

## **TESE INSTITUCIONAL 06**

**Súmula:** A aplicação de medidas cautelares diversas da prisão no curso do processo penal dá ao réu o direito de detração do tempo de cumprimento dessas medidas, independente de qual seja a pena aplicada. (I Encontro Estadual – 2017)

**Proponente:** Dr. Nicholas Moura e Silva

**Assunto:** Processo penal; execução penal; medidas cautelares diversas da prisão; possibilidade de detração do tempo de submissão

### **Fundamentação jurídica:**

Podemos dividir as medidas cautelares aplicáveis no processo penal em dois grandes grupos: as cautelares reais e as pessoais. Enquanto as cautelares reais visam resguardar um possível ressarcimento econômico à vítima e por isso incidem no patrimônio do acusado, as medidas cautelares pessoais visam restringir, de alguma forma, a liberdade do réu, incidindo, assim, diretamente sob o seu corpo.

Ainda no tocante às medidas cautelares pessoais, elas se dividem, novamente, em dois grupos: as prisões e as cautelares diversas da prisão. As prisões, que podem ser em flagrante, temporária ou preventiva, aplicam limitação total à liberdade de ir e vir do acusado, sendo verdadeiramente a aplicação antecipada do objetivo final do processo penal. Por outro lado, as medidas cautelares diversas da prisão realizam restrição parcial da liberdade de ir e vir do réu, e estão listadas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

É livre de dúvidas que as prisões, quando decretadas no curso do processo penal (aqui entendido desde o procedimento inquisitorial, até o processo propriamente dito) dão ao acusado o direito de ver o tempo que cumpriram de prisão provisória detraído do tempo total da condenação. Esse direito é previsto no artigo 42 do Código Penal.

A questão aqui colocada fica em torno da aplicação do instituto da detração quando o réu é submetido a medidas cautelares diversas da prisão no curso do seu processo criminal.

Ora, primeiramente, é certo que as medidas cautelares diversas da prisão representam efetivamente restrição na liberdade de ir e vir do acusado. Pode não ser uma restrição total, como na prisão, mas é uma forma de restrição que varia conforme a medida, podendo até se equiparar à prisão, por exemplo, nos casos de monitoração eletrônica.

A detração é um instituto que visa trazer uma compensação ao acusado. Isso porque, considerando que o mesmo é presumidamente inocente até o trânsito em julgado do processo criminal (artigo 5º, LVII da Constituição Federal), ninguém poderia

então receber qualquer sanção corporal até esse momento. Porém, lhe sendo aplicado uma restrição na sua liberdade, certamente todo o tempo que fora submetido à restrição deverá ser compensado da decisão final.

Nesse diapasão, independe a carga da restrição da liberdade. Sendo uma restrição total (prisão) ou parcial (medidas cautelares diversas da prisão) é certo que houve uma restrição, mesmo em contrário à presunção de inocência, e por isso deverá haver a compensação, chamada de detração pela lei penal.

Vale lembrar que as medidas cautelares diversas da prisão são, em muitas vezes, as mesmas restrições impostas na pena privativa de liberdade. O recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga, por exemplo, é equiparado ao recolhimento domiciliar do regime aberto (artigo 117 da Lei de Execuções Penais), bem como é semelhante ao próprio regime aberto utilizado na prática, quando não há casa do albergado. Ainda a título de exemplo, outras medidas cautelares, como a proibição de ausentar-se da comarca e o comparecimento em juízo, são igualmente condições do regime aberto, conforme artigo 115, incisos III e IV, respectivamente, da Lei de Execuções Penais.

Assim, livre de dúvidas do caráter limitador da liberdade, presente também nas medidas cautelares penais diversas da prisão. É a incidência cautelar de uma limitação corporal que torna imperioso a posterior detração.

Vale dizer que a detração da pena imposta com o tempo cumprido de medida cautelar pessoal independe de qual a pena e regime imposto na sentença condenatória. O direito à detração decorre da compensação com o fato de ter sido imposto ao réu medidas restritivas à sua liberdade no curso de um processo, sendo indiferente se a medida foi mais ou menos rigorosa que a sanção final.

Dois fundamentos sustentam essa afirmação: primeiramente, não é possível dizer, *a priori*, qual será o resultado final. Logo, não pode o acusado ser submetido a um juízo de sorte, no sentido de que, se “conseguir” uma pena mais branda terá direito a detração, caso contrário, não terá.

Ora, a compensação feita através da detração é de restrição da liberdade provisória com restrição da liberdade após o trânsito em julgado. A forma como ocorrerá essa restrição (qual regime aplicável, se haverá substituição da pena, quais as condições a serem cumpridas, etc) é juízo a ser feito de acordo com a individualização da pena, mas de toda sorte configura uma sanção corporal que age diretamente na liberdade da pessoa. É importante lembrar que a pena final sequer será estanque, sendo submetida a diversas mudanças no curso da execução.

Em segundo lugar, podemos nos valer da analogia. É indiscutível que o tempo de prisão preventiva (assemelhada ao regime fechado) será detraído da pena total, mesmo que o regime inicial seja aberto ou ocorra a substituição da pena privativa de

liberdade por restritivas de direito. Logo, o fato de se tratarem de restrições com cargas distintas não impede que a detração se opere.

E nem se diga que isso ocorre só porque a carga da restrição de liberdade provisória foi maior do que àquela aplicada ao final do processo. Ora, a própria lei penal admite a detração ainda quando ocorre o contrário, ou seja, a restrição provisória tem menor intensidade que a final: são os casos de tratamento ambulatorial aplicado no curso do processo que detrai-se o tempo da internação aplicada (regra expressa no final do artigo 42 do Código Penal); e o caso em que se cumpre pena restritiva de direito é detraído do total de pena privativa de liberdade em caso de se substituir a primeira pela segunda (artigo 44, §4º do mesmo diploma legislativo).

Assim, não agiu com acerto o Superior Tribunal de Justiça no recente julgamento (07/03/2017) do HC 380370/DF, de relatoria do Min. Felix Fischer, quando entendeu a detração do tempo cumprido de medida cautelar diversa da prisão só ocorreria se fosse demonstrada a equivalência material entre a medida cautelar e a sanção aplicada ao final do processo.

Em resumo, a detração a que se alude na presente tese decorre do simples fato de se compensar a restrição de liberdade cumprida no curso do processo com aquela aplicada ao final dele. As prisões, assim como as demais medidas cautelares pessoais, todas atuam na liberdade corporal do indivíduo e, por isso, possuem correlação entre si para justificar o abatimento.

#### **Fundamentação fática:**

Para além do aspecto formal já apresentado, a justificativa para a presente tese possui parâmetros práticos.

É inegável que a prática atual tem transformado a pena privativa de liberdade em regime aberto em uma espécie de prisão domiciliar. Isso só fez realçar o caráter limitador das medidas cautelares, já que o recolhimento domiciliar é expressamente uma medida cautelar diversa da prisão.

Ademais tem crescido a utilização do monitoramento eletrônico como substitutivo na execução penal ao recolhimento carcerário, demonstrando, mais uma vez, que as medidas cautelares diversas da prisão pertencem ao mesmo gênero que as prisões.

Aliado a tudo isso, vê-se com grande frequência a utilização desenfreada das medidas cautelares diversas da prisão. Na prática, observa-se que, ao analisar um flagrante, o juiz inevitavelmente decreta a prisão preventiva ou aplica medidas cautelares diversas da prisão.

Raros são os casos em que se verifica a soltura do flagranteado sem qualquer limitação a ser aplicada. Isso ocorre porque se utiliza as medidas cautelares diversas da

prisão como se fosse um “benefício” e não representasse qualquer prejuízo ao acusado, ao argumento de que “é melhor isso do que ficar preso”.

Ao mesmo tempo, os processos em que a pessoa responde em “liberdade”, somente com a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, não possuem qualquer prioridade de tramitação, estando na mesma vala que os processos em que o réu não tem qualquer medida cautelar contra si. Assim, esses processos demoram anos para findarem, e o acusado fica, todo esse tempo, submetido aquelas restrições na sua liberdade.

Assim, essa tese apresentada, além de representar a observância de um direito formal dos acusados, significa também aplicar a chamada 'análise crítica da aplicação de medidas cautelares', reclamando que: a) tais medidas sejam aplicadas somente quando realmente necessárias e não como mera contraposição à prisão preventiva; b) haja maior agilidade nos processos penais em que o réu esteja submetido a alguma medida cautelar.

#### **Sugestão de operacionalização:**

A fim de operacionalizar a presente teoria, há a atuação em dois momentos: no processo criminal e na execução penal.

Aos Defensores que atuam no processo penal de conhecimento, quando depararem com o caso de um réu que teve aplicada contra si medidas cautelares diversas da prisão e fora condenado, deve requerer ao juízo sentenciante a detração do tempo de cumprimento das cautelares. Entende-se que o melhor momento para tal pleito seria através da embargos de declaração após a sentença condenatória, obviamente, no caso de não ter sido já realizada a devida detração.

Também, para fins de minimizar os casos em que se passa despercebido, bem como naqueles casos em que o juiz possui o entendimento de não realizar nenhuma detração, deixando para essa ocorrer no juízo executório, caberá o aludido requerimento de detração ser formulado pelos Defensores Públicos que atuam na execução penal.

Assim, o melhor momento no processo de execução penal para verificar e requerer a detração seria quando do recebimento da guia de execuções penais. Ao ser intimado sobre a guia que instaura o processo ou apresenta nova condenação para fins de unificação/soma das penas, o Defensor poderá observar se houve cumprimento de medida cautelar diversa da prisão e se o respectivo período foi detraído, fazendo o pedido quando necessário.

Aqui, duas observações se fazem importante: primeiramente, é sabido que essa informação dificilmente é acompanhada, já que não consta na guia de execução e tampouco é documento normalmente apresentado. Assim, um primeiro passo seria o

Defensor requerer que seja o juízo condenatório oficiado para que apresente essa informação.

Um segundo ponto seria passar a incluir essa informação já nas guias, facilitando o trabalho. Para isso, importante uma atuação estratégica junto ao CNJ, para fins de alteração de resolução nº 113 (a qual estabelece informações obrigatórias a serem incluídas na guia de execução).

Para tanto sugere-se um pedido naquele órgão. O ideal seria que referido pedido fosse formulado por um Núcleo de Execução Penal. Na ausência, caberia ao Núcleo de Direitos Humanos o pleito, pela atribuição subsidiária, na forma do artigo 40, §3º da Lei Complementar 136/2011 – PR.