



DETRAÇÃO DA PENA CONDENATÓRIA NA HIPÓTESE DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

DETRACTION OF THE CONDEMNATIONAL PENALTY IN THE EVENT OF APPLICATION OF PRECAUTIONARY MEASURES OTHER THAN PRISON

Larissa Andreatta¹

¹Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Espírito Santo – UNESC.

RESUMO

O presente artigo visa conduzir o leitor a uma reflexão sobre as possibilidades de incidência da detração penal nas medidas cautelares alternativas previstas no artigo 319 e 320 do Código de Processo Penal, incluídas com advento da Lei 12.403/2011, apresentando, como principal problemática para a apreciação da detração no caso delineado, a ausência de previsão legal. Para tanto, foi realizado um estudo tendo como parâmetro as jurisprudências vigentes e posicionamentos doutrinários que abordam entendimentos sobre o tema, dando-nos a oportunidade de compreender as correntes existentes. Colocou-se em debate a aplicação do princípio *in bonam partem* para que se incida a detração no caso em apreço, bem como apresentaram-se os casos concretos que versaram sobre a presente discussão, para demonstrar que a reflexão proposta já foi matéria repercutida no meio jurídico. Com a análise a que se propõe, é sugerida uma forma de preencher a lacuna que a lei ostenta quanto à aplicação de detração, apresentando uma hipótese de cálculo para cada medida cautelar prevista nos artigos 319 e 320, do CPP.

Palavras-Chave: Detração, medidas, cautelares, princípio, analogia.

ABSTRACT

This article aims to lead the reader to a reflection on the possibilities of incidence of criminal detraction in the alternative precautionary measures provided in article 319 and 320 of the Criminal Procedure Code, included with the advent of Law 12.403/2011, presenting, as the main problem for the appreciation of the detraction in the case outlined, the absence of legal provision. To this end, a study was carried out having as a parameter the current jurisprudence and doctrinal positions that address understandings on the subject, giving us the opportunity to understand the existing currents. The application of the *in bonam partem* principle was debated so that the detraction in the present case could be applied, as well as the specific cases that dealt with the present discussion were presented, to demonstrate that the proposed reflection has already been reflected in the legal field. With the analysis proposed, it is suggested a way to fill the gap that the law has regarding the application of detraction, presenting a calculation hypothesis for each precautionary measure provided for, in articles 319 and 320 of the CPP.

Keywords: Detraction, measures, precautionary, principle, analogy.



Autor correspondente: lariandreatta@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

A detração penal, em síntese, é um instituto que visa trazer um benefício ao réu que é preso no curso da ação penal, deduzindo na pena condenatória o tempo de prisão cautelar. Mas, quando a discussão é sobre aplicação desse instituto ao indiciado que cumpriu medidas cautelares diversas da prisão, previstas nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal, torna-se um assunto delicado.

O principal problema para que as medidas cautelares alternativas sejam também consideradas parâmetros para detração da pena condenatória é a ausência de previsão legal, sendo apresentado pelo legislador somente hipóteses de computação da pena quando aplicadas durante o processo a prisão provisória, administrativa ou quando o indiciado é internado. Porém, se torna pertinente o estudo do tema, visto que há casuísticas jurisprudenciais que já possibilitaram a detração da pena condenatória quando, durante o processo, houve aplicação de medida cautelar alternativa, como também há doutrinadores que defendem a possibilidade de detração levando em consideração o princípio da analogia *in bonam partem*, que permite que tal hipótese seja plausível.

Diante disso, objetiva-se analisar, ao longo deste artigo, quais são as hipóteses de aplicação da detração no caso delineado, apresentar os posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários quanto a este instituto, bem como identificar as controvérsias existentes pelos juristas sobre o tema e, por fim, propor cálculos de detração em caso de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, visando cobrir a lacuna existente na lei. Para desdobramento do tema, esta pesquisa foi realizada de forma bibliográfica baseada em leis, artigos científicos publicados, livros doutrinários e *sites* dos Órgãos Oficiais.

A realização desta pesquisa se justifica por ser frequente a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, pelo magistrado, e, por algumas trazerem certa restrição à liberdade do acusado, entende-se ser cabível a apreciação de detração. Desta forma, o estudo está voltado a buscar posições doutrinárias e julgados que estão contíguos ao que se requer demonstrar, para formar o convencimento de que a hipótese de detração defendida é um direito do acusado.

2. DETRAÇÃO PENAL E AS NOVAS MEDIDAS CAUTELARES

O instituto da Detração Penal, tratado na parte geral do exemplar Código Penal Brasileiro, nada mais é do que o abatimento na pena condenatória do tempo de prisão provisória, prisão administrativa ou de internação, quando o réu é recolhido em hospital de custódia ou outro estabelecimento adequado durante o processo, em sede de Juízo brasileiro ou estrangeiro (CAPEZ, 2019).

Este conceito corrobora o que preleciona o artigo 42 do Código Penal: “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” (BRASIL, 2020, p.161).

Vale ressaltar que essas medidas acautelatórias, citadas no artigo 42 do Código Penal (BRASIL, 2020), são decretadas pelo juiz da ação quando se torna realmente necessário, visando assegurar o devido trâmite do processo, a ordem social, a aplicação da lei, dentre outros fundamentos que formam o convencimento do magistrado.

Greco (2017) afirma que é muito comum que o agente venha a ser preso de forma cautelar durante o trâmite do processo e diante deste fato “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” (GRECO, 2017, p. 709).

A função da detração, portanto, é evitar que o apenado fique preso mais tempo do que é determinado na sentença condenatória, descontando-se o tempo cumprido como prisão provisória. Vale lembrar que a prisão cautelar deve ser utilizada apenas como instrumento de auxílio jurisdicional e de forma alguma como uma punição, pois cabe à sentença determinar a punição, se cabível (CAPEZ, 2019, p. 711).

Neste ditame, vimos que é restrito o rol de possibilidades que a detração abrange expressamente e, com o advento das novas medidas cautelares, surgiram discussões pertinentes sobre a falta de aplicação desse instituto, tendo como parâmetro o tempo em que o apenado foi submetido a essas medidas diversas da prisão. Pois bem, as medidas cautelares mencionadas estão previstas no artigo 319 e 320 do Código de Processo Penal, sendo elas:

Art. 319. I - comparecimento periódico em juízo [...]; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares [...]; III - proibição de manter contato com pessoa determinada [...]; IV - proibição de ausentar-se da Comarca [...]; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga [...]; VI - suspensão do exercício de função pública [...]; VII - internação provisória do acusado [...]; VIII - fiança [...]; IX - monitoração eletrônica.

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País [...] (BRASIL, 2020, p. 285).

Estas foram instituídas pela Lei 12.403/2011, que modificou o Código de Processo Penal (BRASIL, 2020), criadas pelo legislador com intuito principal de evitar a decretação, durante o processo, de medida cautelar mais gravosa, qual seja, o cárcere em penitenciária. Entretanto, não trouxe consigo expressa previsão legal de hipótese de aplicação da detração quando estas forem decretadas pelo magistrado (CAPEZ, 2019).

Esclarecemos que a redação dada pelo artigo 42 do Código Penal, que disciplina o instituto da detração penal, foi incluído em 1941 com a promulgação do Código, não prevendo a possibilidade de detração da pena em caso de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão e não sofreu modificações com o surgimento dessas. Entretanto, ao observarmos as medidas alternativas podemos concluir que estas também preveem restrições à liberdade, umas mais gravosas e prejudiciais que outras e, diante disso, entende-se que deve ser estudada a hipótese de detração quando o caso concreto trouxer medida cautelar que mereça essa apreciação (NUCCI, 2014).

Capez (2019), por sua vez, seguindo um raciocínio literal, destaca que, pela mera leitura do dispositivo legal, que aduz a detração penal, é evidente a interpretação de que a detração somente será utilizada na pena condenatória para abater o tempo de prisão cautelar cumprida durante o processo, sendo omissa quanto a empregar este instituto para computar na pena as medidas cautelares diversas da prisão.

Sendo assim, a possibilidade de instituir a detração da pena, tendo como parâmetro o cumprimento, durante o processo, de medidas cautelares previstas no artigo 319 e 320 do CPP, a princípio não é esperançosa e um tanto questionável, levando-se em consideração a falta de previsão legal. Nesse sentido, esclarece Capez (2019):

[...] 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 acatelasórias de natureza diversa (CAPEZ, 2019, p. 714).

Nessa mesma perspectiva, Masson (2016) reafirma o apontamento dado por Capez (2019), seguindo a literalidade da lei e acrescentando ainda que a única possibilidade de detração em sede de medidas cautelares diversas da prisão que parece viável, na sua opinião, é a previsão do inciso VII do artigo 319 do Código de Processo Penal, qual seja, a internação provisória, devido a severa restrição que essa medida impõe, não enxergando, entretanto, a possibilidade para as demais hipóteses.

Contudo, ao destrincharmos a discussão observando as questões principio lógicas, posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, será possível visualizar outras maneiras para aplicação da detração além daquelas que a lei prevê.

3. PRINCÍPIO DA ANALOGIA *IN BONAM PARTEM* E ADEQUAÇÃO DA DETRAÇÃO NAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

Inicialmente, insta importante esclarecer o instituto da analogia. Greco (2017) é categórico ao definir a situação de aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição legal pertinente a um caso similar, ressaltando que no direito penal o uso da analogia será possível apenas para aqueles casos em que beneficiem o réu e nunca para o prejudica-lo, ou seja, trata-se da analogia *in bonam partem*.

Em outras palavras, a “analogia *in bonam partem*, é aquela pela qual se aplica ao caso omissis uma lei favorável ao réu, reguladora de caso semelhante” (MASSON, 2016, p. 179). Nesse contexto, se explica a existência da analogia no direito penal por razões de justiça, em que exige a aplicação de igual tratamento para fatos similares, com fundamento na expressão em latim “*ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*” (MASSON, 2016, p. 178), em sua tradução “onde existe a mesma razão, aí se aplica o mesmo dispositivo legal”.

A função da analogia, portanto, é a auto integração, método em que uma lei completa outra que apresenta certa omissão legal, tendo por finalidade suprir a lacuna existente. Desta forma, esse mecanismo é utilizado para que o ordenamento jurídico se mantenha sem falhas e completo, mas se atentando que, para haver a aplicação da analogia, a norma que será utilizada como base analógica e a norma

que apresenta a lacuna devem ter a mesma *ratio*, ou seja, semelhança em sua razão de direito (REALE, 2002).

Outrossim, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 2020), regido pelo Decreto-Lei nº 4.657/42, traz, em seu artigo 4º, a previsão da aplicação da analogia ao ordenamento brasileiro, sendo claro em impor a apreciação deste instituto, bem como dos princípios e costumes, quando o magistrado se deparar com a omissão legal. Vejamos a redação dada pelo dispositivo: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (BRASIL, 2020, p. 686).

Desta forma, está estatuído por previsão legal que a apreciação da analogia deve ser considerada pelos magistrados no caso concreto quando provocados, de maneira a evitar, no direito penal, o sentimento de injustiça quando se está diante de aplicação de um determinado benefício a um caso em que a lei prevê expressamente sua decretação e em outra situação semelhante que, no entanto, apresenta omissão legal e não é considerado. Assim, Masson (2016, p.178) afirma de forma clara que “a lei pode ter lacunas, mas não o ordenamento jurídico”.

Nesta perspectiva, ressaltamos o caso em discussão da omissão legal existente quanto à aplicação da detração, utilizando o tempo em que o agente ficou submetido às medidas cautelares diversas da prisão, previstas nos artigos 319 e 320 do CPP, e podemos tirar a conclusão de que “[...] 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 que amplie a abrangência do instituto para além da prisão” (BOTTINI, 2013, p.9).

Assim também defende Nucci (2014), em dizer que há medidas cautelares que merecem apreciação para eventual cabimento do instituto, levando em consideração o grau de privatização dos direitos constitucionalmente garantidos que cada medida restringe e que a decretação destas, apesar de serem menos severas que a prisão provisória, também dizem respeito ao cumprimento prévio de uma eventual condenação que sobrevir e que, portanto, merecem a aplicação de analogia *in bonam partem*.

Corroborando o presente raciocínio, Cunha e Pinto (2017) apresentam uma hipótese, a título de exemplo, a fim de evidenciar que é possível visualizar

circunstâncias práticas em que a imposição das aludidas medidas cautelares fará jus à apreciação da detração. Vejamos o caso hipotético citado pelos doutrinadores:

[...] Suponha-se, [...] que como medida diversa da prisão, tenha lhe sido imposta a proibição de frequentar determinados lugares (art. 319, inc. II). Condenado recebe uma pena restritiva de direitos, consiste exatamente na 'proibição de frequentar determinados lugares', nos termos do art. 47, inc. IV do Código Penal. Aqui, então, merecerá o favor legal da detração (CUNHA; PINTO, 2017, p. 871).

Na hipótese delineada pelos doutrinadores, o agente já tinha cumprido como medida cautelar a condenação que sobreveio. Neste caso, portanto, deve ser considerada a detração, em apreço ao princípio da analogia *in bonam partem*, visto que, nos demais casos em que o abatimento da pena é considerado, há identidade entre a medida cautelar imposta e a condenação determinada em sentença, sendo deduzido o tempo integral cumprido como cautelar, exemplo de decretação de prisão provisória e posteriormente detração do tempo cumprido como cautelar na pena privativa de liberdade. Ora, no caso hipotético apresentado por Cunha e Pinto (2017) há também identidade entre a medida cautelar e a condenação. Então aqui também merecerá a detração. No mesmo sentido, Nucci (2014) acrescenta:

[...] não se pode compensar com a pena privativa de liberdade, aplicada na sentença, toda e qualquer medida cautelar alternativa, pois seria despropositado. Imagine-se a imposição de não se ausentar 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. Note-se que a condenação a dois anos de privação de liberdade é totalmente diversa da restrição de ir e vir aplicada como cautelar. **Por outro lado, se a medida consistir em não frequentar 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* (NUCCI, 2014, p. 652, grifo nosso).**

Certamente a Lei 12.403/2011, que criou a redação dada ao artigo 319 e 320 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2020), não se preocupou em prever a ocorrência desse tipo de situação no qual faria jus a aplicação da detração, embora se assemelhe aos demais casos que o instituto é aplicado, em que se busca abater na pena imposta na sentença o tempo cumprido como medida cautelar.

Resta demonstrada a lacuna no ordenamento jurídico quanto à aplicação da detração ao condenado que é submetido às medidas cautelares previstas no artigo 319 e 320 do CPP. Levando-se em consideração que o legislador não proibiu nem deliberou sobre o instituto nessa temática, entende-se que essa omissão deve ser

suprida com a utilização do princípio da analogia *in bonam partem*, visto que é o mecanismo jurídico ideal para resolver a problemática que fora apresentada (SANT'ANA, 2014).

Portanto, nessa hipótese o magistrado, no caso concreto, deve analisar a medida cautelar que foi imposta, aplicada individualmente ou cumulativa, e determinar a detração da pena condenatória com amparo na analogia, sendo a tese defendida por Silva (2014) ao demonstrar 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). Assim, por exemplo, possui similitude com a prisão provisória a nova medida cautelar de recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalhos fixos (art. 319, inciso V, do CPP), podendo o juiz levá-la em consideração quando do cálculo das penas a serem cumpridas (SILVA, 2014, p. 01-02).

Esclarecido que é plena e indiscutível a possibilidade da aplicação da analogia *in bonam partem* no cenário apresentado, resta moldar como será empregado o cálculo de detração para cada hipótese de decretação das medidas cautelares alternativas. Sopesando o grau de restrição à liberdade que cada uma possui e construindo entendimentos pela doutrina e jurisprudência, é possível desenvolver um método adequado de detração.

4. MODO DE INCIDÊNCIA DA DETRAÇÃO NAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

Compreendido que subsiste a possibilidade de ser reconhecida a detração em relação ao tempo cumprido como medida cautelar diversa da prisão, resta determinar o modo pelo qual será computado esse período na pena e quais hipóteses merecem a apreciação, já que a Lei 12.403/2011 não dispôs sobre o instituto nem o proibiu de ser aplicado (SANT'ANA, 2014).

Pois bem, já fora demonstrado que uma das hipóteses que deve ser considerada na detração é quando houver absoluta identidade entre a medida cautelar decretada e a pena imposta na sentença. Nesse caso, portanto, deve ser considerado o tempo integral cumprido como medida cautelar para fins de dedução na pena arbitrada, teoria esta defendida por Cunha e Pinto (2017) e corroborada por Jesus (2012):

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 frequência 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) (JESUS, 2012, p. 212).

Vejamos agora uma medida cautelar diversa da prisão em específico que é matéria de grande discussão, qual seja, a prevista no inciso V do artigo 319 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2020), que versa sobre o recolhimento domiciliar. Compreende medida imposta durante o processo, que restringe a liberdade no período noturno e nos dias de folga, tendo o réu obrigação de se manter em sua residência.

Negrini (2019) defende ser a mencionada medida cautelar semelhante em suas restrições à medida de prisão domiciliar, previsto no artigo 317 do CPP, compreendendo também a imposição, na fase processual, de restrição da liberdade, não podendo se ausentar da residência, nesse caso, durante as 24 horas do dia, como também a prisão domiciliar prevista no artigo 117 da LEP, essa imposta na execução. Ressalta que a principal diferença é quanto à aplicação do instituto da detração penal, levando em consideração que na prisão domiciliar o instituto é cabível, porém, no recolhimento domiciliar essa não é expressamente considerada.

Diante disso, traz questionamentos relevantes frente à inaplicação da detração no caso estatuído pelo artigo 319, V, do CPP, ressaltando que o cerceamento da liberdade é efetivado em ambas hipóteses e, portanto, não há plausibilidade em desconsiderar a detração quando decretada pelo magistrado da ação a medida de recolhimento domiciliar noturno. Vejamos:

Fato é que ao menos no caso do art. 319, V do CPP aplicado isolada ou cumulativamente o réu estava na realidade cumprindo basicamente as mesmas condições de um réu que está em prisão cautelar domiciliar ou de um condenado que cumpre pena em regime domiciliar.

Portanto, é evidente que diante de um incidente na execução penal com pedido de reconhecimento de detração quando aplicadas medidas cautelares diversas da prisão no curso do processo, o juiz deve considerar o tempo de vigência da medida cautelar que impôs limitação à liberdade do condenado [...] (NEGRINI, 2019, p. 14).

Isto posto, o que se propõe é a aplicação do princípio da analogia *in bonam partem* para que, na hipótese de decretação do recolhimento domiciliar noturno, seja aplicada a detração assim como na prisão domiciliar, prevista nos artigos 317 do

CPP e 117 da LEP, diante da semelhança existente entre ambas em comprometerem o *status libertatis* (NEGRINI,2019).

Salim e Azevedo (2017) também mencionam, de forma exemplificativa, que, em caso de aplicação de medida cautelar de recolhimento domiciliar, o tempo cumprido deve ser detraído em sua integralidade na pena a ser cumprida em regime aberto. Vale registrar seu entendimento:

A Lei no 12.403/11, que criou novas medidas cautelares diversas da prisão, não tratou acerca da detração em relação às medidas cautelares. Entretanto, entendemos ser possível em algumas hipóteses, até porque as medidas cautelares restringem a liberdade, mesmo que com graus de intensidade distintos. Poderia, por exemplo, haver detração entre o recolhimento domiciliar (art. 319, V, do CPP) com a pena a ser cumprida no regime aberto (SALIM; AZEVEDO, 2017, p. 427).

Nessa acepção, o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL – STJ, 2020). também formou seu entendimento quando o assunto é a medida cautelar de recolhimento domiciliar, reconhecendo, por meio do HC 380.369/DF julgado em 2017 pelo Ministro Ribeiro Dantas, a possibilidade de detração da pena quando aplicada medida cautelar prevista no art. 319, V, CPP, por cercear a liberdade do apenado:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO. RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO. DETRAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Inexiste previsão legal para o cômputo do período de cumprimento de medidas cautelares alternativas à prisão (art. 319, CPP) para fins de detração da pena, cujas hipóteses estão elencadas no artigo 42, do CP. **Entretanto, o período de recolhimento noturno, por comprometer o *status libertatis* do acusado, deve ser reconhecido como período detraído, em homenagem ao princípio da proporcionalidade e em apreço ao princípio do *non bis in idem*.** 2. Habeas corpus não conhecido, mas concedido de ofício para restabelecer a decisão do Juízo da Vara de Execuções Penais do DF, que deferiu o pedido apresentado pela defesa do paciente para que o período de cumprimento da medida cautelar de recolhimento noturno fosse computado para fins de detração da pena (HC n. 380.369/DF, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 27/09/2017, grifo nosso). (BRASIL – STJ, 2020).

A partir desse precedente, o STJ deu abertura à possibilidade de se abater na pena o tempo de cumprimento da medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno e, desde então, vem entendendo no mesmo sentido, conforme a ementa do HC 466.586/RS julgado em 27/11/2018 pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca e o HC 496.049/MG julgado em 20/05/2019 pelo Ministro Felix Fischer (BRASIL – STJ, 2020).

A medida cautelar de recolhimento domiciliar tornou-se, portanto, uma hipótese de detração que deve ser considerada de maneira a deduzir na pena o tempo integral que foi cumprido pelo réu, seja por analogia *in bonam partem* frente à semelhança com a prisão domiciliar, como abordado por Negrini (2019), ou em caso de imposição de pena em regime aberto, defendido por Salim e Azevedo (2017), ou ainda por simplesmente comprometer o *status libertatis*, conforme entendimento do STJ (BRASIL – STJ, 2020).

Quanto às demais medidas cautelares diversas da prisão, a única que possui entendimento harmônico entre os doutrinadores Capez (2019), Masson (2016), Nucci (2014), Salim e Azevedo (2017), Cunha e Pinto (2017) em reconhecer a detração é a hipótese delineada pelo inciso VII do artigo 319 do CPP, que compreende a internação provisória, medida que restringe totalmente o *status libertatis*, hipótese esta que deve ser deduzida na pena o tempo integral em que o réu ficou internado.

O STJ por meio do REsp 1.630.759/MG, julgado pelo ministro Sebastião Reis Júnior, entendeu no mesmo sentido, julgando o seguinte: “[...] com fulcro no art. 34 do RISTJ e no disposto na Súmula 568/STJ, dou parcial provimento ao recurso especial para considerar como pena cumprida (detração) o tempo em que a ora recorrente permaneceu internada em clínica privada para tratamento [...]” (BRASIL – STJ, 2020).

Agora, uma medida cautelar, que, segundo Silva (2011), não há que se falar em detração, é a hipótese de fiança, incluída no artigo 319, inciso VIII, do CPP, pois seria inconveniente exigir o abatimento da pena, uma vez que esta não traz restrição à liberdade e não pode ser equiparada com a prisão provisória.

Diante do exposto, é possível deduzir que os casos de medidas cautelares distintas da prisão que a doutrina pátria e jurisprudência têm enxergado como possíveis de serem aplicadas à detração, nas hipóteses de sentença atribuindo pena restritiva de direitos de igual teor da medida cautelar anteriormente imposta, e no caso de aplicação das medidas cautelares de recolhimento domiciliar noturno e de internação provisória. Porém, salienta-se que não só essas medidas merecem apreço ao cabimento de detração, visto que as demais também cerceiam a liberdade do acusado ao menos parcialmente, ressalvada a hipótese de fiança. O

que se requer, por fim, é o preenchimento da lacuna que a lei manifesta (SILVA, 2011).

Desse modo, Bottini (2013) salienta que se procura uma forma de detração a ser inserida pelo legislador. Claro que, em algumas das medidas cautelares do rol do artigo 319 e 320 do CPP, o tempo a ser descontado na pena condenatória não poderá ser igual ao período cumprido como medida cautelar, mas é possível construir com entendimento jurisprudencial e doutrinário uma forma de abater proporcionalmente na pena aplicada na condenação (BOTTINI, 2013).

Assim, para dirimir o problema apresentado, Silva (2011) se posiciona no seguinte sentido:

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 (SILVA, 2011, p. 02).

Através desse posicionamento, é sugerida pelo autor uma forma de dedução proporcional da pena, levando-se em consideração o grau de severidade da medida cautelar alternativa imposta.

Assim, vejamos o cálculo de detração penal proposto:

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 frequência 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 atividades econômica ou financeira	30	10
Internação provisória	Tempo integral	Tempo integral
Monitoração eletrônica	30	15
Proibição de ausência do país	30	02

Quadro 1: Cálculo de detração penal proposto

Fonte: Silva, 2011, p. 02-03.

Silva (2011) ainda explica que, em sendo hipótese de decretação cumulativa das medidas cautelares pelo juiz, conforme admitido pelo artigo 282, §1º, do CPP, deverá ser realizada a soma do tempo a ser detraído. Dessa maneira, seria o período cumprido das medidas cautelares que possuem natureza restritiva à liberdade aproveitadas no momento da execução penal.

É certo que se o legislador agregasse à lei a forma de detração apresentada por Silva (2011), seria uma ótima possibilidade de cobrir a lacuna que esta possui e inibir as divergências no âmbito jurídico. No entanto, enquanto não é considerado o mecanismo legal sugerido, devem ser seguidos os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários que surgiram a partir da problemática sobre a detração em medidas cautelares alternativas já apresentadas, para que sejam base para resolução nos casos concretos da atualidade.

CONCLUSÃO

No decorrer da presente análise, destaca-se a função e importância do instituto da detração, que tem o escopo de abater na pena o tempo cumprido como medida cautelar e apresentou-se o problema que surgiu com o advento da Lei 12.403/2011 em não mencionar a aplicação do instituto supracitado em relação às medidas cautelares diversas da prisão, regidas pelos artigos 319 e 320 do CPP, motivando a formação de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais a fim de cobrir a lacuna na legislação.

Vimos que parte da doutrina se manteve rígida em defender que o instituto não é aplicável às medidas cautelares previstas nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal, mas, amadurecendo a ideia, contempla-se que é possível e justo que seja admitida a dedução na pena do tempo em que o acusado ficou submetido às mencionadas medidas cautelares em respeito ao princípio da analogia *in bonam partem* que, em síntese, visa à aplicação de um benefício previsto em lei a um caso similar.

A tese sobre a analogia *in bonam partem* apresentada é adotada por diversos doutrinadores e autores de artigos científicos, como demonstrado ao longo deste artigo, e orienta como medida adequada a resolver o problema desenvolvido pela lacuna da Lei 12.403/2011, visto que restam comprovadas situações de aplicação das medidas cautelares alternativas que, no caso concreto, justificam o cabimento da detração, como nos demais casos em que é expressamente considerada.

Ademais, a hipótese de detração no caso delineado se torna mais pertinente ainda quando se observa a posição jurisprudencial construída pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL – STJ, 2020), que delibera sobre dois casos específicos, quais sejam, recolhimento domiciliar (art. 319, V) e internação provisória (art. 319, VII),

evidenciando que atualmente são as medidas que tendem a ser acolhidas mais facilmente como parâmetro para a detração.

Mas, para dirimir toda a divergência, o ideal seria o preenchimento da lacuna existente na legislação incorporando uma forma de detração proporcional, conforme a medida cautelar que fosse imposta, como demonstrado e proposto em um exemplo de como deve ser feito esse cálculo.

Assim, o problema apresentado pode ser superado, levando-se em consideração a questão princípio lógica que pode ser aplicada ao caso esboçado, ou mediante elaboração de um sistema proporcional de detração na pena do acusado submetido às medidas cautelares diversas da prisão.

Cumprido ressaltar que é relevante que o tema seja discutido e resolvido, quanto antes, conforme as ponderações propostas, por ser comum na prática forense a aplicação dessas medidas, sem, no entanto, a apreciação pelo magistrado da detração, por persistir a lacuna na lei. Portanto, é de suma importância que a forma de resolução sugerida ou as demais que já foram expostas por outros autores desde a publicação da Lei 12.403/2011 sejam apreciadas, a fim de dirimir essa questão.

REFERÊNCIAS

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas Cautelares Penais (Lei 12.403/11) Novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. **Revista Eletrônica de Direito Penal**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, jun. 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7152>> Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Vade Mecum Penal. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade Mecum Penal. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

BRASIL. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Vade Mecum Penal. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. **Início**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>> Acesso em: 27 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Habeas Corpus 380.369/DF. Relator: Ribeiro Dantas – Quinta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 27 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Habeas Corpus 466.586/RS. Relator: Reynaldo Soares da Fonseca – Decisão monocrática. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 03 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 496.049/MG. Relator: Felix Fischer – Quinta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 20 mai. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.630.759/MG. Relator: Sebastião Reis Júnior – Decisão monocrática. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 18 nov. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Código de processo penal e lei de execução penal comentados por artigos**. Salvador: Juspodivm, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

JESUS, Damásio de. **Direito penal anotado**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

NEGRINI, Bárbara. Detração da pena no caso de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. *Revista Juris UniToledo*, v. 4, n. 1, jan./mar. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André de. **Direito penal: parte geral**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

SANT'ANA, Raquel Mazzuco. **A compensação das medidas cautelares diversas da prisão na aplicação e na execução da pena**. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, UFSC, 2014.

SILVA, Amaury. Detração penal e medidas cautelares previstas na Lei nº 12.403/2011. **Revista Jus Navigandi**, v.1, n. 2946, 26 jul., 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19633>>. Acesso em: 9 mar. 2020.

SILVA, César Dario Mariano da. **A nova disciplina da detração penal**. 25/11/2014. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/547-a-nova-disciplina-da-detacao-penal.html>> Acesso em: 21 maio 2020.