

O problema da detração penal nas medidas cautelares alternativas à prisão: das lacunas aos descontos possíveis

Autora: Camile Eltz de Lima

A Lei 12.403/2011 criou uma sistemática de medidas cautelares alternativas à prisão, alterando substancialmente os dispositivos do Código de Processo Penal que disciplinavam a prisão processual e a liberdade provisória. O texto legal representou profunda alteração no tema, fundamentalmente, em razão de expressar que a prisão preventiva assume o *status* de *ultima ratio* e, portanto, só pode ser decretada quando não for possível sua substituição por outra medida cautelar prevista no art. 319 do Código de Processo Penal.

Ao instituir espécie de liberdade condicionada – desde que presente o binômio *adequação* e *necessidade* (art. 282 do Código de Processo Penal) –, o diploma legal, ao que se deduz, pretendeu diminuir o encarceramento provisório. Entretanto, tal redução não se fez efetiva nos pretórios nacionais, que, como é cediço, seguem a banalizar as prisões cautelares. Ao contrário de notarmos a esperada redução, percebemos o continuísmo do encantamento pelas prisões em massa na sociedade do punitivismo. Neste particular aspecto, observamos que os tribunais e as cortes superiores, ainda que de forma tímida e, algumas vezes, conservadora, vêm substituindo prisões por medidas cautelares alternativas ao cárcere.

Neste cenário, resta saber se, substituída a prisão processual por medidas cautelares, que, segundo adverte **Nereu Giacomolli**, "*mesmo diversas da prisão, produzem um constrangimento no imputado, uma limitação em seus direitos, embora de menor intensidade do produzido pelo recolhimento ao cárcere*".([1]) caberá, em caso de sentença condenatória, aplicar o instituto da detração penal, descontando, assim, no tempo de pena a cumprir pelo agente, o período a que ficou submetido às regras da cautelaridade?

Em nosso juízo, o problema não encontra resposta na legislação. Não houve qualquer regramento sobre o assunto na Lei 12.403, o que impõe, como forma de suprir esta lacuna, uma revisitação hermenêutica do instituto da detração penal, atualizando-o com a nova realidade processual de índole constitucional, de forma a criar parâmetros de sua incidência em casos penais concretos.

A urgência na resolução dessa problemática se deve ao fato de que, há praticamente cinco anos da criação das cautelares pessoais, existem centenas de sentenças condenatórias, definitivas ou não, com condenados esperando a aplicação da detração de suas penas privativas de liberdade pelo cumprimento das medidas cautelares, sem, contudo, haver disciplina legal ou sólida orientação jurisprudencial sobre o tema. A questão é pertinente e atualíssima, na medida em que, em um dos casos de maior repercussão no país – Operação Lava Jato e suas dezenas de fases deflagradas –, há noticiada alteração no quadro das cautelares alternativas decretadas quando impostas sentenças condenatórias, especificamente, a supressão da medida de recolhimento domiciliar com tornozeleira eletrônica, pois "*tem ela o efeito colateral negativo de propiciar a futura detração da pena e a manutenção do recolhimento domiciliar por período recursal ainda incerto pode levar na prática a que o condenado cumpra toda a pena privativa de liberdade em recolhimento domiciliar*".([2])

Na tentativa de resolução da *questio*, recorremos à lição de **Cezar Bitencourt**, sublinhando que "*através da detração penal permite-se descontar, na pena ou na medida de segurança, o tempo de prisão ou de internação que o condenado cumpriu antes da condenação. Esse período anterior à sentença penal condenatória é tido como de pena ou medida de segurança efetivamente cumpridas*".([3]) E, de acordo com o regramento vigente, as hipóteses previstas de desconto na pena privativa de liberdade são: prisão provisória, prisão administrativa e internação em casas de saúde. No ponto que interessa, segundo esclarece **Luiz Regis Prado**, "*a prisão provisória mencionada pela lei é a prisão processual, ou seja, a prisão que pode ocorrer previamente à sentença condenatória irrecorrível. Esse termo – 'prisão provisória' – deve ser interpretado de modo amplo, abarcando todas as medidas cautelares de restrição da liberdade*".([4])

Deixando de lado questões outras que, igualmente, impõem a atualização do instituto (por exemplo, a ausência de previsão quanto à possibilidade de detração quando não há nexos de causalidade entre o fato delituoso, a prisão provisória e a pena aplicada ou, ainda, a viabilidade de detração quando imposta pena restritiva de direitos), em nossa ótica, é bastante evidente que as medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal impõem restrições à liberdade do indivíduo a ponto de se equivalerem à pena que priva a liberdade e, assim sendo, são passíveis de incidência da detração.

Assiste razão a **Gustavo Badaró**, quando refere que as medidas cautelares alternativas à prisão "*apresentam graus variados de restrição da liberdade de locomoção*".([5]) De fato, no rol das medidas, encontramos desde o comparecimento periódico em juízo ou a proibição de frequentar determinados lugares até o extremo de decretar o recolhimento domiciliar noturno e a monitoração eletrônica. Assim, uma vez que as medidas previstas são diferenciadas na limitação de direitos, e algumas restringem em maior grau a liberdade, necessário haver compatibilização entre a medida cautelar e a espécie de pena imposta para fins de incidência do desconto. Neste espectro, se, por um lado, não se vislumbra possibilidade alguma de compensar a cautelar de fiança com a privação de liberdade imposta em sentença, por outro, infere-se, com serenidade interpretativa, a compatibilidade existente entre o recolhimento domiciliar e o monitoramento eletrônico com a privação de liberdade imposta em sentença.

Previu-se, no art. 319, inciso V, do Código de Processo Penal, a possibilidade de aplicar ao réu a cautelar de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga, quando o investigado ou o acusado tenha residência e trabalhos fixos. Essa cautelar é bastante gravosa, pois atinge diretamente a liberdade de locomoção e impõe ao réu a obrigação de permanência no local em que reside no período da noite e nos dias em que goza de folga. Nessa hipótese, resta acertada a conclusão de **Eugênio Pacelli**, "*como se trata de medida de inegável gravidade, limitativa da liberdade de locomoção, ainda que somente em período noturno e nas folgas do trabalho, pensamos que o tempo de seu cumprimento deve ser levado à conta da detração da pena, como se tratasse de verdadeira prisão provisória, nos termos, portanto, do art. 42, do Código Penal*".([6])

E, se não há dúvidas da possibilidade de incidência do instituto da detração aos casos de recolhimento domiciliar, inquietudes permanecem no que diz respeito ao *quantum* de desconto: opera-se a compensação equivalente ao número de dias em que houve o cerceamento da liberdade ou ao número de horas devidamente recolhidas domiciliarmente?

Paulo Rangel, ao dispor sobre a possibilidade de detração no que tange a esta medida de extrema gravidade à liberdade de locomoção, assevera, com acerto, que "*se o magistrado determina que o preso permaneça recolhido domiciliarmente entre 22h00 a 06h00, de segunda a sexta-feira, e nos finais de semana e feriados de 00h00 às 06h00 e essa limitação dura o tempo de x*

meses, totalizando três meses de cerceamento à sua liberdade, deve esse tempo ser detraído de sua sanção penal definitiva, sob pena de grave violação ao princípio da individualização da pena". [7]

Em nosso sentir, a solução para problemática pode ser resolvida a partir da aplicação das regras que tratam do regime aberto. O art. 36, § 1.º, do Código Penal dispõe que o apenado – que deve trabalhar, frequentar curso ou outra atividade autorizada – deverá recolher-se durante o período noturno e nos dias de folga. Veja-se, portanto, que o tratamento penal previsto é idêntico, quer estejamos tratando de medida cautelar, quer de pena e seu regime de cumprimento. Logo, não havendo previsão que discipline expressamente sobre horas de cumprimento do recolhimento noturno – seja domiciliar, seja em albergue, como há, por exemplo, no caso de cumprimento de pena restritiva de direitos de prestação de serviço à comunidade –, deve-se considerar, para efeitos de desconto na pena, o período de tempo de "dias", e não de "horas", em que ocorreu a restrição da liberdade.

No que diz respeito à cautelar de monitoração eletrônica do art. 319, inciso IX, do Código de Processo Penal, verifica-se, para além da discussão sobre a legitimidade do curioso e intrusivo olho vigiador do Estado, que "a possibilidade de vigilância ininterrupta serve como tutela para risco de fuga e a prática de novas infrações. Ao permitir o permanente controle sob a circulação do acusado, também serve de útil instrumento para dar eficácia às demais medidas cautelares diversas", como anota **Aury Lopes Júnior**. [8]

As finalidades a que se propõe não deixam margem para divergências quanto à possibilidade desta medida, uma vez imposta, ser compensada em futura sentença condenatória, independentemente de ser medida isolada ou cumulada com outra restritiva de mesma espécie. Além da indiscutível finalidade cautelar, sua essência demonstra a natureza inerente de restrição antecipada da liberdade, pois, em havendo monitoramento, a única certeza que se tem é a de que o indivíduo não goza de liberdade plena e absoluta, eis que permanentemente monitorado pelo Estado.

Concluindo, é visível que a sistemática trazida pela Lei 12.403/2011 foi salutar, na medida em que objetiva reduzir os drásticos efeitos negativos gerados àqueles que são encarcerados provisoriamente. Todavia, a ausência de previsão quanto à possibilidade ou não de compensação na pena de prisão aplicada, do período que o condenado restou submetido a tais medidas alternativas, conduz à necessidade de imediata reflexão e providências no tratamento da detração penal, sobretudo com a aplicação do instituto de forma favorável ao réu condenado.

Notas

[1] *Prisão, liberdade e cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 101.

[2] Sentença proferida em 03.11.2015 pelo Exmo. Juiz Federal 13.ª Vara Federal de Curitiba/PR, nos autos da Ação Penal 5083401-18.2014.4.04.7000/PR.

[3] *Tratado de direito penal: Parte geral*. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1, p. 635.

[4] *Tratado de direito penal brasileiro: Parte geral – Consequências jurídicas do delito*. São Paulo: RT, 2014. v. 3, p. 154.

[5] Medidas cautelares alternativas à prisão – Comentários aos artigos 319-350 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: GOMES FILHO, Antonio Magalhães [et al.]. *Medidas cautelares no processo penal: Prisões e suas alternativas – Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: RT, 2011. p. 207.

[6] *Curso de processo penal*. 18. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 512.

[7] *Direito processual penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 914.

[8] *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 880-881.

Camile Eltz de Lima
Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS.
Professora de Direito Penal no CESUCA.
Advogada e Conselheira Estadual da OAB/RS