitar que o condenado cumpra pena de modo demasiadamente desproporcional, a fim de que não ocorra abuso na imposição de medidas cautelares e para evitar o *bis in idem*, ou seja, que o agente seja punido duplamente pelo mesmo fato;

11) a Lei n. 12.736/2012, introduziu ao artigo 387, do Código de Processo Penal, o parágrafo 2º, o qual dispõe sobre a antecipação do momento do cálculo da pena a ser cumprida, quando esta influenciar na fixação do regime inicial de cumprimento de pena. Então, a competência, para fins de detração, quando esta influenciar em regime inicial mais brando, deverá ser do juízo da condenação. No entanto, essa competência deverá ser do juízo da execução, quando a detração, por ocasião da condenação, não influenciar, no caso concreto, a modificação de regime inicial, devendo a apreciação ser realizada pelo juízo da execução penal, nos termos do artigo 66, inciso III, alínea c, da Lei n. 7.210/1984;

12) nota-se a ausência de previsão legal quanto ao instituto da detração das medidas cautelares pessoais diversas da prisão, sendo a Lei n. 12.403/2011 silente quanto ao referido desconto;

13) a construção da hipótese defendida foi embasada por alguns princípios fundamentais: o princípio do estado de inocência, o princípio da proporcionalidade, o princípio do *non bis in idem* e o princípio da intervenção mínima;

14) o princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade estabelece que, apenas com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, poderá o acusado ser considerado culpado, sendo as medidas cautelares um ônus processual que se impõe aos acusados antes da sentença, de modo que a detração viria minimizar a pena pela antecipação do referido ônus;

15) o princípio da proporcionalidade quer que a compensação das medidas cautelares se dê proporcional e adequadamente ao caso concreto;

16) o princípio do *non bis in idem* mostrou que, como o acusado não pode ser condenado duas vezes pelo mesmo fato, a liberdade individual suprimida ou restringida na fase processual deve ser descontada na pena aplicada;

17) o princípio da intervenção mínima mostrou que o fato de as medidas cautelares diversas da prisão serem detraídas da pena configura uma maneira de o Estado intervir o mínimo possível na esfera da liberdade do acusado;

18) 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. Assim sendo, tal omissão poderá ser suprida com o emprego de analogia *in bonam partem*, ou seja, com a aplicação a uma hipótese não prevista em lei de disposição relativa a um caso semelhante quando o sujeito for beneficiado;

19) o critério a ser utilizado para a obtenção desse desconto é o de que a medida cautelar, mesmo que diversa da prisão, compromete o *status libertatis* do acusado antes do julgamento e do trânsito em julgado da sentença, razão pela qual seria justa a compensação proporcional do artigo 42 do Código Penal na pena final aplicada em sentença condenatória, devendo-se considerar que, conforme uma interpretação favorável ao réu, o magistrado pode fazê-lo de modo a ampliar a abrangência de tal instituto;

20) as medidas cautelares diversas da prisão restringem a liberdade do indivíduo em diferentes graus conforme a medida imposta, ou até mesmo privam por completo o direito de ir e vir do acusado ou indiciado;

21) será possível a aplicação da detração integral do tempo de medida cautelar quando esta privar por completo a liberdade individual como se prisão provisória fosse, a partir de uma interpretação analógica;

22) quando essas medidas, apenas, restringirem, de algum modo, a liberdade do acusado, poderão elas ser descontadas da pena, de maneira proporcional, segundo a discricionariedade do juiz, analogicamente, como circunstância atenuante inominada;

23) o artigo 8º do Código Penal estabelece que “a pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”, de modo que, por analogia *in bonam partem*, aquelas medidas cautelares, cujos efeitos podem ser considerados similares à prisão provisória, como é o caso do recolhimento domiciliar (art. 319, V, CPP) e da internação provisória (art. 319, VII, CPP), a detração será computada de maneira equivalente à prisão, ou seja, em igual proporção, sendo descontado um dia de pena para cada dia de cumprimento da medida cautelar, pois há privação da liberdade do acusado;

24) para aquelas medidas que, apenas, restringem a liberdade do indivíduo, ou seja, todas as demais previstas pelo artigo 319 do Código de Processo Penal, será incompatível a detração de maneira equitativa, fazendo-se necessária a aplicação, de maneira supletiva, da regra relativa às atenuantes inominadas;

25) o artigo 126, parágrafo 1º, inciso II, da Lei de Execução Penal foi mencionado no presente trabalho como um critério de compensação das medidas cautelares penais que apenas restrinjam a liberdade, quando estas sejam utilizadas como atenuantes inominadas;

26) assim, se, conforme o referido inciso, o condenado poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena, à razão de 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho, também as medidas cautelares previstas no art. 319, incisos I, II, III, IV, VI, VIII e IX, do CPP) poderão ser compensadas na pena, a título de atenuantes inominadas, na proporção de 3 (três) por 1 (um), ou seja, para cada 3 (três) dias de cumprimento efetivo da medida cautelar diversa da prisão, teria o acusado o direito descontar 1 (um) dia da pena imposta pela sentença penal condenatória;

27) há diversas formas de se pensar e criar hipóteses para a compensação das medidas cautelares diversas na pena, visto que o tema advém de uma lacuna no ordenamento;

28) entre as diversas formas de compensação, há uma em que se pode realizar a compensação de cada medida cautelar na pena com base no grau de restrição de cada uma, com a variação em mais ou menos dias, dentro de um limite de 30 (trinta) dias descontados, de modo que para as medidas que privam a liberdade em similitude à prisão, é descontado tempo integral;

29) o tema é, de fato, muito novo e subjetivo, não havendo, por isso, ainda, uma solução pronta para solucionar a lacuna apresentada, por isso, tanto a doutrina quanto a jurisprudência ainda precisam se posicionar concretamente a fim de construir possibilidades quanto às novas perspectivas trazidas pela Lei n. 12.403/2011, bem como quanto às suas omissões, de modo a possibilitar a compensação das medidas cautelares na aplicação e na execução da pena;

30) em suma, deve-se levar em consideração que a ponderação do juiz acerca do tempo em que o acusado suportou a medida cautelar diversa da prisão visa a compensar a privação ou a restrição imposta à liberdade do réu, a fim de garantir o resultado útil e a efetividade no processo penal; e

31) além disso, a compensação das medidas cautelares diversas da prisão a título de detração ou de atenuante inominada tem intuito de desestimular o uso indevido e abusivo dessas modalidades cautelares como antecipação da pena, coibindo excessos por parte do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Gustavo Henrique Caminha Coutinho **Medidas Cautelares da Lei 12.403 e a Prisão Preventiva**. *Júris Way*. 2012. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9331>. Acesso em: 12 dez 2013.

ANDRADE SOTO, Rafael Eduardo de. Aplicabilidade das medidas cautelares e prisão preventiva: primeiras impressões (críticas) sobre a Lei 12.403/11. **Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal**. V. 11. Nr. 69. Ago/set, 2011. pp. 38-46.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de Direito Penal**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: impossibilidade de decretação de medidas atípicas. Badaró Advogados. Disponível em <<http://www.badaroadvogados.com.br/?p=329>>. Acesso em: 05 nov 2013.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10ª. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, Edilson Mougenot. **Reforma do Código de Processo Penal: comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011: prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOSCHI, José Antonio Paganela. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 6ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Novo CPP não desconta medida cautelar cumprida**. *Revista Consultor Jurídico*. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-set-21/projeto-cpp-nao-desconta-pena-grave-medida-cautelar-cumprida>>. Acesso em: 28 abr 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 26 fev 2014.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 26 fev 2014.

_____. 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>.

Acesso em: 26 fev 2014.

_____. 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-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm)

2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 12 mar 2014

_____. Lei nº 12.736, de 30 de novembro de 2012. Dá nova redação ao art. 387 do

Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, para a

detração ser considerada pelo juiz que proferir sentença condenatória. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112736.htm>. Acesso

em: 26 fev 2014

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 26 fev 2014.

_____, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão n. 2009.017977-3, rel.

Desembargador Hilton Cunha Júnior, Primeira Câmara Criminal, julgado em

05/10/2010.

_____, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Acórdão n. 0020406-

97.2012.8.26.0462/SP, rel. Desembargador Otávio de Almeida Toledo, 16ª Câmara de

Direito Criminal, julgado em 28/01/2014.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 276290 / RS, rel. Ministra

Maria Theresa de Assis Moura, 6ª turma, julgado em 03/12/2013.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Terminologia dos pressupostos das medidas cautelares penais. Uma visão crítica das posturas críticas.** Jus Navigandi. 2011.

Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19854>>. Acesso em: 27 nov 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – parte geral 1**. 16^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, Fernando. **Opinião - Prisão preventiva, medidas cautelares e detração penal**. 2011. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/noticia/?id=280124>>. Acesso em 28 abr 2014.

CURY, Rogério. **Detração penal e as medidas cautelares pessoais diversas da prisão - há compatibilidade?** Jus Brasil. 2013. Disponível em: <<http://rogeriocury.jusbrasil.com.br/artigos/112256228/detracao-penal-e-as-medidas-cautelares-pessoais-diversas-da-prisao-ha-compatibilidade>>. Acesso em 28 abr 2014.

DEMERICIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **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>. Acesso em: 20 nov 2013.

_____, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 8^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FILHO, Francisco Bissoli. **A sanção penal e suas espécies**. Curitiba: Juruá, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 10^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 14^a. ed. Niterói: Impetus, 2012.

ISHIDA, Valter Kenji. **Processo Penal**. 3^a. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**. 21^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, Damásio de. **Código de Processo Penal anotado**. 23^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2012a.

_____, Damásio de. **Direito Penal – Parte Geral**. 33^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.

LIMA, Frederico Pereira de. **Comentários sobre o novo sistema das medidas cautelares de natureza pessoal (Lei nº 12.403/11) e outras questões controvertidas**. JusNavigandi. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24733>>. Acesso em: 20 nov 2013.

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

MACHADO, Felipe Daniel Amorin; OLIVEIRA, Filipe Costa. Detração nas Medidas Cautelares Pessoais: é possível? **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v.20, n.36, p. 63-80, abr 2013.

MACIEL, Silvio; GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (coord). **Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Curso de Processo Penal**. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARQUES, Mateus. **A aplicação da detração penal no momento da sentença condenatória**. Conteúdo Jurídico. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42928&seo=1>>. Acesso em: 20 set 2013

MENEZES, Devis Klinger. Prisão, medidas cautelares e detração penal. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. XV, n. 101, jun. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11844>. Acesso em abr 2014.

MIRABETE, Júlio Fabrini; FABRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 28ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 12ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012a.

_____, Guilherme de Souza. **Curso de Processo Penal**. 19ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.

_____, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, Adeildo. **Da Execução Penal**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

OLIVEIRA, Filipe Costa. Detração nas Medidas Cautelares Pessoais: é possível? **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n.36, p. 63-80, abr 2013.

OLIVEIRA, Jéssica Vedovato de. **Medidas Cautelares no Processo Penal**. Direito in blog. 2011. Disponível em: <<http://direitoinblog.blogspot.com.br/2011/06/medidas-cautelares-no-processo-penal.html>>. Acesso em: 20 nov 13.

PAVLOVSKY, Fernando Awensztern. **A nova redação do artigo 387, § 2º do Código de Processo Penal: considerações, natureza jurídica e aplicação da nova regra**. Jus Navigandi. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23774>>. Acesso em: 14 fev 2014.

PEREIRA, Pedro Henrique Santana; SILVA, Fabíola de Melo. O instituto da detração da pena e sua aplicabilidade em face das novas medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10921&revista_caderno=22>. Acesso em 26 abr 2014.

PINHEIRO, João Henrique. **A aplicabilidade do instituto da detração penal nas medidas cautelares substitutivas da prisão processual instituídas pela lei 12.403/2011**. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito Público) – Universidade Regional de Blumenau – FURB, Blumenau. 2012.

PINHEIRO, Lucas Corrêa Abrantes. **Do cômputo do tempo de prisão provisória para fins de fixação de regime na sentença penal condenatória. Considerações sobre a Lei nº 12.736/2012**. Jus Navigandi. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23796>>. Acesso em: 27 fev 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. 8ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRUDENTE, Neemias Moretti. **Prisão, Medidas Cautelares e Liberdade Provisória: Comentários à Lei 12.403/2011**. Atualidades do Direito. 2013.

Disponível em :

<<http://atualidadesdodireito.com.br/neemiasprudente/2013/02/27/prisao-medidas-cautelares-e-liberdade-provisoria-comentarios-a-lei-12-4032011/>>. Acesso em 26 abr 2014.

QUEIROZ, Pedro Ivo Leite; LIRA, Daniel Ferreira de; COSTA, Hertha França. As medidas cautelares processuais penais e a novel sistemática processual penal: uma análise da Lei nº 12.403/2011. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. XV, n. 103, ago 2012. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12153&revista_caderno=22>. Acesso em 28 nov 2013.

ROMÃO, César Eduardo Lavoura. **Circunstâncias Atenuantes Genéricas**. Monografia de conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo. 2004.

SILVA, César Dario Mariano da. **A nova disciplina da detração penal**. CONAMP. s/d. Disponível em:

<<http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm.aspx?ID=207>>. Acesso em: 10 fev 2014.

SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Detração penal – comentários à lei 12.736 de 30 de novembro de 2012**. Atualidades do Direito. 2012. Disponível em

<<http://atualidadesdodireito.com.br/marcelorodrigues/2012/12/04/comentarios-a-lei-12-736-de-30-de-novembro-de-2012/>>. Acesso em: 10 fev 2014.

SILVA, Amaury. **Detração penal e medidas cautelares previstas na Lei nº 12.403/2011**. Jus Navigandi. 2011a. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19633>>. Acesso em: 4 maio 2014.

SILVA, David Medina da. **Medidas cautelares penais – primeiras reflexões sobre a lei 12.403/2011-05-11**. Fundação Escola Superior do Ministério Público do Mato Grosso do Sul. 2011b. Disponível em:

<<http://www.fesmp.com.br/upload/02/938112327.pdf>>. Acesso em: 27 fev 2014.

SOTO, Rafael Eduardo de Andrade. **Aplicabilidade das medidas cautelares e prisão preventiva: primeiras impressões (críticas) sobre a lei 12.403/11**. Fundação Escola Superior do Ministério Público do Mato Grosso do Sul. Disponível em:

<<http://www.fesmp.com.br/upload/02/938112327.pdf>>. Acesso em: 28 nov 2013.

TEIXEIRA, Guilherme Ribeiro. A (in)constitucionalidade das medidas cautelares previstas no Direito Processual Penal. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. XII, n. 68, set. 2009. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6786&revista_caderno=22>. Acesso em: 28 nov 2013.

TEIXEIRA, Rejane Zenir Jungbluth. **Lei 12.736/2012 e a nova detração penal.** Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 2012. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2012/lei-12-736-12-e-a-nova-detacao-penal-juiza-rejane-zenir-jungbluth-teixeira>>. Acesso em: 10 fev 2014.