



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Detração Penal, Medidas Cautelares alternativas e o Requerimento da Própria Prisão

Marcus Vinicius Tavares Gavião

Rio de Janeiro

2014

MARCUS VINICIUS TAVARES GAVIÃO

Detração Penal, Medidas Cautelares alternativas e o Requerimento da Própria Prisão

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2014

DETRAÇÃO PENAL, MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS E O REQUERIMENTO DA PRÓPRIA PRISÃO

Marcus Vinicius Tavares Gavião

Graduado pelo Centro Universitário Moacyr Sreder Bastos. Advogado. Pós-graduado em Direito Penal e Processual penal pela Universidade Cândido Mendes.

Resumo: A Constituição da República do Brasil (CRFB/88) afirma que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, que a dignidade da pessoa humana é um de seus fundamentos e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária um de seus objetivos. Esses axiomas são matrizes para obstar comportamentos estatais que limitem ou impeçam a liberdade ou o exercício de direitos pelo indivíduo sem o devido processo legal.

Segundo a lei processual penal a privação da liberdade pode ser cautelar (antes de uma sentença penal transitada em julgado) ou definitiva (após a sentença penal condenatória transitada em julgado). A medida cautelar que limita a liberdade do indivíduo deve ser passível de compensação tanto no âmbito civil quanto no penal; e o instituto criado pelo legislador, no âmbito penal, para essa compensação ser efetuada foi a detração penal que está disposta nos artigos 41 e 42 do Código Penal (CP). Os mencionados dispositivos infraconstitucionais dão efetividade às prenunciadas dignidade da pessoa humana, solidariedade e justiça. Ocorre que a Lei n. 12.403/2011 criou medidas cautelares alternativas a prisão, que reduzem a liberdade do indivíduo com menor intensidade. Para a maior parte da doutrina e jurisprudência as medidas cautelares alternativas não limitam a liberdade de forma suficiente para serem compensadas numa eventual condenação. Os juristas que entendem dessa forma desconsideram todo o sistema principiológico penal, assim como contrariam os fundamentos e objetivos da CRFB/88, pois permitem o Estado reduzir a liberdade do indivíduo sem qualquer repercussão no cumprimento da pena, com isso dão margem ao estado passo a passo reduzir o alcance do princípio da dignidade da pessoa humana, da justiça e solidariedade. É um erro o estado, fundado num suposto interesse público maior, deixar de compensar as medidas cautelares alternativas no cumprimento da pena definitiva, pois agindo assim viola de todo o sistema penal, ofende de direitos humanos e preceitos constitucionais fundamentais.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Detração. Dignidade da pessoa humana. Medidas cautelares alternativas. Lei n. 12.403/11.

Sumário: Introdução. 1. Detração penal. 2. Detração penal e medidas cautelares alternativas. 3. Princípios Constitucionais. 4. Interesse na Própria Prisão. 5. Direitos Humanos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o tema “Detração Penal”, entendida como uma espécie de compensação dada ao preso pelo período que foi privado de sua liberdade antes do cumprimento da pena decorrente de sentença definitiva emanada pela autoridade judiciária brasileira na forma descrita no art. 42 do CP.

Um dos objetivos do presente artigo é, mencionando a origem e a função da detração penal, explicar o abalo que o instituto sofreu com a publicação da Lei n. 12.403/2011. A referida lei alterou o Código de Processo Penal (CPP), alterou o regime jurídico das medidas cautelares e afetou alguns princípios fundamentadores da detração penal, pois antes da Lei n. 12.403/2011 o CPP só havia previsto duas espécies de medidas cautelares pessoais: A prisão cautelar e a liberdade provisória, ou seja, ou o acusado dentro de persecução penal permanecia preso com total privação de liberdade (prisão cautelar) ou ele ficava em liberdade provisória com a obrigação de comparecer a todos os atos processuais.

À época da bipolaridade das medidas cautelares de natureza pessoal, o processado criminalmente e privado provisoriamente em sua liberdade, em tese, caso condenado seria favorecido pela detração penal (art. 42 do CP), tal disposição legal era de fácil aplicação, pois como só existia a cautelar de prisão provisória (flagrante, preventiva, temporária) o indivíduo, que fosse condenado definitivamente a pena de prisão, teria o direito de ser descontado da pena que deveria cumprir àquele tempo em que ficou preso provisoriamente. Ocorre que a Lei n. 12.403/2011 criou outras nove medidas cautelares alternativas a prisão e não previu a possibilidade da detração penal nesses casos. Por tal razão, dentre outras, surgem questões: É possível a detração penal em face de medida cautelar alternativa a prisão? Qual a relevância para o ordenamento jurídico da tratamento que é dispensado a detração penal? Pode o réu requerer a própria prisão?

Quanto a primeira indagação, sim é cabível a detração, pois apoiado na proporcionalidade, e na vedação do *bis in idem* o indivíduo não pode ter privada a sua liberdade pelo estado e não haver qualquer compensação em favor do acusado. A questão ganha relevo quando o réu for submetido às medidas alternativas de prisão domiciliar ou ao monitoramento eletrônico, porque essas se aproximam de medidas privativas de liberdade consideradas penas pela legislação nacional.

O tratamento dado pela doutrina e jurisprudência merece atenção, pois a detração penal dá efetividade a princípios constitucionais e de direito humanos internacionais, e no momento que a privação, restrição ou limitação da liberdade é plenamente desconsiderada pelo estado os princípios norteadores de todo o sistema penal também estarão sendo contrariados. E considerando a posição de defensor dos direitos humanos que o Brasil quer ocupar no cenário internacional deve ser estendido o alcance da detração penal nos casos em que houver a limitação a liberdade. O ideal seria lege ferenda aplicando a detração na mesma medida em que foi limitada a liberdade, mas enquanto ainda ausente a lei, não pode o aplicador da lei simplesmente ignorar o período que o indivíduo foi submetido a limitação.

No que tange ao requerimento da própria prisão, é utilizado um exemplo inusitado para demonstrar que por meio de princípios penais a vedação da detração penal em face das medidas cautelares alternativas não se sustenta. Enquanto não se promover a correção dos rumos legislativos nesse assunto, ou seja, enquanto a lei expressamente não tratar da detração penal em face das medidas cautelares alternativas, será possível o magistrado, apoiado nos princípios gerais de direito e na equidade aplicar o instituto em prol daqueles que tiveram sua liberdade limitada. Por fim o estudo, que pretendemos realizar, por meio da metodologia dedutiva do tipo bibliográfica e histórica, qualitativa e parcialmente exploratória tem a ambição de fazer o leitor pensar sobre a injustiça que recai sobre aquele que tem sua liberdade reduzida por período superior ao previsto na decisão condenatória.

1. DETRAÇÃO PENAL

Segundo Damásio de Jesus¹ “detrair” significa “abater o crédito de”. “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”. O CP, ao tratar sobre a detração penal, em seu art. 42, dispõe: “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”.

Nestor Távora² apregoa:

Detração penal consiste no cômputo, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, do tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em estabelecimento prisional, consoante prevê o art. 42, do Código Penal. Nada mais natural que o abatimento na pena definitiva, ou na medida de segurança, do tempo de cárcere cautelar, em verdadeiro sistema de compensação. Segundo parâmetros jurisprudenciais, esta compensação pode ser feita com o tempo da prisão ocorrida em outro processo, mas não poderá se dar em relação aos crimes cometidos posteriormente à custódia cautelar.

Sobre a incidência da detração³, confirmam-se os seguintes julgados: STJ, RHC 2.184/0-SP, 6ª T., rel. Min. José Cândido, v.u., DJU, 9 nov. 1992, p. 20386-7; STJ, REsp 61.899/1-SP, 6ª T., rel. Min. Vicente Leal, j. em 26-3-1996, DJU, 3 jun. 1996, RT, 733/536; STJ, HC 3.109/1-RJ, 6ª T., rel. Min. Vicente Leal, j. em 28-3-1995, DJU, 24 jun. 1996, RT, 732/574.

Contemporaneamente, a detração penal exerce vários papéis: (I) limita o poder estatal; (II) protege ao princípio do *non bis in idem*⁴; (III) compensa o indivíduo por danos causados a seu *status libertatis*; (IV) concretiza de princípios constitucionais.

¹ JESUS, Damásio de. *Direito Penal Parte Geral*. 1 Vol. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 1041.

² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 8. ed. São Paulo: Jus Podium, 2013, p. 1341.

³ MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 177.

⁴ O Pacto de São José da Costa Rica eleva tal princípio a categoria de direito internacional sobre direitos humanos: *in verbis*: “Art. 8 Garantias judiciais: IV – O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.”

Reconhecendo seus papéis no ordenamento jurídico, a detração pode incidir sobre⁵: a) prisão cautelar no Brasil no qual houve condenação; b) prisão cautelar no Brasil da qual houve absolvição, mas que em processo distinto sem conexão houve condenação; c) prisão no estrangeiro cautelar ou não ligada relacionada a pena cumprida no Brasil; d) prisão administrativa; e) internação decorrente de medida de segurança não cautelar; f) internação decorrente de medida de segurança cautelar; g) medida cautelar alternativa a prisão; h) determinar o regime inicial de cumprimento da pena; i) pena multa; j) *sursis*; k) detração para fins de prescrição:

Para se chegar ao atual estado de desenvolvimento do instituto da detração penal, longo foi o processo histórico que remonta a Roma antiga. Àquela época o legislador romano por equidade computava o tempo da prisão anterior a condenação sobre a execução da pena, entretanto em razão da barbárie que dominou a época normalmente não havia congruência entre a pena cumprida e a pena aplicada.

Bem mais adiante na história leciona Carrara⁶ que as leis toscanas, desde 1786, sancionaram o direito à indenização do Estado em favor do absolvido por motivo da prisão sofrida.

No Brasil, em 1869 com a Lei 1.696 surgiu um esboço de detração parcial (com redução de até 1/6 da pena) e restrita a pena de “prisão com trabalho”. Somente em 1890 com o Dec. 774 que a detração passou a ser efetiva com o art. 3º do mesmo decreto que dispunha: “A prisão preventiva será computada na execução da pena, sendo posto em liberdade o réu que, contado o tempo da mesma prisão, houver completado o da condenação”.

⁵As alíneas “a”, “c”, “d” e “e” são por todos da doutrina e jurisprudência admitidas (art. 42 CP). A alínea “b” (detração cruzada), “i” (detração analógica) assim como as demais alíneas serão abordadas adiante.

⁶CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal: Parte Geral*. Tradução de José Luiz V. de Franceschini. – Magistrado e J. B. Prestes Barra, Promotor de Justiça. Saraiva, 1957, v. II, pp. 202 e 203, nota 2 apud LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. *Detração penal até o Código Criminal do Império (1830)*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 39, 1 fev. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/973>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

Fernando Capez⁷ leciona que detração penal “é o cômputo, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, do tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em hospital de custódia e tratamento ou estabelecimento similar”.

A detração penal é uma compensação dada ao indivíduo que teve sua liberdade lesionada antes de ter contra si condenação transitada em julgado, e sobrevindo condenação por esse mesmo fato, em apreço ao princípio do *non bis in idem*, terá o direito ao abatimento da pena a ser cumprida equivalente ao tempo que fora mantido preso antes da condenação definitiva.

No caso do indivíduo ser absolvido e não restando qualquer outro crime que possibilite a compensação, será possível a compensação por meio de indenização por danos (art. 5º, LXXV CRFB/88 e art. 630 CPP).

In verbis:

Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

§ 1.º Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça.

§ 2.º A indenização não será devida:

- a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder;
- b) se a acusação houver sido meramente privada.

O art. 5º, LXXV da CRFB/88 dispõe que: “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença” tal inciso, deu assento constitucional ao erro judiciário, O citado artigo da CRFB/88 não recepcionou o §2º, “b” do art. 630 CPP, pois esse último dispositivo cria restrições ao direito de ser indenizado por erro judiciário. A norma constitucional visou dar maior proteção ao indivíduo contra os abusos do estado, ademais acertadamente enfraqueceu a tese de que a indenização estaria limitada às hipóteses decorrentes da revisão criminal ou de dolo do membro do judiciário.

⁷CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral 1. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 950.

Não é razoável que alguém seja, indevidamente, privado de sua liberdade e só tenha direito de ser compensado quando a ação estatal decorra de uma conduta dolosa.

Aury Lopes Junior⁸, ao tratar sobre os erros e injustiças praticadas pelo judiciário, apresenta “soluções compensatórias” das quais inclui a detração:

Soluções Compensatórias: Na esfera do Direito Internacional, pode-se cogitar de uma responsabilidade por “ilícito legislativo”, pela omissão em dispor da questão quando já reconhecida a necessária atividade legislativa na CADH (que está incorporada ao sistema normativo interno). Noutra dimensão, a compensação poderá ser de natureza civil ou penal. Na esfera civil, resolve-se com a indenização dos danos materiais e/ou morais produzidos, devidos ainda que não tenha ocorrido prisão preventiva. Existe uma imensa e injustificada resistência em reconhecer a ocorrência de danos, e o dever de indenizar, pela (mera) submissão a um processo penal (sem prisão cautelar), e que deve ser superada. Já a compensação penal poderá ser através da atenuação da pena ao final aplicada (aplicação da atenuante inominada, art. 66 do CP) ou mesmo concessão de perdão judicial, nos casos em que é possível (v.g., art. 121, § 5º, art. 129, § 8º, do CP). Nesse caso, a dilação excessiva do processo penal – uma consequência da infração – atingiu o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se tornou desnecessária. Havendo prisão cautelar, a detração (art. 42 do CP) é uma forma de compensação, ainda que insuficiente.

Tradicionalmente o judiciário entende que a prisão cautelar pretérita a uma absolvição não se tratar de erro judiciário passível de indenização. Todavia, explique para uma pessoa inocente que tenha passado pelo cárcere que não houve erro judiciário nesse caso, pois foram atendidos os requisitos das cautelares, fale para essa mesma pessoa que ela não faz jus a qualquer compensação. Seria cômico se não fosse trágico, no entanto, apesar da firme posição dos tribunais superiores existe posicionamento, que infelizmente é minoritário, onde o STJ reconheceu que a prisão preventiva com a posterior absolvição do acusado configura ofensa à honra e a imagem, pois a absolvição revelaria a ilegitimidade da prisão cautelar pretérita.

Nesse sentido:

PPROCESSO CIVIL. ERRO JUDICIÁRIO. ART. 5º, LXXV, DA CF. PRISÃO PROCESSUAL. POSTERIOR ABSOLVIÇÃO. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS.

1. A prisão por erro judiciário ou permanência do preso por tempo superior ao determinado na sentença, de acordo com o art. 5º, LXXV, da CF, garante ao cidadão o direito à indenização. 2. Assemelha-se à hipótese de indenizabilidade por erro judiciário, a restrição preventiva da liberdade de alguém que posteriormente vem a ser absolvido. A prisão injusta revela ofensa à honra, à imagem, mercê de afrontar o mais comezinho direito fundamental à vida livre e digna. A absolvição futura revela a ilegitimidade da prisão pretérita, cujos efeitos deletérios para a imagem e honra

⁸LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 500.

do homem são inequívocos (*notoria non eget probationem*). 3. O pedido de indenização por danos decorrentes de restrição ilegal à liberdade, inclui o "dano moral", que in casu, dispensa prova de sua existência pela inequívocidade da ilegalidade da prisão, duradoura por nove meses. Pedido implícito, encartado na pretensão às "perdas e danos". Inexistência de afronta ao dogma da congruência (arts. 2º, 128 e 460, do CPC). 4. A norma jurídica inviolável no pedido não integra a causa petendi. "O constituinte de 1988, dando especial relevo e magnitude ao *status libertatis*, inscreveu no rol das chamadas franquias democráticas uma regra expressa que obriga o Estado a indenizar a condenado por erro judiciário ou quem permanecer preso por tempo superior ao fixado pela sentença (CF, art. 5º, LXXV), situações essas equivalentes a de quem submetido à prisão processual e posteriormente absolvido." 5. A fixação dos danos morais deve obedecer aos critérios da solidariedade e exemplaridade, que implica na valoração da proporcionalidade do quantum e na capacidade econômica do sucumbente. 6. Recurso especial desprovido. (Resp. 427560/TO; Rel. Min. Luiz Fux da 1ª turma do STJ; DJ. 30.09.2002).

Apesar de ser imperiosa a compensação pelo dano como consequência da limitação ao *status libertatis*, ratifica-se que a posição majoritária dos tribunais superiores é no sentido de entender que a prisão cautelar (flagrante, preventiva ou provisória), desde que atendidos seus pressupostos legais, não incorre em erro judiciário por estar adstrita ao princípio da legalidade.

Nesse sentido:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: ATOS DOS JUÍZES. C.F., ART. 37, § 6º. I - A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. II - Decreto judicial de prisão preventiva não se confunde com o erro judiciário ¾ C.F., art. 5º, LXXV ¾ mesmo que o réu, ao final da ação penal, venha a ser absolvido. III - Negativa de trânsito ao RE. Agravo não provido. (RE 429518 AgR / SC; Rel. Min. Carlos Veloso, 2º turma do STF DJ 28.10.2004).

O art. 1º, III CRFB/88 adota como parâmetro de interpretação o fundamento da dignidade da pessoa humana, que é considerado como filtro de todo o ordenamento jurídico (normas constitucionais e infraconstitucionais), e a interpretação que melhor atende a dignidade da pessoa humana é aquela que compensa o indivíduo por toda e qualquer restrição que ele sofra em sua liberdade, nesse diapasão a melhor interpretação da aplicação da detração é aquela que lhe dá maior alcance. Para conseguir essa amplitude o judiciário, mesmo em casos que a detração não é expressamente permitida, com base no princípio da

proporcionalidade e fazendo uso ponderado⁹ do ativismo judicial¹⁰, poderá compensar o indivíduo por danos causados a seu *status libertatis*.

Sobre a proporcionalidade, Gilmar Mendes, Pierpaolo e Pacelli¹¹

Nesse passo, como a nossa empreitada segue a trilha da hermenêutica dos direitos fundamentais, o postulado da proporcionalidade ocupará posição central. E sobre tal postulado, ou princípio, nem é mais preciso recorrer-se a novas formulações teóricas: há, aqui e no exterior, um sem número de abordagens sobre a matéria, dispensando mesmo novas investidas. No que nos interessa, a proporcionalidade será objeto de exame nas duas vias de sua fundamentação mais recente: a da proibição do excesso e a da máxima efetividade dos direitos fundamentais. Esta, aliás, a opção acolhida no PLS 156 (Projeto de Novo Código de Processo Penal), em tramitação no Congresso Nacional, reproduzida em seu art. 5º: “A interpretação das leis processuais penais orientar-se-á pela proibição de excesso, privilegiando a máxima proteção dos direitos fundamentais, considerada, ainda, a efetividade da tutela penal”.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

Genaro Carrió¹² leciona que:

[...] na linguagem comum, o conceito de princípio vincula-se, no mínimo, a sete focos de significação. Relaciona-se com a ideia de propriedade fundamental, núcleo básico; regra, guia ou orientação; fonte geradora, causa ou origem; finalidade, objetivo, proposta ou meta; premissa, axioma, verdade teórica postulada como evidente, essência; regra prática de conteúdo evidente, verdade ética inquestionável; e com as ideias de máxima, provérbio, aforismo.

No ordenamento jurídico a norma constitucional é a que possui maior grau hierárquico, e todas as demais estão sujeitas ao que dispõe a constituição. “A interpretação conforme a constituição é o método de interpretação por meio do qual o interprete, de acordo

⁹ [...] recordemos que não apenas o Ministério Público é o agente exclusivo da acusação, garantindo a imparcialidade do juiz e submetendo sua atuação à prévia invocação por meio da ação penal, mas, principalmente, que a carga probatória é inteiramente do acusador e que o juiz não deve ter qualquer tipo de ativismo probatório. (LOPES JUNIOR, Aury, op. cit.), p. 524.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 01 Mai. 2011.

¹¹ GILMAR Ferreira Mendes; PIERPAOLO Cruz Bottini; EUGÊNIO Pacelli. (Coord.). *Direito penal contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 154.

¹² CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, p. 209-212, apud LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. *Direito penal constitucional: A imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 87.

com uma concepção penal garantista procura aferir a validade das normas mediante o seu confronto com a constituição”¹³.

Reconhecida a por nós como correta a concepção garantista de interpretação das normas, em caráter preliminar tomando como parâmetro a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), o seu art.4º dispõe que: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Nesse contexto nos ensina Guilherme de Souza Nucci¹⁴:

[...] O sistema processual penal, com seus princípios constitucionais, está interligado ao penal e seus princípios constitucionais. Portanto, deve-se visualizar o cenário único das ciências criminais, regidas que são pelo princípio maior da dignidade da pessoa humana e pelo devido processo legal.

Pela simples leitura do art. 4º da LINDB transcrito chegaríamos a conclusão de que o legislador, no que tange ao tema penal abordado por nós, preferiu a regra ao princípio, todavia num Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento a dignidade humana e como objetivo o bem de todos, de modo algum podem ser arbitrários na criminalização ou mesmo na descriminalização de condutas¹⁵, dessarte o melhor entendimento é o da supremacia do princípio expresso na constituição sobre a regra.

A CRFB/88 tem expresso em seu corpo diversos princípios, ela é o guia do ordenamento jurídico, e nela está contido o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, do qual irradiam todos os demais princípios e subprincípios.

Sobre a dignidade da pessoa humana, leciona Leslei Lester dos Anjos Magalhães ¹⁶

O Preâmbulo, apesar de não conter dispositivos normativos, é, contudo, um importante elemento de hermenêutica constitucional, além, é claro, de fornecer um precioso testemunho da filosofia que embasou a elaboração da Carta Constitucional e, portanto, podemos perceber qual é o espírito da Lei Fundamental.

A declaração destaca a necessidade do reconhecimento da dignidade da pessoa, pela garantia e exercício dos direitos humanos. (...)

Há, no texto, a categórica assunção de valores que são ditos supremos, que correspondem com a ética das virtudes e com o Estado de Direito, a justiça, a

¹³ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 201, p. 41.

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade: As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403 de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 13.

¹⁵ LIMA, Alberto Jorge C. de Barros, op. cit.

¹⁶ MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida*. São Paulo: Saraiva, 2012, 257.

liberdade, a solidariedade, a igualdade, como valores supremos e, portanto, a Carta albergou uma carga de valores morais, que lhe dão sustentáculo. (...)

O art. 1º da Constituição declara quais são os fundamentos do Estado Democrático de Direito, isto é, aquilo que é o seu alicerce e, portanto, nesse momento começa a materialização do espírito constitucional que os constituintes indicaram no Preâmbulo, pois ganha sua racionalidade, estabelecendo os princípios pelos quais o Estado brasileiro se pautará no seu agir. Entre eles, está o princípio da dignidade humana, o mais importante, pois constitui o núcleo de toda a ação estatal, já que o Estado tem como último escopo proporcionar o bem comum, que é a promoção da dignidade do ser humano. Os demais princípios elencados: a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político, visam em última análise o primado da pessoa humana, em consonância com a visão personalista do mundo, que foi albergada na Constituição de 1988. O reconhecimento da dignidade da pessoa humana é o pilar de interpretação de todo o ordenamento jurídico e toda a Constituição Federativa do Brasil.

O princípio da dignidade humana é o fundamento filosófico e jurídico dos direitos humanos e se expressa nestes direitos, funciona também como metanorma, indicando como devem ser interpretadas e aplicadas as outras normas e princípios, em especial as normas definidoras de direitos fundamentais, ampliando o seu sentido, reduzindo-os ou auxiliando em conflitos entre direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é a chave de interpretação material das demais normas jurídicas.

Os princípios constitucionais são instrumento de hermenêutica e de concretude das normas legais, ou seja, são ferramentas para a aplicação das regras ao caso concreto, mas para os princípios serem aplicáveis a todos os casos concretos é necessário sejam dotados de abstração, generalidade e elevado grau axiológico.

Sobre a concretude das normas legais leciona José Joaquim Gomes Canotilho¹⁷:

[...] a ideia de concretização, primeiramente esboçada por Konrad Hesse, pode ser assim explicada: “processo de densificação de regras e princípios constitucionais”. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma completa — norma jurídica — que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da norma de decisão para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização. Essa “concretização normativa” é, pois, um trabalho técnico-jurídico: é, no fundo, o lado “técnico” do procedimento estruturante da normatividade. A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma; é, sim, a construção de uma norma jurídica.

Flavia Piovesan¹⁸ reforça:

Em verdade, “as regulações da Constituição não são nem completas nem perfeitas. (...) a incompletude da Constituição pode ter a sua razão nisto, que não é necessária uma regulação jurídico-constitucional. A Constituição não codifica, senão ela regula somente — muitas vezes, mais pontual e só em traços fundamentais — aquilo que aparece como importante e carente de determinação; todo o resto é tacitamente pressuposto ou deixado a cargo da configuração ou concretização pela ordem jurídica restante. Por causa disto, a Constituição de antemão não propõe a pretensão de uma ausência de lacunas ou até de unidade sistemática”. A ideia, enfim, de tal

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, apud. PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 1093.

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 1096.

formulação de textos constitucionais significa que devam eles ser, em verdade, abertos ao tempo.

Nesse mesmo sentido, as modernas Constituições impõem-se verdadeiramente como ordens moralmente imperativas, consubstanciam elas o referencial primeiro de justiça a ser buscado por uma dada sociedade. Nas Constituições se plasmam os valores, princípios e regras que se entendeu coletivamente serem prevalentes. Por tais previsões, as Constituições são, nas palavras de Hesse, “a própria ordem jurídica da comunidade”.

No ano de 2002, em concurso público para Procuradoria Geral da República (PGR), foi exigido do candidato a distinção entre dispositivo, enunciado normativo e norma.

Dispositivo é um fragmento da legislação, isto é, uma parcela de um documento normativo (é um artigo da lei); enunciado normativo: é uma proposição jurídica, ou seja, é um texto ainda por interpretar (é a fonte); dispositivo é um fragmento de legislação, isto é, é uma parcela de um documento normativo (é o artigo de uma lei) e por fim a norma é o produto da incidência do enunciado normativo sobre os fatos da causa, isto é, é um produto da atuação judicial.

Luís Roberto Barroso¹⁹:

É que a interpretação jurídica, nos dias atuais, está longe de ser compreendida como uma atividade mecânica de revelação de conteúdos integralmente contidos nos textos legislativos. Especialmente quando eles se utilizam de termos polissêmicos, de conceitos jurídicos indeterminados ou de princípios gerais. Nessas situações, o intérprete desempenha o papel de coparticipante do processo de criação do Direito, dando sentido a atos normativos de textura aberta ou fazendo escolhas fundamentadas diante das possibilidades de solução oferecidas pelo ordenamento. Por esse motivo, boa parte da doutrina contemporânea tem sustentado a distinção entre enunciado normativo — isto é, o texto, o relato abstrato contido no dispositivo — e norma, entendida como o produto da aplicação do enunciado a uma situação concreta.

Tal distinção tem relevância, pois uma regra, reconhecida como um enunciado normativo só se transformará numa norma após passar pela crivo da interpretação judicial que numa concepção penal garantista se valerá dos princípios constitucionais para sua concretização.

O ordenamento jurídico é dividido em regras e princípios; as regras correspondem a enunciados jurídicos tradicionais, nos quais consta um pressuposto de fato e uma

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, 179.

consequência jurídica. “Aquele que matar outrem deve ser preso” é um exemplo básico de regra. Os princípios são, por seu turno, mandamentos de otimização de um determinado valor ou bem jurídico, ordenando que esse valor ou bem jurídico seja realizado na maior medida do possível.²⁰.

O tratamento dado aos princípios com o passar do tempo evoluiu, inicialmente eram vistos apenas como orientadores de interpretação das regras, mas hodiernamente os princípios são reconhecidos como norteadores da atuação dos três poderes que compõem o Estado Democrático de Direito, tendo previsão no corpo de toda a constituição e são considerados como cláusulas pétreas das quais algumas estão enumeradas no art. 60, § 4º CRFB.

No Brasil, a aplicação dos princípios constitucionais na interpretação das normas é tarefa típica do poder judiciário, o exercício dessa atividade é reconhecida pela doutrina como judicialização, e tal atividade caracteriza-se pela tomada de decisões que envolvem questões de repercussão política ou social. A judicialização surgiu como fruto da redemocratização do país, da constitucionalização abrangente e do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Luís Roberto Barroso²¹:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo (...)

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. [...]

O atual estado em que se encontra o constitucionalismo brasileiro, os princípios constitucionais são compreendidos como normas vagas, abstratas, abertas e com elevado grau valorativo exigindo uma necessária e imprescindível atividade jurisdicional para

²⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2011, p. 55.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 01 Mai. 2011.

concretização teológica dos preceitos legais e constitucionais, em outras palavras: Atualmente, em razão de omissões legais e fundado na abstração das normas principiológica se faz necessária atuação do judiciário para efetivação da intensão das normas constitucionais e infraconstitucionais, essa atuação ora é reconhecida como judicialização da atividade política ora como ativismo judicial.

No ativismo judicial sustenta-se que a atividade jurisdicional não é uma atividade de mera subsunção do fato a regra por meio do princípio; no ativismo judicial o juiz deixa de ser um mero aplicador da regra, e passa a ser um criador de normas jurídicas. Entretanto é preciso ter cautela ao admitir que a atividade jurisdicional abrange a criação de normas jurídicas, pois judiciário não é legislador positivo que cria normas gerais e abstratas. Na realidade as normas criadas pelo judiciário são individualizadas e aplicáveis ao caso concreto. Para a nova concepção da atividade jurisdicional o juiz cria normas jurídicas, não é mais mero espectador, induzindo o abandono paulatino do formalismo valorativo.

Luís Roberto Barroso²²

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

²² BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 01 Mai. 2011

A Judicialização e o Ativismo Judicial juntos servem para demonstrar a importância dos princípios constitucionais para soluções dos casos concretos.

A legislação é omissa quanto a possibilidade da detração penal na hipótese do condenado sofrer medida cautelar alternativa. Diante dessa omissão legal, o interprete deverá fazer uso dos princípios para determinar ser cabível ou não a detração penal.

O Ativismo Judicial é o protagonista para incidência da detração penal nas hipóteses em que a lei foi omissa, ademais a própria lei admite a equidade como solução das omissões legais. Nesse caso, a omissão deve ser resolvida por meio de uma conduta proativa do judiciário que não pode quedar-se inerte ao observar omissões legais que ofendem a constituição e não dão concretude aos princípios nela estabelecidos.

Ratificando a importância dos princípios transcrevemos o art. 3º CP: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

3. DETRAÇÃO PENAL E MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS

Os princípios constitucionais serão utilizados como fundamento para determinar se é possível ou não a detração penal no caso de medidas cautelares alternativas à prisão previstas pela Lei n. 12.403/2011. O princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio fundamental da CRFB/89, dele emergem todos os demais princípios. Os princípios penais e processuais penais da mesma forma são subprincípios da dignidade da pessoa humana.

Atendendo os reclamos da doutrina e jurisprudência, o legislador editou a Lei n. 12.403/2011 que no art. 319 CPP deu fim a bipolaridade das medidas cautelares processuais penais de natureza pessoal enumerando outras nove espécies de medidas cautelares aplicáveis no curso persecução penal. No superado sistema da bipolaridade ou o acusado dentro de

processo penal permanecia preso com total privação de liberdade ou ele ficava em liberdade provisória com a obrigação de comparecer a todos os atos processuais.

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX - monitoração eletrônica.

A Lei n. 12.403/2011, além das cautelares, também deu novo ânimo ao instituto da fiança, aumentando os poderes da autoridade policial e fixando novas faixas de fiança e novas hipóteses e quebra de fiança, assim como no art. 318 CPP criou nova hipótese de medida cautelar de prisão domiciliar.

In verbis:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

- I - maior de 80 (oitenta) anos;
- II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;
- III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;
- IV - gestante a partir do 7.º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Faz-se necessária importante consideração. Note que o art. 318 CPP prevê hipótese de uma pessoa plenamente capaz ser mantida presa em domicílio em 4 (quatro) hipóteses, e em todas elas a detração penal é possível por tratar-se de privação total da liberdade decorrente de prisão cautelar.

A jurisprudência tem admitido a detração em vários casos, ainda que sem previsão legal. O posicionamento jurisprudencial é natural, pois a compensação por ofensa ao *status libertatis* pode ser feita de diversas formas, uma delas é a detração penal, que desde seus primeiros passos vem sendo utilizada como instrumento de diminuição do danos daquele que teve privada a sua liberdade.

A compensação pelos danos causados ao preso cautelarmente, historicamente, vem sendo feita por meio do abatimento proporcional na pena a ser cumprida ou por meio de indenização pecuniária. Todavia contemporaneamente, o instituto teve seu alcance ampliado, pois pode ser considerado como forma de limitação a atuação estatal, concretização de regras, direitos e princípios e tem a tarefa de proteger o direito fundamental da liberdade

Ainda na esteira de ampliação do alcance da detração a Lei n. 12.736/2012, por exemplo, impõe ao magistrado considerar a pena para fins de estabelecimento do regime inicial de cumprimento da pena. Tal previsão nada mais é do que dar maior alcance a detração penal. O art. 1º da Lei n. 12.736/2012 dispõe que: “A detração deverá ser considerada pelo juiz que proferir a sentença condenatória, nos termos desta Lei”.

O art. 42 CP também pode ter seu alcance ampliado. O próprio STJ no HC 3109/RJ já admitiu hipótese não prevista no art. 42 quando resultar em severa restrição a liberdade.

PENAL. EXECUÇÃO PENAL. DETRAÇÃO DA PENA. PERÍODO SUJEITO A GRAVES RESTRIÇÕES À LIBERDADE INDIVIDUAL. CP, ART. 42

O Código Penal arrola de modo exaustivo, as hipóteses de detração da pena condenatória - prisão provisória, prisão administrativa e internação em estabelecimento hospitalar ou equivalente.

Sendo, todavia, imposto ao réu severas restrições ao direito de locomoção, antes de decretar-lhe o édito de condenação, há de se efetuar a detração desse lapso temporal dos gravames consequentes do castigo antecipado. Habeas corpus concedido(HC 3.109/RJ - REG.9439052-1, Rel. Min. Adhemar Maciel 6ª turma do STJ; DJ. 24.06.1995).

Ampliando, ainda mais, os casos de cabimento da detração, o STJ, efetivando os art. 5º, LXXV CRFB/88 e art. 630 CP, tem admitido a detração penal cruzada, entendida como aquela na qual o condenado tenha sido mantido preso indevidamente por um fato anterior,

mas que diante da superveniente condenação por um crime, tem compensada na pena o período que foi mantido preso indevidamente ainda que entre os fatos não exista conexão, seja possível a diminuição do cumprimento da pena decorrente de condenação.

Julio Fabbrini Mirabeti²³:

A orientação mais liberal é a mais aceitável, sendo de boa política criminal que seja computado em favor do condenado o tempo de prisão que, afinal, não deveria ter cumprido. Aliás, a Constituição Federal prevê que deve ser indenizado o condenado por erro judiciário, assim como aquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença (art. 5º, inc. LXXV) e não há indenização mais adequada para o tempo de prisão provisória que se julgou indevida pela absolvição do que ser ele computado no tempo da pena imposta por outro delito.

São inúmeras as decisões, aliás, de que, se não houve solução de continuidade entre o cumprimento da pena que se pretende compensar e aquela que se pretende reduzir, é de se admitir a compensação do tempo em que o acusado esteve preso em virtude de processo do qual veio a ser ao final absolvido.

Superior Tribunal de Justiça:

EXECUÇÃO PENAL, DETRAÇÃO PENAL. COMPTODE TEMPO DE PRISÃO IMPOSTA EM OUTRO PROCESSO, POSSIBILIDADE. COMDIÇÕES. CP, ART 42. LEP ART 111. CF, ART. 5º, XV E LXXV. A constituição da república, em razão da magnitude conferida ao *status libertatis* (art. 5º, XV), inscreveu no rol de direito e garantias individuais regra expressa que obriga o Estado a indenizar o condenado por erro judiciário ou quem permanecer preso por tempo superior ao fixado na sentença (art. 5º, LXXV), situações essas equivalentes a de quem foi submetido a prisão processual e posteriormente absolvido. Em face desse preceito constitucional, o art. 42 do Código Penal, e o art. 111 da Lei das execuções Penais, devem ser interpretados de modo a abrigar a tese no qual o réu foi absolvido, seja computado para a detração de pena imposta ao processo relativamente a crime anteriormente cometido. Recurso especial conhecido e desprovido. (Resp. 618991/SP; Rel. Min. Vicente Leal da 6ª turma do STJ; DJ. 03.06.1996)²⁴.

O STJ, ao admitir a detração penal cruzada, que não tem previsão legal, deu a merecida concretude ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

Ainda sobre, a ampliação do alcance da detração penal, existe a detração análoga compreendida como aquela que abate a pena de multa com o período que cumpriu preso

²³ MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de direito penal*, ed.17, São Paulo: Atlas, 2001, p. 786.

²⁴Em sentido contrário: DETRAÇÃO PENAL. CRIME POSTERIOR. PRISÃO CAUTELAR. A Turma denegou a ordem de habeas corpus, reafirmando a jurisprudência deste Superior Tribunal de ser inviável a aplicação da detração penal em relação aos crimes cometidos posteriormente à custódia cautelar. No writ, a Defensoria sustentava constrangimento ilegal na decisão de não concessão da detração ao paciente que permaneceu preso cautelarmente em outro feito criminal no período de 27/9/2006 a 7/9/2007 e buscava a detração da pena pela prática de crime perpetrado em 27/11/2007. Precedentes citados do STF: HC 93.979-RS, DJe 19/6/2008; do STJ: REsp 6S0.40S-RS, DJ 29/8/2005; HC 157.913-RS, DJe 18/10/2010, e REsp 1.180.018-RS, DJe 04/10/2010. HC 197. 112-RS, ReI. Min. Og Fernandes, julgado em 19/5/2011. (tnJo 473).

cauteladamente. Sobre ela colacionamos as lições, com as quais concordamos de Renato

Renato Marcão²⁵:

Respeitado o posicionamento diverso, entendemos que, apesar da vedação expressa trazida com a Lei n. 9.268, é possível a conversão da pena de multa tão somente para compensá-la em sede de detração com pena privativa de liberdade a tal sujeita. É que em tal hipótese a conversão virá em benefício do condenado, que não irá para a prisão (por conta da conversão) e terá valorado seu tempo de encarceramento pretérito para o fim de quitar total ou parcialmente a multa imposta, observada a proporção de um dia de encarceramento para cada dia-multa.

Nessa mesma linha argumentativa, mesmo após o advento da Lei n. 9.268, já se decidiu que, “*se o réu, em virtude de prisão em flagrante, ficou detido por tempo superior à pena de multa imposta na condenação*”⁵¹, *admissível a aplicação analógica do art. 42 do CP, possibilitando a detração da reprimenda*” (Essa interpretação do art. 42 do CP é também defendida, em sede doutrinária, por Celso Delmanto, no Código Penal comentado, 6. ed., Freitas Bastos, 1986, p. 69, além de JUTACrimSP 100, RT 685, RJDTACrimSP 8 e RSTJ 33)

Fernando Capez²⁶, de seu lado é contrário a detração penal para abatimento da pena de multa.

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

Para nós em apreço aos princípios aplicáveis ao processo penal, em especial o *favor rei*, a detração penal deve ser explorada em seu alcance máximo, dessarte aplicável na hipótese de multa. Por essas mesmas razões pensamos que a detração será aplicável tanto no caso da suspensão condicional da pena (*sursis*) quanto para fins de prescrição da pretensão executória. “A detração somente é aproveitada para a execução da pena, ou para a prescrição da pretensão executória” Bitencourt²⁷. No que tange a detração em face do *sursis*:

Fernando Capez²⁸:

[...] O *sursis* é um instituto que tem por finalidade impedir o cumprimento da pena privativa de liberdade. Assim, impossível a diminuição de uma pena que nem sequer está sendo cumprida, por se encontrar suspensa. Observe-se, porém, que, se o *sursis*

²⁵ MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 10 ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 643.

²⁶ CAPEZ, op. cit. p. 954.

²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral. 1*, 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012, 2419.

²⁸ CAPEZ, op. cit. p.954.

for revogado, a consequência imediata é que o sentenciado deve cumprir integralmente a pena aplicada na sentença, e nesse momento caberá a detração, pois o tempo de prisão provisória será retirado do tempo total da pena privativa de liberdade. [...]

A doutrina é no sentido de vedar a detração no caso do *sursis*. Nos resta fazer um questionamento: Se o art. 65 da LEP inclui no inciso, III, “d” como uma das competências do juiz da execução a decisão sobre o *sursis*; dessa decisão extrai-se limitação a liberdade e contra ela cabem todos os incidentes processuais penais. O *sursis* é pena em sentido *lato*? E em sentido estrito?

Admitido que mesmo no *sursis* existe limitação a liberdade da pessoa, e admitindo ainda a incidência dos princípios constitucionais penais, processuais penais e de direito humanos seria possível reconhecer alguma espécie de compensação em favor daquele que cumprisses o *sursis* por algum tempo, pois acreditamos que qualquer espécie de limitação a liberdade, em apreço a razoabilidade e ao princípio da dignidade da pessoa humana, de alguma forma deve ser compensada.

O ordenamento jurídico não prevê a hipótese compensação pelo período que o acusado tenha sido mantido preso, no âmbito civil, evidentemente na forma do art. 186 CC combinado com o art. 133 CPC e art. 49 da Lei Complementar 39/1979 se demonstrado o dano será possível o ressarcimento por meio da responsabilização estatal, mas mesmo nesse caso a jurisprudência reluta em reconhecer a existência de dano.

Aury Lopes Junior²⁹:

[...] a compensação poderá ser de natureza civil ou penal. Na esfera civil, resolve-se com a indenização dos danos materiais e/ou morais produzidos, devidos ainda que não tenha ocorrido prisão preventiva. Existe uma imensa e injustificada resistência em reconhecer a ocorrência de danos, e o dever de indenizar, pela (mera) submissão a um processo penal (sem prisão cautelar), e que deve ser superada.

²⁹ LOPES JUNIOR, op. cit. p. 499.

A compensação de natureza civil não é suficiente para abranger todos os casos em que se faz necessária a compensação do lesado, pois quando houver condenação não haverá que se falar em erro judiciário, nem em indenização por danos civis, por tal motivo, a doutrina vem questionando a possibilidade de incidir a detração penal nos casos em que tenha sido aplicadas algumas das medidas cautelares alternativas diversas da prisão.

Pierpaolo Cruz Bottini³⁰.

Ocorre que não há previsão legal da detração nos processos em que a cautelar aplicada é distinta da prisão. Para os casos em que o réu for submetido, por exemplo, à prisão domiciliar ou monitoramento eletrônico durante a instrução, a lei não explicita desconto na pena final, o que parece inadequado. Se a detração da prisão tem por fundamento o princípio da equidade e a vedação ao bis in idem, deve o instituto ser estendido a qualquer hipótese de intervenção do Estado em direitos do cidadão, seja a liberdade de locomoção, seja outro qualquer. (...)

No entanto, a ausência de menção à detração para cautelares distintas da prisão no ordenamento não impede sua aplicação pelo juiz, que por analogia pode beneficiar o réu com uma interpretação amplie a abrangência do instituto para além da prisão. Nos parece possível, por exemplo, descontar o tempo passado em prisão domiciliar da eventual pena de prisão definitiva em regime aberto, ou o período processual no qual o réu foi proibido de frequentar determinados lugares da pena restritiva da mesma natureza, se essa for a condenação. Caso a cautelar e a pena tenham naturezas distintas – como na hipótese da cautelar de prisão domiciliar e a pena de prisão em regime fechado – o tempo descontado poderá ser o mesmo, mas é possível construir pela jurisprudência uma fórmula que permita deduzir proporcionalmente – com base na razoabilidade - algo da sanção para detrair a cautelar aplicada.

Por força do que dispõe o art. 42 CP e da opinião da doutrina e jurisprudência, não restam dúvidas que a detração penal incide quando decorre de prévia privação de liberdade, todavia quando se trata compensação da imposição das medidas cautelares alternativas a prisão a lei e a jurisprudência são omissas; diante dessa omissão, é preciso socorrer-se a hermenêutica penal para chegar-se a solução mais adequada, para tanto o interprete deverá valer-se de princípios gerais do direito sem olvidar os parâmetros estabelecidos pelas normas constitucionais.

STJ³¹, em 1995, muito antes da lei que criou as medidas cautelares alternativas a prisão, já reconhecia ser possível a detração em face de limitação da liberdade diversa da prisão sob o

³⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, *Mais reflexões sobre a lei 12.403/11*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/capa.php?bol_id=262> Acesso em: 09 jun. 2011.

³¹ HC 3109/RJ. DJ 24/06/1996.

argumento do art. 42 CP não ser *numerus clausus* e de ser razoável que se compense o condenado em razão do gravame e conseqüente castigo antecipado.

Fernando Capez³², de seu lado admite a detração em face das medidas cautelares alternativas a prisão, mas se limita a um único caso:

A questão que se coloca é: Cabe detração penal nas medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP, como se fossem modalidades de prisão provisória? A resposta, a princípio, é não. O CP é claro: só cabe detração da prisão provisória (art. 42), não sendo possível nas providências acautelatórias de natureza diversa.

Convém notar que o caput do art. 319 do CPP é expresso ao dizer que tais providências são “medidas cautelares diversas da prisão”. Ora, sendo diversas da prisão provisória, com ela não se confundem.

Do mesmo modo, o art. 321 do CPP é suficientemente claro: “Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva...”, isto é, quando não for o caso de se decretar a prisão preventiva, “... o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código”. A redação é clara ao indicar que as medidas cautelares alternativas não constituem espécie de prisão provisória, mas restrições que acompanham a liberdade provisória. Duas são as opções: prisão preventiva ou liberdade provisória (acompanhada ou não de medidas restritivas). Na primeira cabe detração, na segunda, não.

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.

Com todo o respeito que Fernando Capez merece, ele parece ser antagônico, quando, em seu livro, de um lado diz admitir a detração em penas restritivas de direito e por outro não a admite quando se tratar de cautelar alternativa a prisão. Segundo nos parece, as medidas cautelares alternativas em muito se assemelham as penas restritivas de direito, chegando em certo caso assemelhar-se a pena de regime semiaberto quando impõe o ao indivíduo a cautelar do art. 319, V CPP “Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos”.

Cezar Roberto Bitencourt³³, discorrendo sobre a aplicabilidade do princípio da detração penal, aborda as penas restritivas de direito:

[...] A nova disciplina sobre as alternativas à pena privativa de liberdade, trazida pela Lei n. 9.714/98, provavelmente apresenta aqui uma das mais significativas e

³² CAPEZ, Fernando. op. cit., p.950.

³³ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 1863.

positivas de suas inovações, corrigindo uma das mais flagrantes injustiças que a disciplina da Reforma Penal de 1984, neste particular, apresentava, pois, atendendo aos reclamos dos operadores especializados desta seara do Direito, a nova legislação adotou, acertadamente, o chamado princípio da detração penal, autorizando a dedução do tempo cumprido de pena restritiva de direitos. Assim, fazendo-se necessária a conversão da pena restritiva em privativa de liberdade, essa conversão operar-se-á somente pelo restante da pena a cumprir, desde que não inferior a trinta dias. [...]

4. REQUERIMENTO DA PRÓPRIA PRISÃO

Reconhecendo a estranheza do argumento, ele se faz necessário para demonstrar que como é esdrúxulo não permitir que seja detraído da pena aquele período em que o condenado tenha sofrido medida cautelar alternativa.

Para ser melhor visualizado, fazemos uso de um exemplo para demonstrarmos a possibilidade do requerimento da própria prisão.

Partindo dos princípios do *favor rei*, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e da teoria dos poderes implícitos, que como dito, são filtros de interpretação chegaremos a conclusão de ser possível o acusado requerer a prisão em seu benefício.

Preliminarmente, pela leitura dos art. 146-B, IV; 146, Parágrafo único, VI; e 117 todos da Lei n. 7.210/1984 (LEP) a prisão domiciliar recebe o mesmo tratamento que qualquer outra penal. De outro lado o art. 318 CPP dispõe que a prisão domiciliar substitui a prisão preventiva.

Pelos dispositivos listados e pela evidente privação cautelar de liberdade concluímos que a prisão domiciliar tem natureza jurídica de prisão preventiva³⁴.

³⁴ [...] Existe divergência quanto à natureza da prisão domiciliar, uma vez que há quem entenda que ela é um modo de cumprimento da prisão preventiva, enquanto outros pleiteiam o seu reconhecimento como modalidade cautelar autônoma. Não obstante a justificativa utilizada pelos teóricos que apoiam a prisão domiciliar como autônoma da preventiva - sob a alegação de que a domiciliar pode ser decretada quando for desnecessária a preventiva e suficiente o recolhimento em sua residência - a maioria pende por considerar tal instituto como modalidade de cumprimento da prisão preventiva. Amparado pela doutrina e jurisprudência dominantes, entendo que para a decretação da prisão domiciliar é necessária uma decisão fundamentada, onde se exponha a presença dos requisitos tanto da prisão preventiva quanto de sua substituição pelo recolhimento domiciliar. Logo, para verificar a legalidade da prisão domiciliar da paciente, cumpre avaliar se estão presentes tanto os requisitos legais da prisão preventiva quanto da prisão domiciliar. [...] (Brasil, Tribunal de Justiça do Estado do Pará 5ª

Posto isso, imagine-se que “A” e “B” gêmeos idênticos, em comunhão de desígnios cometam um crime. “A” realiza conduta reprovável que permite ao juiz a imposição de uma das medidas cautelares alternativas contidas no art. 319 CPP que não caiba detração. De outro lado, “B” pratica conduta com maior grau de reprovação e tem contra si imposta a medida cautelar de prisão preventiva. Ocorre que “B” tem um filho com 4 anos de idade e sua condição exige cuidados especiais, situação na qual, o juiz, por força do art. 318 CPP, está obrigado a conceder a prisão domiciliar; e assim correta e adequadamente o faz.

Em suma, “A” cometeu conduta menos grave, e não foi presa cautelarmente, mas também não tem reduzida a sua pena na hipótese de condenação. E “B” praticou conduta mais grave, foi preso preventivamente, teve essa prisão convertida em prisão preventiva domiciliar, mas terá direito a detração.

Então veja a situação que a lei criou. Duas pessoas, gêmeas idênticas, praticaram o mesmo crime, nas mesmas circunstâncias de fato e de direito, em seguida, cada um dos acusados praticou sem conhecimento do outro, ou seja, sem liame subjetivo, conduta que autorize a imposição de medida cautelar. Todavia “A” que praticou conduta menos reprovável não terá sua pena detraída e “B” que praticou conduta mais grave terá sua pena detraída.

Nesse contexto “A” acreditando que será condenado, e ciente de que não terá sua pena detraída em função do cumprimento de medida cautelar alternativa, teria interesses em gozar do mesmo benefício que seu irmão está gozando, ou seja, ter parte ou até a integralidade da pena cumprida em regime domiciliar.

Atender o pedido de “A”, em primeiro lugar, atende a proporcionalidade, pois aquele que praticou conduta menos gravosa não pode ter uma punição mais severa que aquele que nas mesmas circunstâncias praticou conduta mais grave. Outro argumento é entender que a lei pode ser interpretada favoravelmente ao réu, por aplicável a hipótese o *favor rei*. Como

terceiro argumento, podemos aduzir que conceder o pedido feito pelo réu “A” melhor atenderia o princípio da dignidade da pessoa humana.

Não conceder o requerimento de “A”, é admitir que fosse necessária a adoção de uma criança nas mesmas condições do filho do seu irmão, para que “A” possa ter a seu favor o benefício da detração penal.

Sobre o tema, Pierpaolo Cruz Bottini³⁵:

Se a detração da prisão tem por fundamento o princípio da equidade e a vedação ao bis in idem, deve o instituto ser estendido a qualquer hipótese de intervenção do Estado em direitos do cidadão, seja a liberdade de locomoção, seja outro qualquer. Com base nisso, o projeto de alteração do Código de Processo Penal (PLS 156), atualmente em discussão no Congresso Nacional, prevê que "o tempo de recolhimento domiciliar será computado no cumprimento da pena privativa de liberdade, na hipótese de fixação inicial do regime aberto na sentença (art.607) e que substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nesta será computado o tempo de duração das medidas cautelares" previstas pela proposta (parágrafo único).

Da mesma forma, o Código Penal português prevê o desconto total do tempo de pena de prisão caso o réu tenha sofrido, no curso do processo, detenção, prisão preventiva, ou obrigação de permanência na habitação (...).

Enfim, os textos citados revelam a adequação da previsão da detração para cautelares distintas da prisão, a sugerir a revisão pontual do Código Penal para a adequação da detração à essa nova realidade legislativa.

No entanto, a ausência de menção à detração para cautelares distintas da prisão no ordenamento não impede sua aplicação pelo juiz, que por analogia pode beneficiar o réu com uma interpretação amplie a abrangência do instituto para além da prisão. Nos parece possível, por exemplo, descontar o tempo passado em prisão domiciliar da eventual pena de prisão definitiva em regime aberto, ou o período processual no qual o réu foi proibido de freqüentar determinados lugares da pena restritiva da mesma natureza, se essa for a condenação.

Anteriormente, apresentamos hipóteses em que o STJ admitiu a ampliação do alcance da detração, segundo nos parece, esse caso é mais um que pode ser incluso no alcance da detração penal.

Pelos argumentos e exemplos apresentados fica evidente que a lógica legislativa merece reparos, e para tanto o magistrado e outros aplicadores da lei poderão valer-se dos princípios, da analogia e da equidade.

³⁵ BOTTINI, op. cit. p. 5.

CONCLUSÃO

A Lei n. 12.403/2011, ao criar novas medidas cautelares, permitiu magistrado proteger o processo penal por outros meios menos gravosos que a privação de liberdade plena. A possibilidade criada pela *novatio legis* é muito salutar, no entanto inegavelmente as cautelares alternativas reduzem em algum grau a liberdade do indivíduo, até por que a medida cautelar penal tem o exato objetivo de diminuir a liberdade do indivíduo para que ele não interfira na persecução penal, dessarte aquele que sofre medida cautelar alternativa certamente tem a esfera jurídica de sua liberdade diminuída.

Ocorre que a Lei n. 12.403/2011 não previu a possibilidade de detração penal em face das medidas cautelares alternativas, todavia o interprete não deve se limitar ao texto expresso da lei, pois tal como ocorre com outros dispositivos penais, a lei deve ser lida conforme a princípios e valores constitucionais.

Considerado todos os princípios expostos no presente trabalho, dentre vários outros descritos na CRFB/88, enquanto não existir norma expressa tratando do tema, o juiz ao deparar-se com uma pessoa que tenha tido sua liberdade por uma cautelar alternativa deve abater o cumprimento da pena compensando o indivíduo pelo mesmo período foi submetido a medida cautelar alternativa, mas sem qualquer afetação a eventuais compensações cíveis.

Por outro lado, se o juiz entender ser vedada a detração em face qualquer uma das medidas cautelares alternativas criadas pela Lei n. 12.403/2011, deve oportunizar ao réu o direito de “ter agravada” a medida cautelar que lhe fora imposta, por meio do requerimento da própria prisão domiciliar para após o trânsito em julgado ser beneficiado com a detração.

Até que haja lei específica tratando da matéria, a detração penal em face das medidas cautelares alternativas poderá incidir com base na analogia, nos princípios constitucionais, penais e processuais penais, todos em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: Parte geral*. 1, 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva 2012.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz, *Mais reflexões sobre a lei 12.403/11*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/capa.php?bol_id=262>. Acesso em: 09 Jun. 2011.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940, Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 22 Ago. 2013.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941, Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 22 Ago. 2013.
- BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de Novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 04 Mai. 2014.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 Mai. 2014.
- BRASIL. 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: 04 Mai. 2014.
- CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS de 22 de Novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm. 4 de Maio de 2014.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, 16 ed., São Paulo: Saraiva, 2012.
- ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado: Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GILMAR Ferreira Mendes; PIERPAOLO Cruz Bottini; EUGÊNIO Pacelli. (Coord.). *Direito penal contemporâneo*, São Paulo: Saraiva, 2011.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.
- JESUS, Damásio de. *Código de processo penal anotado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. *Detração penal até o Código Criminal do Império (1830)*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 39, 1 fev. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/973>>. Acesso em: 21 abr. 2014.
- LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. *Direito penal constitucional: A imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar: Doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói: Impetus, 2011.
- LOPES JUNIOR, Aury. *O novo regime da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Felipe Daniel Amorim e Oliveira, Felipe Costa, Detração nas Medidas Cautelares Pessoais: É possível? Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 36, p. 36-80, abr. 2013. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/407/335>. Acesso em: 22 Ago. 2013.

MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARCÃO, Renato, *Curso de execução penal*, 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini, *Manual de direito penal*, 17 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade: As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403 de 4 de maio de 2011*. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Série aperfeiçoamento de Magistrados 4, *O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no processo Penal*. BALDEZ, Paulo de Oliveira, CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti, CASARA, Rubens Roberto Rebelo, NICOLITTI, Luiz André. (Coord.) Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2013.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues, *Curso de Direito Processual Penal*. 8. ed. São Paulo: Jus Podium, 2013.