

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

DONIZETE DE ARRUDA GORDIANO

LIMITES TÉCNICO-JURÍDICOS DA DETRAÇÃO PENAL

**CURITIBA
2015**

DONIZETE DE ARRUDA GORDIANO

LIMITES TÉCNICO-JURÍDICOS DA DETRAÇÃO PENAL

Monografia de conclusão de curso apresentada como requisito parcial à obtenção do Título de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Professor Orientador: Prof. Dr. Paulo César Busato.

CURITIBA
2015

AGRADECIMENTOS

A Deus, que me tem dado força e sabedoria para vencer cada obstáculo da vida.

À minha família, pelo apoio e oportunidades concedidas.

Aos colegas de jornada, que acompanham de perto as alegrias e dissabores do dia a dia.

Ao professor Dr. Paulo César Busato, por todo apoio e incentivo concedido na realização deste trabalho, por ser um exemplo de dedicação aos seus alunos e pelos dois memoráveis anos de estágio realizado junto ao seu gabinete.

Aos colegas de estágio, pela amizade, aprendizado e por demonstrarem a seriedade com a qual o Direito Penal deve ser aplicado.

A todos os mestres da educação que, mais do que conhecimento acadêmico, ensinaram que grandes objetivos podem ser alcançados com esforço e dedicação.

A todos aqueles que, ao passarem pela minha vida, indo além de suas atividades comuns, doaram um pouco de si para que eu pudesse me desenvolver.

Não se assentem nem negligenciem fazer qualquer coisa, simplesmente porque não podem realizar algum grande feito, mas executem, com perfeição e energia, tudo quanto suas mãos encontrarem por fazer.

Ellen G. White.

RESUMO

Não é nova a ideia de que os gravames sofridos antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória devam ser, de alguma forma, compensados, quando da superveniência dessa decisão.

Feita a devida leitura de acordo com o contexto histórico, já em Roma era possível detectar as primeiras determinações pretorianas nesse sentido.

Entretanto, para assumir os contornos atuais, o instituto da detração penal passou por um longo período de resistência e adaptação aos ordenamentos jurídico-penais em que se inseria.

No Brasil, embora esteja atualmente disciplinada pelo art. 42 do Código Penal, com redação dada pela reforma de 1984, a amplitude da detração penal vai muito além do que faz supor tal dispositivo, já que as inúmeras reformas processuais, bem como a evolução do entendimento jurisprudencial em alguns pontos específicos, foram capazes de lhe conferir novas cores.

Sendo assim, o presente trabalho realiza, sobretudo em seu primeiro capítulo, um exame detalhado das hipóteses e dos modos atuais de aplicação da detração penal, passando, para tanto, por uma análise quanto às principais espécies de prisão, a saber: prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão administrativa, prisão do falido e prisão civil.

Ademais, a hipótese de detração na medida de segurança, expressamente prevista no Código Penal, também recebeu minuciosa reflexão, abordando-se, inclusive, as implicações decorrentes da recém editada Súmula 527 do Superior Tribunal de Justiça.

Outrossim, várias considerações foram realizadas acerca das hipóteses de detração nas medidas restritivas de direito, bem como nas medidas cautelares diversas da prisão. Recebeu especial relevância, também, a questão das decorrências da detração penal na hipótese de transação penal.

Ao final do primeiro capítulo, ainda, não se deixou passar ao largo as implicações que a Lei 12.736/2012 gerou na relação entre detração e progressão de regime. Em seguida, o segundo capítulo faz um breve resgate histórico do instituto, analisando-o desde sua matriz europeia, bem como seus primeiros momentos em terras brasileiras, as inúmeras controvérsias que gerou, até, finalmente ganhar os delineamentos atuais.

Por fim, o derradeiro capítulo aborda a problemática da detração em processos diversos, hipótese que, embora não tenha recebido tratamento legislativo, acabou sendo consagrada pela doutrina e jurisprudência, que ainda divergem sobre a maneira de sua consideração.

RESUMEN

No es nueva la idea de que los males impuestos al reo antes de la sentencia penal definitiva deben ser compensados de alguna manera con el advenimiento de tal decisión.

Con la visión adecuada desde el contexto histórico, ya en Roma era posible detectar las primeras determinaciones pretorianas en este sentido.

Sin embargo, para asumir los contornos actuales, la institución de la detracción penal ha pasado por un largo período de resistencia y adaptación a los ordenamientos jurídico-penales en que aparece.

En Brasil, a pesar de que se rige actualmente por el art. 42 del Código Penal, modificado por la reforma de 1984, el ámbito de alcance de la detracción penal va mucho más allá de lo que se supone sea la razón de este dispositivo, ya que las numerosas reformas de procedimiento, así como la evolución de entendimiento jurisprudencial en algunos puntos concretos, han sido capaces de darle nuevos colores.

Por lo tanto, este trabajo realiza, sobre todo en su primer capítulo, un examen detallado de los supuestos y modos actuales de aplicación de la detracción penal, pasando, así, para un análisis de las principales especies de la cárcel: la detención *in fraganti*, la detención temporal, la libertad condicional, la detención administrativa, la privación de libertad derivada de la prisión, en bancarrota y civil.

Además, las hipótesis la medida de seguridad expresamente prevista en el Código Penal, también han recibido detenida reflexión, en donde se aborda incluso las consecuencias del enunciado 527 de la Corte Superior de Justicia.

Por otra parte, se ha realizado una serie de consideraciones sobre las posibilidades de la detracción de las medidas restrictivas en la legislación y en las diversas medidas cautelares de prisión. Recibió también especial relevancia el tema de las derivaciones de la detracción penal en caso de transacción penal.

Al final del primer capítulo, se abordó las implicaciones de la Ley 12.736 / 2012 genera en la relación entre la maledicencia y el sistema de progresión.

A continuación, el segundo capítulo se ofrece una breve reseña histórica del instituto, analizándolo desde su sede europea, así como sus primeros momentos en el territorio brasileño, las numerosas controversias que ha generado hasta finalmente ganar los diseños actuales.

Finalmente, el último capítulo aborda el problema de la detracción en distintos juicios, una situación que, a pesar de que no ha recibido tratamiento legislativo, ha sido problema considerado relevante por la doctrina y la jurisprudencia, que también resultan conflictivas respecto su consideración.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A DETRAÇÃO PENAL. FUNDAMENTOS	9
3 O CONCEITO DE DETRAÇÃO PENAL. A AMPLITUDE DE SUA APLICABILIDADE	11
3.1 A DEFINIÇÃO LEGAL E DOUTRINÁRIA	11
3.1.1 Da Competência para a Detração	13
3.1.2 Prisão Provisória	15
3.1.2.1 <i>A prisão em flagrante</i>	17
3.1.2.2 <i>A prisão temporária</i>	19
3.1.2.3 <i>A prisão preventiva</i>	20
3.1.3 Prisão Administrativa.....	25
3.1.3.1 <i>Da prisão prevista no Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80)</i>	28
3.1.3.2 <i>Da prisão disciplinar</i>	31
3.1.4 Da Prisão do Falido (Lei nº 11.101/05).....	32
3.1.5 Prisão Civil	33
3.1.6 A Detração na Medida de Segurança	35
3.1.7 Detração nas Penas Restritivas de Direito	49
3.1.8 Detração nas Medidas Cautelares Diversas da Prisão	51
3.1.9 Outros Casos de Aplicação da Detração Penal	54
3.1.9.1 <i>Detração e progressão de regime</i>	58
4 RESGATE HISTÓRICO DO INSTITUTO E SUA ASSOCIAÇÃO COM O DESENVOLVIMENTO DA PENA DE PRISÃO	63
5 DA POSSIBILIDADE DE DETRAÇÃO EM PROCESSOS DIVERSOS	73
5.1 DA DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA A RESPEITO DO TEMA	73
5.1.1 O Critério Temporal para a Aplicação da Detração em Processos Diversos ...	79
5.1.2 O Posicionamento Jurisprudencial Sobre o Tema	83
5.1.3 Dos Demais Casos de Aplicação da Detração em Processos Diversos	87
6 CONCLUSÃO	92
REFERÊNCIAS	95

1 INTRODUÇÃO

De acordo com levantamento realizado com base nos dados de junho de 2014¹, no dia 30 desse mês, o número de presos no Brasil chegava a 607.731 (seiscentos e sete mil, setecentos e trinta e um), ao passo que o número de vagas disponíveis era de apenas 376.669 (trezentas e setenta e seis mil, seiscentas e sessenta e nove), o que equivale a dizer que, no momento do levantamento, o sistema prisional continha cerca de 61,3% a mais de presos do que suportava.

Ainda de acordo com essa pesquisa, do total de pessoas presas, cerca de 250.213 (duzentas e cinquenta mil, duzentas e treze), ou seja, 41%, eram presos provisórios, sendo que há estados em que o número de presos provisórios supera o número de detentos que cumprem a pena resultante da condenação.

No Paraná, embora isso ainda não ocorra, há quase um equilíbrio entre o número de presos provisórios e os detentos definitivos. É dizer, dos 28.702 (vinte e oito mil, setecentos e dois) presos, cerca de 49%, isto é, 14.063 (quatorze mil e sessenta e três) detentos estavam recolhidos provisoriamente ao cárcere.

A par das questões que envolvem a inadequação da ideia de pena, refletida nos números acima, o exacerbado número de pessoas segregadas cautelarmente leva a uma necessária consideração de tal período, seja quando do estabelecimento da pena definitiva, seja para fins de indenização, na hipótese do encerramento do processo sem que haja aplicação de pena.

Ademais, há que se considerar o infeliz panorama que ainda se apresenta em nosso país, segundo o qual prisões ilegais ocorrem com frequência, seja em função de falhas de uma investigação criminal inserta num processo penal eminentemente inquisitório, seja em razão da falta de assistência jurídica a detentos que, não raro, ultrapassam em muito o tempo devido dentro do cárcere, razões que ensejam a análise detida dos efeitos jurídico-penais que podem decorrer desta situação.

Nesse viés, cumpre, no presente trabalho, efetuar um estudo pormenorizado do instituto da detração penal, tal como expressamente previsto em lei (art. 42 do

¹ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN** - Junho de 2014. Divulgação: Jun/2015. 148 p. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2015.

Código Penal) assim também com as novas possibilidades que as construções doutrinárias e jurisprudenciais têm dado ao instituto.

Para tanto passaremos a, inicialmente, examinar os fundamentos sobre os quais está alicerçada a ideia de detração penal. Logo após, serão apresentadas as diversas hipóteses de aplicação do instituto, a fim de se demonstrar que, atualmente, sua amplitude vai muito além do que faz supor o dispositivo legal acima citado.

Ademais, para uma análise completa da figura, necessário um resgate, ainda que breve, do modo como ela foi tratada, sobretudo na legislação, ao longo da história.

Por fim, sem o intuito de estabelecer uma análise exaustiva de todos os pormenores que envolvem a aplicação da detração penal, iremos expor ainda o modo como doutrina e jurisprudência têm considerado a questão da detração em processos diversos, para que, após desvendadas as razões materiais que sustentam tal entendimento, cotejar as conclusões com as situações práticas sobre as quais somente se debruçou de maneira incipiente.

2 A DETRAÇÃO PENAL. FUNDAMENTOS

A regra da detração penal decorre, entre outros fundamentos, do princípio da isonomia. Isso porque, não houvesse a regra do abatimento da pena aplicada antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, haveria uma inadequação em punir mais severamente um sujeito que sofreu a restrição cautelar, do que outro que, tendo cometido o mesmo crime, em idênticas circunstâncias, tenha por muito tempo se esquivado da persecução penal.

Nesse viés, Roberto LYRA já nos ensinava que:

O cômputo do tempo de prisão provisional é ditado pela equidade. Embora se trate de pena atípica e o regime de custódia seja especial, importa privação da liberdade determinada pelo crime² e quase sempre decorrente de motivos não-imputáveis ao réu, mas de precaução judicial.³

Há ainda quem elenque um segundo fundamento, consistente na vedação a que o Estado venha a cometer excessos quando da realização de seu dever-poder de punir, de modo a sujeitar o apenado a uma restrição maior do que aquela prevista em lei. Nesse sentido é a referência que faz Alexis Augusto Couto de BRITO, fundado, por sua vez, no magistério de René Ariel DOTTI⁴:

O fundamento da detração é evitar-se que o condenado seja punido duas vezes pelo mesmo crime, pois se o tempo de restrição da liberdade durante o período de prisão provisória não pudesse ser computado, o Estado estaria abusando de seu poder-dever de punir e excedendo-se no prazo de restrição do condenado. Seria sujeitar o condenado a uma fração desnecessária de pena.⁵

² *Rectius*: pela possível existência dele.

³ LYRA, Roberto. **Comentários ao código penal**. Vol II. Arts. 28 a 74. Editora Forense: Rio de Janeiro, 1958. p. 154.

⁴ “*Há um princípio clássico de justiça segundo o qual ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato. A detração visa impedir que o Estado abuse de poder-dever de punir, sujeitando o responsável pelo fato punível a uma fração desnecessária da pena sempre que houver perda da liberdade ou a internação em etapas anteriores à sentença condenatória.*” Cf. DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. 4. ed. rev., atual e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 711.

⁵ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 251.

De fato, é cediço que no quadro de um Direito Penal democrático e garantista *nulla poena sine lege praevia* (art. 1º, do Código Penal), do que decorre, dentre tantas outras conclusões, que a inexistência da detração penal, poderia levar a que o condenado cumprisse uma pena maior do que a prevista em lei para o delito que tenha cometido, e isto não há qualquer fundamento de medida cautelar que justifique.

Note-se apenas que, dizer que o instituto se baseia na vedação ao *bis in idem*, tal como quer René Ariel DOTTI, ou referir que ele está assentado no princípio da legalidade, conforme o entendimento de Luiz Vicente CERNICCHIARO⁶ e Paulo QUEIROZ⁷, é apenas ver o mesmo fenômeno sob dois ângulos diferentes, já que, em qualquer caso, proíbe-se a punição excessiva do delito.

⁶ Ensina o eminente doutrinador: “[...] a detração é instituto de justiça material. Não faz sentido o Estado prender alguém por tempo superior ao determinado em lei.” Cf. CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Questões penais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 5.

⁷ Além do princípio da legalidade, o autor ainda elenca o princípio da proporcionalidade como fundamento da detração. Cf. QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 353.

3 O CONCEITO DE DETRAÇÃO PENAL. A AMPLITUDE DE SUA APLICABILIDADE

Preliminarmente, convém delimitarmos o conceito de detração penal, a fim de ter a noção exata da amplitude do instituto, para que só então passemos a analisar os casos controvertidos de sua aplicabilidade.

Sendo assim, analiticamente, estudaremos um a um dos termos referidos no conceito legal do instituto, bem como faremos referências às observações doutrinárias quanto à sua possível extensão.

3.1 A DEFINIÇÃO LEGAL E DOUTRINÁRIA

Ao vislumbrarmos os fundamentos do instituto, impossível não concluir pelo acerto de sua inclusão em nosso sistema penal, insculpido, atualmente, no art. 42 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 42 - 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.

A redação do artigo, que descreve sucintamente o instituto, não é das melhores, merecendo diversas críticas apontadas pela doutrina e pela jurisprudência.

Nesse sentido são os apontamentos de Alberto Silva FRANCO:

A matéria [da detração penal] foi tratada no art. 34 da reformada Parte Geral do Código Penal, dando origem, tanto em nível doutrinário como em nível jurisprudencial, a diversos problemas práticos e teóricos. O legislador de 84, através do art. 42, solucionou alguns deles, não se definiu em relação a outros e criou novos. [...] O art. 42 da nova Parte Geral do CP/40 foi omissivo, contudo, em relação a algumas questões relevantes que por isso continuarão a gerar incertezas jurisprudenciais. Assim, não se definiu a respeito do cômputo do tempo de prisão civil [...] não apresentou também solução alguma para a hipótese em que, num mesmo processo por dois fatos criminosos, o agente, preso cautelarmente por um deles, do qual afinal foi absolvido, recebeu condenação pelo outro fato delituoso [...] não se preocupou com a hipótese em que, preso cautelarmente por um processo que foi anulado e no qual foi absolvido, passou o agente, sem solução de continuidade, ao cumprimento de pena aplicada num processo por fato diverso. Também não equacionou

devidamente a hipótese em que, independente de toda e qualquer ligação processual, cumprida a pena por um fato que depois teve declarada extinta sua punibilidade, ou do qual foi absolvido, o agente objetive detrair o tempo executado de pena de outra condenação, por fato cometido anteriormente àquela pena.⁸

Ao endossar tal posicionamento, Warley BELO acrescenta que:

De fato, observando os atuais artigos surgem várias dúvidas. Seus conceitos (CP e LEP), por demais econômicos, podem ser adjetivados de lacunosos. Pedem, quase instintivamente, uma interpretação extensiva ou integração analógica exigindo da doutrina e jurisprudência um esforço a mais para delimitar o instituto.⁹

No entanto, antes de nos determos em suas falhas, analisemos as disposições que o artigo nos traz, valendo-nos da definição fornecida por René Ariel DOTTI:

Consiste a detração no abatimento da pena privativa de liberdade e na medida de segurança, do tempo em que o sentenciado sofreu prisão provisória, prisão administrativa ou internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou mesmo em outro estabelecimento.¹⁰

Desde logo, refira-se que embora careça de alguns esclarecimentos e complementações, o conceito fornecido pelo eminente doutrinador nos parece mais adequado do que outros encontrados na doutrina, os quais pecam pela falta de amplitude. Assim com as lições de Alexis Augusto Couto de BRITO:

A detração consiste no desconto ou abatimento do tempo cumprido em prisão provisória do tempo de cumprimento da pena efetivamente aplicada na sentença.¹¹

⁸ FRANCO, Alberto Silva, et al. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**, volume 1, tomo 1. 6.ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 785-786.

⁹ BELO, Warley. Detração penal. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília, v. 1, n. 17, p.170-191, jul/dez. 2004. p. 177.

¹⁰ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. 4. ed. rev., atual e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 711.

¹¹ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 251.

Obviamente, é possível notar que esta definição é insuficiente, já que deixa de fora, por exemplo, a relação entre a internação em hospital de custódia e a aplicação da medida de segurança.

Mas não é só, ambos os conceitos, deixam de considerar a possibilidade da detração ser realizada para além dos casos expressos no art. 42, do CP, como, por exemplo, a possibilidade de detração de medidas cautelares diversas da prisão¹², questão que será detalhadamente analisada abaixo.

Por hora, voltemos à análise do instituto tal como definido na legislação.

3.1.1 Da Competência para a Detração

Diz o art. 42, do Código Penal: “*computam-se*”. Embora a redação seja dada na voz passiva, necessário esclarecer quem é o sujeito que realizará a operação. Sendo assim, note-se que o referido abatimento poderá ser decretado pelo juiz da execução, nos exatos termos do art. 66, inciso III, alínea ‘c’ da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84).

Contudo, tal competência não é mais exclusiva do juiz da execução. Isso porque a Lei nº 12.736/12, ao alterar a redação do §2º, do art. 387, do Código de Processo Penal, permitiu que também o magistrado do processo de conhecimento pudesse operar a detração:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

[...]

§ 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.

O dispositivo foi criado no intuito de dar mais celeridade aos procedimentos judiciais que envolvem a execução penal, como medida do controle de vagas nas

¹² Destaque-se, neste ponto, que ao final de suas considerações sobre a detração penal, DOTTI posiciona-se pela possibilidade da detração em casos de medidas cautelares diversas da prisão. Cf. DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. 4. ed. rev., atual e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p.713.

prisões. Nesse sentido, o Magistrado Marcelo Matias PEREIRA, após demonstrar um panorama da lamentável situação carcerária brasileira, afirma que:

Em razão disso, no final do ano de 2011 o Ministério da Justiça lançou o Programa Nacional de Apoio ao Sistema Prisional que busca criar vagas em penitenciárias e cadeias públicas e melhorar a gestão do sistema prisional. Dentre as várias propostas elaboradas pelo Ministério da Justiça, temos o projeto da detração penal.¹³

Sobre o tema, registre-se a explanação de Cezar Roberto BITENCOURT:

Por razões pragmáticas, a competência para deliberar sobre a detração penal sempre foi do *Juiz das Execuções Penais*, pois não se ignora o tempo que pode levar entre a sentença condenatória e o início da execução penal. Esse tempo todo, havendo *prisão provisória*, deverá ser descontado no início da execução propriamente dita. No entanto, essa competência mudou, passando ao *juiz a condenação*, por previsão constante do artigo 1º da Lei ... [sic] Ademais, referido diploma legal acrescenta o parágrafo 2º ao artigo 387 do CPP, no qual determina que “o tempo de prisão provisória, de *prisão administrativa* ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade”. Assim, agora, a *competência* para examinar, num primeiro momento, a detração penal é do juiz de conhecimento, isto é, daquele que sentencia o acusado. Em outros termos, por determinação legal, a pena final fixada na sentença já terá computado a detração penal, para todos os efeitos, inclusive para a prescrição, na nossa ótica. Contudo, a *competência* para conhecer e julgar toda e qualquer prisão detratável, “cumprida” após a sentença condenatória, será do Juiz das Execuções Penais. A vantagem do novo texto legal reside no reconhecimento de que esse tempo “cumprido”, provisoriamente, deve ser, necessariamente, considerado na hora de fixar o crime de cumprimento de pena. Elogiável, no particular, essa previsão legal, que, no entanto, a *praxis* insistia em ignorar essa obviedade.¹⁴

Com isso, após o magistrado do processo de conhecimento ter ultimado a dosimetria da pena, e desde que verifique que o abatimento implicará mudança de regime inicial do cumprimento de pena, deverá prontamente promover a detração da pena já cumprida pelo condenado, a fim de determinar o regime inicial.¹⁵

¹³ PEREIRA, Marcelo Matias. Detração penal (Lei nº 12.736/12): progressão antecipada. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4381, 30 jun. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/40264>>. Acesso em: 6 jul. 2015.

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **A nova disciplina legal da detração penal**. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-17/cezar-bitencourt-disciplina-legal-detracao-penal>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

¹⁵ Fernando GALVÃO ainda complementa que: “Muito embora os comandos normativos determinem a consideração da detração no momento da sentença de primeiro grau, deve-se entender que tais disposições também se aplicam nos casos de ação penal de competência originária, bem como de decisão condenatória ou confirmatória de condenação em grau de recurso” Cf. GALVÃO,

Sobre o tema, precisos são os apontamentos da Magistrada Rejane TEIXEIRA:

[...] somente ocorrerá a detração penal pelo juiz do processo de conhecimento para fins de progressão de regime de pena.

Isso significa que, nas hipóteses em que a detração não é hábil a modificar o regime, não haverá cômputo inferior de pena a ser realizado, sob pena de o juízo de conhecimento invadir a competência do juízo da execução, pois o art. 66, III, "c", da LEP, não restou alterado pela Lei 12.736/12 nesse particular.

A detração a ser realizada pelo juiz de conhecimento, conforme determinado pela nova lei, é apenas para fins de regime de pena, em relação tão-somente ao início de cumprimento da reprimenda. Se este não for alterado, não pode haver cálculos para diminuir a reprimenda. Nesse caso, o juiz disporá que deixa de aplicar a detração prevista no § 2º, do art. 387 do Código de Processo Penal, vez que o regime não será modificado, não obstante o período de prisão preventiva do sentenciado.

Pensar de modo diverso significa invadir seara de competência do juízo da execução, incidindo à espécie nulidade indicada no art. 564, inciso I, do Código de Processo Penal. Além disso, essa consideração equivocada do tempo de detração, como se desconto fosse, ensejaria perplexidades, como a de que o tempo de custódia cautelar tivesse cômputo diverso do tempo de recolhimento próprio da execução penal em sentido estrito.¹⁶

Demais apontamentos sobre a relação entre detração e progressão de regime serão realizados em ponto específico.

3.1.2 Prisão Provisória

Como se viu, o abatimento será promovido em face da prisão provisória, cumprida pelo réu no Brasil ou no estrangeiro.

De acordo com Ney Moura TELES:

[...] prisão provisória é a prisão cautelar, processual, que se contrapõe à prisão-pena, esta decorrente do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e que deriva da expedição e recebimento, pela autoridade

Fernando. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 585-586.

¹⁶ TEIXEIRA, Rejane Zenir Jungbluth. **Lei 12.736/12 e a nova detração penal**. 2012. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2012/lei-12-736-12-e-a-nova-detracao-penal-juiza-rejane-zenir-jungbluth-teixeira>>. Acesso em: 09 jul. 2015. Ainda sobre a imprescindibilidade da alteração do regime inicial de pena, Cf. TJMG - APR: 10313120281149001 MG, 2ª Câmara Criminal, Relator: Beatriz Pinheiro Caires, Data de Julgamento: 03/10/2013.

incumbida da execução da pena, da guia de recolhimento para cumprimento de pena (arts. 105 a 107 da LEP).¹⁷

A respeito da abrangência da expressão, René Ariel DOTTI assevera que:

Por prisão provisória deve-se compreender, numa interpretação extensiva da norma, todas as modalidades de privação da liberdade antes da sentença condenatória transitada em julgado. Algumas delas têm natureza cautelar; outras não.¹⁸

Já para Cezar Roberto BITENCOURT:

Prisão provisória é a prisão processual, ou seja, a prisão que pode ocorrer durante a fase processual, antes da condenação transitar em julgado. No Direito vigente temos as seguintes hipóteses de prisão provisória: prisão em flagrante delito, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de sentença de pronúncia e prisão decorrente de sentença condenatória recorrível. A prisão, em qualquer dessas hipóteses, deve ser descontada da pena aplicada.¹⁹

Importante destacar, em relação a este último entendimento, que a prisão cautelar somente será decretada quando presentes seus requisitos, não mais sendo decorrência automática da decisão de pronúncia, tampouco da sentença condenatória recorrível.

Em relação a estas prisões processuais, as quais o Código Penal nominou de prisão provisória, Eugênio Pacelli de OLIVEIRA entendeu que toda prisão antes do trânsito em julgado tem natureza cautelar.²⁰

¹⁷ TELES, Ney Moura. **Direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120, volume 1. São Paulo: Atlas, 2004. p. 365/366. Nesse mesmo sentido Vicente GRECO FILHO ensina que: “*prisão pena é a que resulta da condenação transitada em julgado, conforme previsão do Código Penal. Prisão processual é a que resulta do flagrante ou de determinação judicial, em virtude da atuação da persecução penal ou processo penal, com os pressupostos de medida cautelar. Historicamente é a mais antiga. Às vezes se utiliza a expressão “prisão provisória”, mas “provisória” pode dar a entender que se trata de algo que será substituído por algo definitivo. Ainda que, em parte, a relação exista, parece preferível a denominação prisão processual.*” Cf. GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2012. Epub.

¹⁸ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. 4. ed. rev., atual e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 712.

¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **A nova disciplina legal da detração penal**. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-17/cezar-bitencourt-disciplina-legal-detracao-penal>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

²⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. rev. e ampl. atual de acordo com as Leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas 2014. p. 492. No mesmo sentido

Este autor ensina que, não obstante a Constituição da República tenha consagrado o princípio da presunção da inocência, é possível conceber a ideia de segregação cautelar, desde que pautada na necessidade ou indispensabilidade da providência, como, por exemplo, na necessidade de preservação da efetividade do processo. Em suas palavras:

O que estamos a afirmar é que, quando houver risco, concreto e efetivo, ao regular andamento do processo, por ato imputável ao acusado, o Estado poderá adotar medidas tendentes a superar tais obstáculos, ainda com o recurso à sua inerente coercibilidade.²¹

Além disso, dada a gravidade da medida, e o imperativo constitucional de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, inciso IX, da CF), o Código de Processo Penal impõe que toda ordem de prisão deverá ser emitida por meio de decisão escrita e fundamentada pela autoridade judicial competente, à exceção, é claro, da prisão em flagrante:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

De ser assim, é preciso analisar os três tipos de prisão provisória existentes.

3.1.2.1 A prisão em flagrante

Em primeiro lugar, a **prisão em flagrante** encontra fundamento no art. 302²² do CPP, o qual prevê, em seus quatro incisos, quais as situações em que ela poderá ser realizada, cujas especificidades desbordam do presente estudo.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 585.

²¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit. p. 498. Assim também para Vicente GRECO FILHO, segundo o qual: “A prisão processual tem natureza cautelar, ou seja, visa a proteger bens jurídicos envolvidos no processo ou que o processo pode, hipoteticamente, assegurar.” Cf. GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2012. Epub.

²² Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
I - está cometendo a infração penal;

Segundo Eugênio Pacelli de OLIVEIRA:

Pretende-se, com a prisão em flagrante, impedir a consumação do delito no caso em que a infração está sendo praticada (art. 302, I, CPP), ou de seu exaurimento nas demais situações [...] De outro lado, já mais conectada aos interesses da persecução penal, a prisão em flagrante revela-se extremamente útil e proveitosa no que se refere à qualidade e à idoneidade da prova colhida imediatamente após a prática do delito.²³

A relevância de seus fundamentos é tal que o Código de Processo Penal permite a qualquer cidadão sua efetivação (art. 301), enquanto que a Constituição Federal, prevê exceção à inviolabilidade de domicílio, no caso de flagrante delito (art. 5º, inciso XI).²⁴

Sendo essas as suas funções, o autor retira duas conclusões. A primeira é a de que ela independe de ordem judicial, dado seu caráter de emergencialidade; já a segunda é a de que, extinta a causa que a justifique, ela já não mais poderá subsistir, podendo, conforme for o caso, ser convertida em prisão preventiva, desde que presentes os requisitos desta²⁵, nos exatos termos do art. 310, inciso II, do CPP²⁶, cuja redação vai marcada pela pretensão, do legislador da reforma de 2011, de reduzir a situação de flagrante a poucas horas.

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

²³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. rev. e ampl. atual de acordo com as Leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas 2014. p. 541.

²⁴ *Idem*.

²⁵ *Ibid.* p. 542.

²⁶ Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

[...]

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão;

3.1.2.2 A prisão temporária

Em segundo lugar, temos a figura da **prisão temporária**, a qual, calcada nas disposições da Lei nº 7.960/89, tem por finalidade o acautelamento das investigações do inquérito policial, sendo ainda assim provisória, já que encontra seu prazo de duração máximo definido em lei, conforme art. 2º, *caput*, desta lei²⁷.

Embora a análise detida da figura não seja oportuna, convém anotar que, sendo essa a finalidade da prisão provisória, é impossível pensá-la quando a ação penal já tiver sido instaurada. Ademais, ela só poderá ser admitida quando, além de configuradas as situações dos incisos do art. 1º, da Lei nº 7.960/89²⁸, estiverem presentes os requisitos gerais das medidas cautelares, quais sejam, os indícios de autoria e a prova da materialidade, devendo ainda ser imprescindível para as investigações policiais e, mesmo assim, somente nos casos previstos nas alíneas do art. 1º, inciso III²⁹.

Antes de passar ao próximo ponto de análise, convém ainda salientar que parte da doutrina faz referência à inconstitucionalidade da prisão temporária. Assim com Aury LOPES Jr.:

Outro detalhe importante é que a prisão temporária possui um defeito genético: foi criada pela Medida Provisória n. 111, de 24 de novembro de 1989. O Poder Executivo, violando o disposto no art. 22, I, da Constituição, legislou sobre matéria processual penal e penal (pois criou um novo tipo penal na Lei n. 4.898), através de medida provisória, o que é manifestamente inconstitucional. A posterior conversão da medida em lei não sana o vício de origem.

Mas, como os juízes e tribunais brasileiros fizeram vista grossa para essa grave inconstitucionalidade, a lei segue vigendo.³⁰

²⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. rev. e ampl. atual de acordo com as Leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas 2014. p. 544.

²⁸ Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

[...]

²⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Op. cit.* p. 547.

³⁰ LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 877.

Anote-se também a posição de Paulo RANGEL:

A Lei nº 7.960, de 21/12/1989, instituiu na ordem jurídica a chamada prisão temporária com o escopo de vedar a chamada prisão para averiguação, muito comum nos meios policiais.

A questão que nos parece interessante, de início, é que a referida prisão foi criada através da Medida Provisória nº 111, de 24/11/1989, ou seja, o Executivo, através de Medida Provisória, legislou sobre Processo Penal e Direito Penal, matérias que são da competência privativa da União (cf. art. 22, I, da CRFB) e, portanto, deveriam ser tratadas pelo Congresso Nacional, pois o art. 4º da Lei de Prisão Temporária criou um tipo penal na Lei nº 4.898/1965. Nesse caso, entendemos que a lei traz um vício de iniciativa que não é sanado com a conversão da medida em lei. Há flagrante inconstitucionalidade por vício formal, qual seja: a iniciativa da matéria.

O professor Clèmerson Merlin Clève chama isso de *inconstitucionalidade orgânica*, ou seja, quando a lei é elaborada por órgão incompetente, pois a inconstitucionalidade decorre de vício de incompetência do órgão de que promana o ato normativo. Trata-se de uma das hipóteses de inconstitucionalidade formal. Para o professor *quando a lei segue procedimento diverso daquele fixado na Constituição tem-se a inconstitucionalidade formal propriamente dita*. Diz o mestre: "*Pode, então, a inconstitucionalidade formal resultar de vício de elaboração ou de incompetência*" (*A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2000. p. 39).

A prisão temporária é também inconstitucional por uma razão muito simples: no Estado Democrático de Direito não se pode permitir que o Estado lance mão da prisão para investigar, ou seja, primeiro prende, depois investiga para saber se o indiciado, efetivamente, é o autor do delito. Trata-se de medida de constrição da liberdade do suspeito que, não havendo elementos suficientes de sua conduta nos autos o inquérito policial, é preso para que esses elementos sejam encontrados.³¹

Não obstante tais críticas a figura da prisão temporária continua válida e amplamente utilizada.

3.1.2.3 A prisão preventiva

Por fim, ainda dentro do conceito de prisão provisória, há a **prisão preventiva**, a qual, por ser uma medida cautelar, submete-se inicialmente aos requisitos

³¹ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 804-805. p. 816-817.

elencados no art. 282 do CPP³², sendo que, conforme §6⁰³³ deste artigo, a segregação é medida de exceção, a ser adotada somente nos casos em que as demais medidas cautelares não forem cabíveis.³⁴

Porém, dada a especificidade desta medida cautelar, os artigos 312³⁵ e 313, do mesmo *codex*, dispõem sobre mais alguns requisitos para que ela seja decretada, notadamente os fundamentos de garantia da ordem pública e econômica, a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal, e, em qualquer caso, somente quando houver prova da materialidade do delito e indícios de sua autoria.

Vale ainda ressaltar a exigência do inciso I, do art. 313, no sentido de que, regra geral a segregação cautelar somente poderá ser decretada quando o crime imputado tenha pena máxima superior à 4 (quatro) anos, dado o princípio de que a medida cautelar não pode extrapolar a penalidade a ser aplicada ao final do processo.

Ao sistematizar o assunto, Eugênio Pacelli de OLIVEIRA elenca três hipóteses de decretação da prisão preventiva.³⁶

A primeira delas tem fundamento legal nos artigos 311, 312 e 313, todos do CPP, e trata-se da possibilidade da decretação da prisão preventiva em qualquer momento da fase de investigação ou do processo, de modo autônomo e independente.

³² Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

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

³³ § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

³⁴ Magalhães de Noronha chega a informar que a prisão preventiva já fora subdividida em obrigatória e facultativa. Aquela para os crimes apenados, no máximo, dez anos ou mais de reclusão; e esta poderia ter lugar como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei repressiva. Entretanto, tais disposições foram revogadas pela lei 1967, de modo que a partir de então ela passou a ser somente facultativa. Cf. NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 238.

³⁵ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

³⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. rev. e ampl. atual de acordo com as Leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas 2014. p. 551.

Nesse ponto, convém anotar que, considerando-se a nova sistemática das segregações cautelares, não há mais que se falar em prisão decorrente da decisão de pronúncia, tampouco em prisão após sentença condenatória recorrível.³⁷

Ocorre que, a prisão preventiva, em tais casos, não pode ser considerada como um efeito automático da decisão judicial, mas antes, precisa ser em qualquer caso fundamentada de acordo com os requisitos acima expostos, seja para sua manutenção, seja para sua decretação, sendo, contudo, obrigação do magistrado manifestar-se acerca da prisão preventiva quando da sentença ou da pronúncia.

Tal entendimento está calcado nas disposições de Aury LOPES Jr.:

Em suma, para decidir se o réu poderá recorrer em liberdade ou não, se deve analisar a situação à luz do sistema cautelar e da real necessidade que a fundamenta (*periculum libertatis*) e legítima, decretando-se ou revogando-se a prisão preventiva, conforme o caso, bem como lançando mão das medidas cautelares diversas adequadas, que poderão ser revogadas, aplicadas como substitutivas da prisão preventiva, de forma isolada ou cumulativa. [...]

E no caso de pronúncia?

O regramento da prisão neste momento processual está disciplinado pelo art. 413 do CPP³⁸: [...]

A simples leitura evidencia que o art. 413 insere-se na mesma perspectiva da discussão anterior. A prisão quando da decisão de pronúncia não é obrigatória (como já foi no passado), estando subordinada ao fundamento e requisito que norteiam as prisões cautelares, nos termos do art. 312 do CPP. Assim, nenhuma relevância tem o fato de o agente ser primário ou reincidente, senão que deverá o juiz fundamentar a necessidade da prisão cautelar demonstrando a existência do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. [...]

Não estando preenchidos os requisitos da prisão preventiva, deverá o réu permanecer em liberdade, com aplicação da medida cautelar diversa ou não.

³⁷ Em tratativa atualizada sobre o tema Cezar BITENCOURT sustenta que estas modalidades de prisões ainda remanescem válidas, de modo a sugerir que a questão é meramente terminológica. Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **A nova disciplina legal da detração penal**. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-17/cezar-bitencourt-disciplina-legal-detracao-penal>>. Acesso em: 30 jan. 2015. Além dele, outros autores ainda fazem constar a prisão decorrente da pronúncia e da sentença condenatória recorrível como exemplos da prisão provisória aduzida no art. 42 do CP. Cf. GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 585; PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1**: parte geral: arts. 1º a 120. 2. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 366.; BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 184.

³⁸ Mais precisamente em seu §3º: “O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código”. No mesmo sentido, o art. 387, §1º, do mesmo codex estabelece a obrigatoriedade de manifestação do juiz quanto à manutenção ou imposição da prisão preventiva, quando da prolação da sentença: “Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: [...] 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta”.

Tudo dependerá da existência ou não do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*.³⁹

Quanto ao particular, note-se que a mera sentença condenatória, ou decisão de pronúncia não ensejam, por si só, a necessidade da decretação da prisão preventiva; somente o que induz é um aumento da probabilidade do cometimento do delito. Assim para Andrey Borges de MENDONÇA:

De qualquer sorte, a jurisprudência se orienta no sentido de que, se o acusado ficou solto durante o processo, a sentença condenatória, em si mesma, sem qualquer outro fundamento, não pode justificar a sua prisão; Deve o magistrado demonstrar algum fundamento para justificar o cárcere, não sendo suficiente a referência simples à condenação do réu. Esta posição é correta, pois a sentença condenatória não traz qualquer demonstração da necessidade da prisão. Indica, apenas, que houve um juízo mais profundo quanto à probabilidade da prática de uma infração (*fumus commissi delicti*), mas nada demonstra em relação ao *periculum libertatis*. Da mesma forma, o raciocínio inverso é válido: se o acusado permaneceu preso preventivamente durante todo o processo e os fundamentos estiverem mantidos, deverá ficar preso durante a pendência do recurso, salvo se houver desnecessidade posterior da custódia ou excesso de prazo.⁴⁰

Perfeita, portanto, a colocação do eminente doutrinador, mas a ela devemos ainda acrescentar o fato de que, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça incluiu mais uma hipótese de impossibilidade de decretação da prisão preventiva após a sentença condenatória recorrível. Trata-se da hipótese em que o decreto condenatório fixa o regime inicial de cumprimento de pena aberto ou semiaberto, ocasião em que será impossível a decretação ou manutenção da prisão preventiva:

Dessa forma, estabelecido o regime aberto ou semiaberto como o inicial para o cumprimento de pena, a decretação da prisão preventiva inviabiliza o direito de recorrer em liberdade, na medida em que impõe a segregação cautelar ao recorrente, até o trânsito em julgado, sob o fundamento de estarem presentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva insertos no art. 312 do CPP. Ao admitir essa possibilidade, chegar-se-ia ao absurdo de ser mais benéfico ao réu renunciar ao direito de recorrer e iniciar imediatamente o cumprimento da pena no regime estipulado do que exercer seu direito de impugnar a decisão perante o segundo grau. Nessa medida, a manutenção ou a imposição da prisão cautelar consistiria flagrante vulneração do princípio da proporcionalidade. Além disso, a prevalecer o referido entendimento, dar-se-á maior efetividade e relevância à medida de natureza precária (manutenção da segregação cautelar) em detrimento da sentença condenatória (título

³⁹ LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 871-872.

⁴⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011. p. 289-290.

judicial que, por sua natureza, realiza o exame exauriente da *quaestio*). Por conseguinte, a individualização da pena cederá espaço, indevidamente, à providência de cunho nitidamente provisório e instrumental, subvertendo a natureza e finalidade do processo e de suas medidas cautelares.⁴¹

Falávamos de três hipóteses de prisão preventiva. A segunda é a já referida possibilidade de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, quando, nos termos do art. 310, inciso II, do CPP, as demais medidas cautelares mostrarem-se insuficientes ou inadequadas.

Por fim, a preventiva poderá ser decretada quando do descumprimento de outra medida cautelar imposta, conforme disposições do art. 282, §4º e 312, parágrafo único, ambos do CPP. Ressalte-se que nesse caso, igualmente, a prisão só será admitida se a imposição de outra medida cautelar, mais grave que a descumprida, mostrar-se insuficiente ou inadequada. Ademais, para esta hipótese não será necessário o preenchimento dos requisitos do art. 313 do CPP⁴².

Insta ainda salientar que a prisão cautelar cumprida no estrangeiro há de ser detraída, tal como exsurge da redação do dispositivo legal.

Nesse particular, José Frederico MARQUES anota que:

O código manda que se compute, para a detração, o tempo de prisão cautelar, *no Brasil ou no estrangeiro*, pelo que se deve levar em conta, também, o período em que o réu esteve detido preventivamente para ser extraditado.⁴³

Em complemento, Antônio José Miguel FEU ROSA expõe:

Naturalmente o tempo de prisão preventiva sofrido no exterior só pode ser descontado quando se referir ao mesmo fato, e o juízo tenha sido renovado

⁴¹ Cf. STJ, RHC 52.407-RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 10/12/2014. No mesmo sentido já havia se manifestado o Supremo Tribunal Federal. Cf. STF, HC 118257, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 18/02/2014.

⁴² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. rev. e ampl. atual de acordo com as Leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas 2014. p. 551. No mesmo sentido Renato MARCÃO, para quem “*A decretação da prisão preventiva por descumprimento de medida anteriormente aplicada não depende da concorrência de qualquer das hipóteses do art. 313 do CPP [...]*” Cf. MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas**: de acordo com a Lei n. 12.403, de 4-5-2011. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 138.

⁴³ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**, volume III. Campinas: Millennium, 1999. p. 186.

no Brasil. No caso de extradição, o encarceramento lá sofrido pelo condenado deve ser igualmente detraído.⁴⁴

Portanto, segregado o acusado no exterior, e se, regressando ele ao Brasil, vier a sofrer condenação, o período que precede a extradição certamente deverá ser computado em sua pena.

3.1.3 Prisão Administrativa

Segundo DEMERCIAN e MALULY, as medidas privativas de liberdade podem ser classificadas da seguinte maneira:

Podemos classificar a prisão em duas espécies: a) a prisão como pena, aplicada ao final do processo criminal, em uma sentença condenatória transitada em julgado; b) a prisão sem pena, que não se origina de uma condenação criminal e pode ser administrativa, disciplinar, civil, cautelar processual penal e cautelar constitucional (admitida durante o Estado de Sítio ou de defesa). [...] Nem toda prisão é uma providência penal. Como já vimos, a prisão pode ser administrativa, disciplinar ou civil. A natureza da privação da liberdade é determinada pelos motivos e a finalidade que a ditam.⁴⁵

Já numa taxonomia mais simplista Luiz Regis PRADO faz a seguinte subdivisão: “*A prisão civil lato sensu, de natureza extrapenal, subdivide-se em prisão civil stricto sensu e em prisão administrativa.*”⁴⁶

Da redação do artigo 42 do Código Penal, retira-se também que será detraído o tempo de prisão administrativa, a qual é definida por José Frederico MARQUES como sendo a: “[...] *sanção não penal, de caráter coativo porquanto visa compelir alguém à prática de um ato imposto por um mandamento legal. Ela não se relaciona com o crime, pois deflui de um ilícito não penal, isto é, de um ilícito administrativo*”⁴⁷. Entretanto, tal possibilidade foi objeto de intensa contradição doutrinária.

⁴⁴ ROSA, Antonio José Miguel Feu. **Execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 52.

⁴⁵ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 162-163.

⁴⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1**: parte geral: arts. 1º a 120. 2. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 367.

⁴⁷ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**, volume III. Campinas: Millennium, 1999. p. 187.

À época da promulgação do atual artigo 42 do Código Penal, pouca dúvida havia acerca da validade da chamada prisão administrativa, que se encontrava ancorada, sobretudo, no então vigente artigo 319 do Código de Processo Penal, o qual dispunha:

Art. 319. A prisão administrativa terá cabimento:

I - contra remissos ou omissos em entrar para os cofres públicos com os dinheiros a seu cargo, a fim de compeli-los a que o façam;

II - contra estrangeiro desertor de navio de guerra ou mercante, surto em porto nacional;

III - nos demais casos previstos em lei.

§ 1º A prisão administrativa será requisitada à autoridade policial nos casos dos ns. I e III, pela autoridade que a tiver decretado e, no caso do no II, pelo cônsul do país a que pertença o navio.

§ 2º A prisão dos desertores não poderá durar mais de três meses e será comunicada aos cônsules.

§ 3º Os que forem presos à requisição de autoridade administrativa ficarão à sua disposição.

Entretanto, sobrevindo a Constituição Federal de 1988, que determina em seu artigo 5º, inciso LXI que: “*ninguém será preso senão em flagrante delito ou **por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente**, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei* (grifo nosso);” a discussão ganhou novos contornos, dividindo a doutrina.

De um lado estavam aqueles que defendiam que a possibilidade de prisão administrativa remanescesse válida, já que compatível com a carta política, desde que se entendesse que ela deveria ser decretada por autoridade judiciária.

Tal era o posicionamento de Damásio E. de JESUS:

A CF de 1988, em seu art. 5º, LXI, extinguiu a possibilidade de a autoridade administrativa decretar a prisão das pessoas indicadas nos incs. I a III do art. 319. Hoje, somente a autoridade judiciária competente pode fazê-lo. De modo que cumpre à autoridade administrativa solicitar a prisão ao juiz competente. A prisão administrativa subsiste, tendo a nova CF apenas alterado a titularidade do poder de sua decretação.⁴⁸

De outro, forte corrente doutrinária assentou o entendimento de que com a nova Constituição, o instituto perdera completamente sua aplicabilidade, não obstante as disposições do artigo 319, do CPP.

⁴⁸ JESUS, Damásio Evangelista de. **Código de Processo Penal Anotado**. 22ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 254.

Assim com Aury LOPES Jr. Que já após a alteração legislativa asseverou que:

Encerrada discussão sobre a prisão especial, vejamos agora a chamada prisão administrativa. Originariamente estava prevista no art. 319 do CPP, substancialmente modificado pela Lei n. 12.403/2011. **Se, antes, afirmávamos que a prisão administrativa não havia sido recepcionada pela Constituição, agora, com mais razão.** Nem existe mais no Código de Processo Penal.⁴⁹ (grifo nosso)

Ocorre que em 04 de maio de 2011 foi promulgada a Lei nº11.403. Entre as várias inovações inseridas por ela em nosso sistema processual encontrou-se a revogação da antiga redação do art. 319, o qual passou a disciplinar as medidas cautelares diversas da prisão.

A alteração legislativa deu ensejo a que a maior parte da doutrina desse como peremptoriamente revogada a possibilidade da prisão administrativa.

Nesse sentido a exposição de Eugênio Pacelli de OLIVEIRA: “*Não há mais, por revogação, a prisão de natureza administrativa, como havia na anterior redação do art. 319, do CPP. A Lei nº 12.403/11, corretamente, aboliu semelhante despautério.*”⁵⁰

Assim também com Paulo RANGEL:

A prisão administrativa prevista no art. 319 do CPP não mais persiste na ordem jurídica, pois, por força da regra prevista no art. 5º, LXI, da CRFB, somente a autoridade judiciária pode decretar a prisão de quem quer que seja, sendo vedado às autoridades administrativas fazê-lo. Se dúvida existia acerca de sua revogação não mais persiste diante da Lei nº 12.403/11 que expressamente deu nova redação ao art. 319 do CPP, expurgando da ordem jurídica a prisão administrativa.⁵¹

Com base em tais exposições, conclui-se que, a prisão administrativa, tal como era entendida, já não mais figura entre nós, visto que extirpada do regramento processual, a fim de que o ordenamento infraconstitucional se harmonizasse com a Carta Maior⁵².

⁴⁹ LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 887.

⁵⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. rev. e ampl. atual de acordo com as Leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas 2014. p. 581.

⁵¹ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 804-805.

⁵² Todavia, Cezar Roberto BITENCOURT defende a subsistência do instituto: “*Apesar de o artigo 319 do CPP, que disciplinava a prisão administrativa, ter sido revogado, na nossa concepção, ela continua existindo, nas hipóteses de prisão nos quartéis militares, por indisciplina, bem como a prisão*

3.1.3.1 Da prisão prevista no Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80)

Contudo, remanesce ainda ao menos uma situação na qual a jurisprudência tem aceitado a – pretensa – ocorrência da prisão administrativa, nomeadamente o caso da prisão do estrangeiro para fins de extradição, conforme disciplina da Lei nº 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro).

Nesse viés, é preciso notar que a prisão prevista neste diploma legal não se enquadra no conceito de prisão administrativa fornecido por Frederico MARQUES, exposto acima, em decorrência direta das disposições do *caput* do art. 5º, da Constituição Federal.

Explica-se.

A cabeça do artigo 5º estabelece: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.*”⁵³

Portanto, antes de elencar os direitos fundamentais, a Constituição estende tais garantias aos estrangeiros, do que decorre a impossibilidade deles serem conduzidos à prisão sem ordem escrita da autoridade judicial ou em flagrante, mas,

do extraditando enquanto aguarda a tramitação do processo perante o Supremo Tribunal Federal ou perante o Superior Tribunal de Justiça. Essa prisão não é a autêntica prisão preventiva, logo, só pode ser classificada como prisão administrativa.” Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **A nova disciplina legal da detração penal**. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-17/cezar-bitencourt-disciplina-legal-detracao-penal>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

⁵³ Note-se que a expressão “residentes” é irrelevante para a determinação da abrangência do sujeito passivo dos direitos fundamentais. Nesse sentido, confira-se a posição de MENDES e BRANCO: “O *caput* do art. 5º reconhece os direitos fundamentais ‘aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País’. A norma suscita a questão de saber se os estrangeiros não residentes estariam alijados da titularidade de todos os direitos fundamentais. A resposta deve ser negativa. A declaração de direitos fundamentais da Constituição abrange diversos direitos que radicam diretamente no princípio da dignidade do homem — princípio que o art. 1º, III, da Constituição Federal toma como estruturante do Estado democrático brasileiro. O respeito devido à dignidade de todos os homens não se excepciona pelo fator meramente circunstancial da nacionalidade.” Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 173.

em qualquer caso, nunca desarraigada da possível ocorrência de um ilícito penal⁵⁴, daí a inadequação do conceito adrede exposto.

É dizer, visto por este ângulo, a prisão prevista no Estatuto do Estrangeiro não passará de uma espécie própria de prisão cautelar processual penal, e, como tal, submetida aos seus requisitos gerais, quais sejam, o *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, sem embargo de ora se exigir apenas o cumprimento dos requisitos elencados neste próprio estatuto, ora se posicionar pela necessidade de atendimento aos requisitos da prisão preventiva, tal como expõe Luís Fernando de Moraes MANZANO: “Recentemente, a Corte Suprema decidiu que a prisão para a extradição deve atender aos requisitos da prisão preventiva (CPP, art. 312), atendido o postulado da proporcionalidade, sob pena de ilegalidade e, pois relaxamento.”⁵⁵

Com este entendimento corroboram os ensinamentos de Victor Roberto Corrêa de SOUZA:

Outro dado a ser lembrado é que a prisão para fins de extradição tinha por fundamento o manejo combinado da antiga redação do art. 319, III, do CPP (que previa as prisões administrativas nos casos previstos em lei) com o art. 81 do Estatuto do Estrangeiro, e era decretada pela autoridade administrativa, tendo sido modificado esse entendimento para que a prisão apenas fosse autorizada pelo Ministro relator da extradição no STF, desde a promulgação da Constituição de 1988. Esse dispositivo do art. 319 do CPP, contudo, foi totalmente revogado pela Lei 12.403/2011, que em seu lugar inseriu um rol de medidas cautelares penais. Porém, o legislador perdeu uma ótima oportunidade de também revogar o citado art. 81 da Lei 6.815/1980, o que a nosso ver, todavia, não exclui a necessidade da análise dos requisitos do art. 312 do CPP também para a prisão para extradição. Compartilha desse ponto de vista o processualista Eugenio Pacelli: ‘Não há mais, por revogação, a previsão de prisão de natureza administrativa, como havia na anterior redação do art. 319 do CPP. A Lei 12.403/2011, corretamente, aboliu semelhante despautério. O ideal é que ela tivesse se referido de modo expresso à prisão cautelar para fins de extradição. Não o fez, porém. Por isso, somente será possível a aludida modalidade de prisão quando as circunstâncias do crime e dos fatos se enquadrem nas hipóteses dos arts. 312 e 313, ambos do CPP, embora, nos processos de extradição não se encontrem os riscos para a instrução ou investigação ali previstos. A prisão seria, então, para garantir a aplicação da lei (não a lei penal, que não seria a nossa!)’ (PACELLI, 2012, p. 573). Enfim, na prática e resumidamente, ao analisar o pleito extraditacional feito ao Brasil e determinar a prisão do extraditando, o Ministro relator no STF deve estar atento para a prova da necessidade de que a prisão do extraditando se subsuma em alguma das hipóteses de prisão preventiva, fundamentando sua decisão com base no

⁵⁴ Salvo, é claro, a única hipótese em que se permite a prisão civil.

⁵⁵ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 472.

risco de ineficácia da lei penal estrangeira, se o extraditando permanecer solto durante a extradição.⁵⁶

Ressalte-se apenas que a Lei nº 12.878/13 promoveu amplas alterações no que diz respeito à prisão do estrangeiro, a fim de adequar a medida aos ditames constitucionais, principalmente no que diz respeito à necessidade de ordem emitida pela autoridade judiciária, o que parece extinguir de vez a possibilidade de classificá-la como administrativa.

No particular, Eugênio Pacelli de OLIVEIRA refere que:

A Lei nº 12. 878/13, alterando o art. 82 da Lei nº 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro), regulamenta a prisão cautelar para fins de extradição, que poderá ser representada pela via diplomática ou pelo Ministro da Justiça, até mesmo antes do procedimento formal de extradição. O Estado estrangeiro deverá, então, no prazo de 90 (noventa) dias, apresentar pedido, sob pena de restituição de liberdade.

A prisão, em tais situações, se fundamentará na garantia da aplicação da lei penal.⁵⁷

Ao que aqui nos interessa, é preciso notar que, cumprida a medida cautelar, a detração há que se operar, ainda que em muitos casos, tal possibilidade dependa da legislação alienígena, sob a qual o réu cumprirá sua pena definitiva.

Sobre a possibilidade, Victor Roberto Corrêa de SOUZA anota que:

[...] um processo de extradição pode perdurar por um tempo bastante considerável, discutindo-se no Plenário do STF a existência ou não dos requisitos para a concessão da extradição, o que pode causar diversos gravames reais incomensuráveis ao extraditando, como inclusive superar a pena *in abstracto* do crime pelo qual estaria sendo processado ou ser maior que a pena final no Estado requerente (ensejando uma conta negativa no momento da detração dos dias em que ficou detido no Brasil), isto tudo sem considerar possíveis benefícios de suspensão da pena ou do processo, progressão de regime de cumprimento da pena, livramento condicional ou penas alternativas que lhe poderiam ser deferidas no Estado requerente. Estas são todas consequências nefastas que devem ser totalmente evitadas pelos Estados.⁵⁸

⁵⁶ SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. Prisão do extraditando no ordenamento jurídico brasileiro: novas perspectivas. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 83, p. 335-347, abr. 2013.

⁵⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. rev. e ampl. atual de acordo com as Leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas 2014. p. 581.

⁵⁸ SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. *Op. cit.*

Justamente por se ter em vista os efeitos nefastos que poderão decorrer da não consideração desta modalidade de segregação cautelar, é que, tal como apontado, a aplicação das regras da detração penal será mesmo a medida mais adequada.

3.1.3.2 *Da prisão disciplinar*

Seguindo a classificação acima proposta, há ainda que se anotar algo sobre a prisão disciplinar.

Nesse sentido, note-se que a última parte do inciso LXI do art. 5º da Constituição estabelece uma exceção à necessidade de que a prisão seja decretada por autoridade judiciária, independente do flagrante. Trata-se dos *casos de transgressão militar, ou crime propriamente militar, definidos em lei*.

DEMERCIAN e MALULY definem esta possibilidade como prisão disciplinar:

Prisão disciplinar é uma providência que a lei concede à autoridade para que a obediência e a ordem prevaleçam em certos serviços. A Constituição Federal admite sua imposição nas transgressões militares e nos crimes propriamente militares, definidos em lei, independentemente de flagrante delito ou ordem de autoridade judiciária (art. 5º, inc. LXI). Por outro lado, tem caráter disciplinar, a prisão prevista no art. 656, parágrafo único, do Código de Processo Penal, ou seja, aquela determinada pelo magistrado em face do descumprimento da determinação de apresentação do preso em sede de *habeas corpus*.⁵⁹

De acordo com os fundamentos da detração penal outrora expostos, não há dúvida de que, quando o cerceamento de liberdade puder ser considerado como provisório, isto é, quando não constituir um fim em si mesmo, mas antes implicar na cautela para a efetivação de uma pena principal, a necessidade do abatimento da pena restará mantido.

⁵⁹ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 163-164.

3.1.4 Da Prisão do Falido (Lei nº 11.101/05)

Por fim, embora já se trate de entendimento sedimentado, convém salientar - apenas em razão da alteração do ordenamento jurídico desde a edição do art. 42 do Código Penal – que já não mais é possível a prisão administrativa do falido, antes regulado pelo Decreto-Lei nº 7.661/1945, em seu artigo 35⁶⁰.

Ao completo arrepio das disposições constitucionais que lhe foram supervenientes, a legislação falimentar revogada permitia a decretação da prisão do falido, mesmo que ausente qualquer conexão com um ilícito penal.

Em sentido oposto, a atual Lei de Recuperações e Falências (Lei nº 11.101/05), contém as seguintes disposições:

Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações:
VII – determinará as diligências necessárias para salvaguardar os interesses das partes envolvidas, podendo ordenar a prisão preventiva do falido ou de seus administradores quando requerida com fundamento em provas da prática de crime definido nesta Lei;

Como se vê, o atual regramento exige como requisito da prisão preventiva do falido, o indício do cometimento de crime definido nesta lei. Em outras palavras exige o *fumus comissi delicti* específico.

Embora tenha se adequado às determinações constitucionais nesse particular, o dispositivo só pode ser aplicado se feita uma interpretação conforme, haja vista a absoluta incompetência do juízo da falência para decretar a prisão:

Ora, a lei nova de falências já nasce velha. Permite, **no cível**, que o juiz como efeito da sentença que decreta a falência prenda preventivamente o falido, sem que haja ação penal, pois esta será proposta no juízo criminal e não no falencial (art. 187 da Lei Falencial). Portanto, se prisão preventiva houver, por extrema e comprovada necessidade, deverá ser decretada no juízo criminal competente para conhecer a ação penal e não no juízo falencial como diz o art. 99 acima.⁶¹ (grifos no original)

⁶⁰ Art. 35. Faltando ao cumprimento de qualquer dos deveres que a presente lei lhe impõe, poderá o falido ser prêso por ordem do juiz, de ofício ou a requerimento do representante do Ministério Público, do síndico ou de qualquer credor.

Parágrafo único. A prisão não pode exceder de sessenta dias, e do despacho que a decretar cabe agravo de instrumento, que não suspende a execução da ordem.

⁶¹ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 804-806.

Portanto, mais um vez, o que antes era prisão administrativa, passou a ser classificada como uma hipótese específica de prisão cautelar processual penal - apenas com base em delitos específicos – e que como tal deverá obedecer a todos os demais requisitos para o cerceamento cautelar, notadamente aquele disposto no art. 313, inciso I, do Código de Processo Penal, ou seja, a necessidade de que o crime *sob judice* seja doloso e tenha pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, fator que reduz sua aplicabilidade somente aos tipos previstos nos artigos 168 e 172 da Lei de Recuperações e Falências, resguardada a hipótese de descumprimento de medida cautelar diversa da prisão, conforme se expôs acima, com base nos artigos 282, §4º e 312, parágrafo único, ambos do CPP.

3.1.5 Prisão Civil

Passemos agora a abordar aquilo que, nos termos acima expostos, Alberto Silva FRANCO identificou como uma ausência no atual conceito de detração penal, isto é, a possibilidade da prisão civil figurar como segregação a ser detraída.

Sobre esta temática, Luís Fernando de Moraes MANZANO ensina que:

A prisão civil é assim denominada porque decretada por juiz do cível, com o fim de compelir alguém ao cumprimento de determinada obrigação civil. [...] cumprida a obrigação, ela não mais deve subsistir, sob pena de ilegalidade, passível de *habeas corpus*.⁶²

Embora o artigo 42 não faça referência expressa à possibilidade de detração da prisão civil, parte da doutrina tem aceitado a compensação nestes casos, seja por seus fundamentos, seja por entender que a prisão civil pode ser equiparada à prisão administrativa.

Assim com Warley BELO:

Entendemos que deve ser considerado como prisão administrativa a prisão civil, pois é perfeitamente possível uma analogia *in bonam partem* do conceito prisão administrativa a fim de entendê-la até mesmo como qualquer prisão de natureza não penal.⁶³

⁶² MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 466-467.

⁶³ BELO, Warley. Detração penal. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília, v. 1, n. 17, p.170-191, jul/dez. 2004. p. 180.

Anote-se que há posições divergentes, tal como Luiz Regis PRADO:

Já a prisão civil em sentido estrito (prisão civil por dívida) somente é admissível em se tratando do depositário infiel e de responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia (arts. 5.º, LXVII, CF; 1287, CC, 733, § 1.º e 904, CPC). Como o estatuto penal refere-se apenas à prisão administrativa, restaria excluída da detração, a princípio, a prisão civil em sentido estrito, embora parte da doutrina defenda aqui uma interpretação extensiva.⁶⁴

Contudo, capitaneados pelos ensinamentos de Júlio Fabbrini MIRABETE, alguns doutrinadores têm aceitado que a detração possa se operar em caso de prisão civil:

Deve-se incluir na prisão administrativa, ou seja, não penal, para fins do art. 42 do CP, a prisão civil, permitida nas hipóteses de depositário infiel e de responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar voluntário e inescusável.⁶⁵

Da mesma maneira para MANZANO, segundo o qual: “*O tempo da prisão civil deve ser computado na pena imposta em processo penal pelo mesmo fato, por força do art. 42 do CP, que trata da detração penal*”.⁶⁶

Indo além, René Ariel DOTTI esclarece os casos em que a detração deverá ser considerada nesse campo:

Apesar da omissão do texto legal, a detração também opera no caso da prisão civil, i.e., a decretada contra o devedor de alimentos ou depositário infiel, admitida pela CF (art. 5º, LXVII). A lacuna tem sido resolvida favoravelmente pela doutrina [...] Em consequência, na execução da sentença condenatória pelo crime de abandono material (CP, art. 244) ou de apropriação indébita (CP, art. 168) deve ser abatido o tempo em que o réu sofreu a prisão civil decorrente do mesmo fato.⁶⁷

Corroborando este entendimento, Warley BELO dispõe que:

⁶⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1**: parte geral: arts. 1º a 120. 2. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 367.

⁶⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 370.

⁶⁶ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 469.

⁶⁷ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. 4. ed. rev., atual e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 713.

Dessa maneira, sendo o alienante ou devedor preso civilmente em decorrência do inadimplemento é por todo lógico a detração da pena eventualmente imposta pela prática de apropriação indébita (art. 168, CP), sob pena de verdadeiro *bis in idem*, intolerável no estágio atual da dogmática penal.⁶⁸

Ressalte-se que a Constituição Federal, no art. 5º, inciso LXVII, limitou a possibilidade de prisão civil: “*não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.*” Além disso, como é cediço, a adesão do Estado brasileiro ao Pacto de San Jose da Costa Rica, excluiu do ordenamento a possibilidade de prisão do depositário infiel, posicionamento consolidado pelos seguintes entendimentos sumulares: “*Súmula Vinculante 25 do STF: É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito*” e “*Súmula 419 do STJ: Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel.*”

Sendo assim, não há mais sentido em se defender a detração no caso de posterior condenação pelo delito de apropriação indébita. Somente o que, a princípio, remanesce, é o caso de detração quando o mesmo fato que deu ensejo à prisão civil por dívida alimentar puder configurar o crime de abandono material, caso em que, segundo a doutrina apontada, a detração haveria que se operar.

3.1.6 A Detração na Medida de Segurança

Como se viu, além do abatimento na pena privativa de liberdade definitiva, o art. 42 do Código Penal estabelece que *o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado* (art. 41), será computado também na medida de segurança.

⁶⁸ BELO, Warley. Detração penal. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília, v. 1, n. 17, p.170-191, jul/dez. 2004. p. 180. Em sentido oposto ao destes doutrinadores, Cezar Roberto BITENCOURT defende que: “*A prisão civil em sentido estrito não foi contemplada com a possibilidade de detração penal, em que pese o entendimento contrário de Mirabete e Celso Delmanto.*” Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 583.

A figura da medida de segurança vai regulada nos artigos 97 e 98 do Código Penal:

Imposição da medida de segurança para inimputável

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

Prazo

§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos

Perícia médica

§ 2º - A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução

Desinternação ou liberação condicional

§ 3º - A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade

§ 4º - Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos

Substituição da pena por medida de segurança para o semi-imputável

Art. 98 - Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º.

A primeira conclusão a que se deve chegar da leitura de tais dispositivos, é a de que a aplicação da medida de segurança somente poderá ser imposta ao inimputável que tenha cometido um ilícito penal, o que, segundo Paulo César BUSATO, faz denotar a adoção, pelo nosso sistema penal, de um critério de periculosidade criminal, e já não mais a ideia de periculosidade social⁶⁹.

De acordo com MUÑOZ CONDE, a diferenciação entre estes dois critérios é que:

La peligrosidad criminal como fundamento de la aplicación de la medida de seguridad supone la formulación de un pronóstico de comisión de futuros delitos basado en el estado que presenta el sujeto [...] La referencia a futuros

⁶⁹ “A evolução da Política Criminal fez reconhecer o absurdo do uso de medidas de segurança pré-delituais e do critério de periculosidade social. Passou-se, assim, ao sistema de periculosidade criminal para as medidas de segurança, segundo o qual se reconhece como pressuposto da aplicação da medida de segurança a prática, por parte do réu, de um “injusto típico”. Isto é consequência de que a maioria dos ordenamentos Constitucionais de nosso entorno jurídico contemplam uma completa gama de princípios que derivam do Estado de Direito. Um sistema penal dessa ordem corresponde a um Direito penal do fato e não do autor”. Cf. BUSATO, Paulo César. **Direito penal:** parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 853.

delitos y no a un genérico comportamiento peligroso es lo que caracteriza a la peligrosidad como “criminal”, por oposición a la “peligrosidad social” [...]. La peligrosidad criminal no puede presumirse por el hecho de estar el sujeto en uno de los supuestos de peligrosidad (por ej., por padecer una anomalía mental que le exime de responsabilidad), sino que debe ser establecida en el proceso y puede ser objeto de controversia, sin que la aplicación de la medida deba llevarse a cabo de manera automática.⁷⁰

Em segundo lugar, as disposições do §1º do art. 97, aparentemente, tornam sem sentido a incidência da detração penal na medida de segurança, vez que seu prazo de duração será indeterminado.

Entretanto, sua inclusão no art. 42 não foi sem razão, de modo que o período detraído deverá ser computado para fins da realização da perícia médica, bem como para a fixação do período mínimo da medida:

O instituto também se aplica aos casos de medida de segurança, nos quais o tempo de internação deve ser considerado para se determinar o período mínimo de duração da medida, bem como da realização do exame de cessação da periculosidade (art. 97, §§ 1º e 2º). Com a detração, não se considera que a pena aplicada tenha sido menor, mas que o tempo de prisão cautelar foi computado como de cumprimento de pena. No caso da medida de segurança, considera-se o tempo de internação como de sujeição à medida de segurança, a fim de determinar o período mínimo de duração da medida e a realização do exame de cessação de periculosidade.⁷¹

Nesse mesmo sentido, Rogério GRECO esclarece que:

Na verdade, o que se espera deduzir não é o tempo em que o sujeito ficará internado para fins de tratamento. A detração aqui mencionada diz respeito ao tempo em que o juiz determinou para a realização do primeiro exame de cessação de periculosidade, uma vez que, segundo o art. 97, §1º, do Código Penal, a internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de um a três anos. Esse prazo mínimo mencionado pela lei é, repetimos, para a realização do primeiro exame de cessação de periculosidade. Suponhamos que o inimputável tenha causado a morte de alguém. Ainda na fase de instrução processual, verificou-se sua total incapacidade de compreensão do caráter ilícito do fato e, antes da sentença que o absolveu e aplicou a medida de segurança, foi determinada a sua imediata internação para fins de tratamento. A partir deste momento, já terá iniciado o prazo de contagem para a realização do primeiro exame de cessação de

⁷⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal: parte general**. 7. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2007. p. 579.

⁷¹ GALVÃO, Fernando. **Direito penal: parte geral**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 585.

periculosidade, que ocorrerá no prazo determinado pelo art. 97, §1º, do Código Penal, a ser estipulado pelo juiz.⁷²

Tudo isso sem embargo das disposições do art. 176 da LEP segundo o qual:

Em qualquer tempo, ainda no decorrer do prazo mínimo de duração da medida de segurança, poderá o Juiz da execução, diante de requerimento fundamentado do Ministério Público ou do interessado, seu procurador ou defensor, ordenar o exame para que se verifique a cessação da periculosidade, procedendo-se nos termos do artigo anterior.

Sem querer adentrar no assunto da admissibilidade de detração das medidas cautelares diversas da prisão – tema que será abordado nos próximos itens -, é preciso notar que não há dúvida desta possibilidade quando nos referimos à medida de internação provisória, já que a própria redação do art. 42 assim estabelece.

Preliminarmente, vale um esclarecimento. Atualmente, não mais se aplica a medida de segurança automaticamente, isto é, tão logo o réu seja identificado como insano e esteja sendo acusado da prática de um delito, tal como na possibilidade criada pelo art. 80 do Código Penal pré-reforma de 1984. E isso, devido às disposições do princípio da presunção da inocência.

Destarte, restou extinta a figura da medida de segurança provisória, nos termos da denominação adotada⁷³. Entretanto, o que realmente se alterou desde então foi que, hoje, para decretar-se a aplicação de uma internação provisória, por exemplo, deverão estar presentes não só a condição de insanidade e a probabilidade do cometimento de um delito, mas também os requisitos intrínsecos às medidas cautelares, dentro das quais passa a figurar o que ainda se pode chamar de medida cautelar provisória.

É dizer, a natureza da internação provisória, regulada hoje pelo art. 319, inciso VII, do CPP, é de medida cautelar, e, como tal, deve obedecer aos seus requisitos:

Noutra dimensão, a “internação provisória” não pode ser desconectada do sistema cautelar, de modo que, mesmo sendo inimputável o agente, é imprescindível a demonstração do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* (aqui, assumido como risco de reiteração) nos mesmos termos anteriormente expostos. Dessarte, não se pode desconsiderar o disposto no art. 314, de modo que o inimputável pode ter agido em legítima defesa ou

⁷² GRECO, Rogério. **Curso de Direito penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p.573.

⁷³ Nesse sentido o seguinte aresto: STJ, HC nº 112.042 - RJ (2008/0166642-5), Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, Data de Julgamento: 19/08/2010.

estado de necessidade da mesma forma que alguém imputável e, por isso, não pode ser submetido à internação provisória (como não poderia ser submetido à prisão preventiva se imputável fosse). Iguamente aplicáveis nesta medida todos os princípios anteriormente expostos, especialmente de excepcionalidade, provisionalidade, provisoriedade e proporcionalidade, sem falar no contraditório prévio sempre que possível.⁷⁴

Não obstante esteja elencada no rol das medidas cautelares diversas da prisão, o *caput* do art. 42 do CP autoriza expressamente que se compute o tempo de internação na pena privativa de liberdade e na medida de segurança.

Dispõe o art. 319, do CPP:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:
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;

Conforme anota Aury LOPES Jr., além dos requisitos gerais das medidas cautelares, a internação provisória ainda tem, ao menos, mais três exigências:

Mais uma inovação sem similar no modelo atual, busca estabelecer uma espécie de medida de segurança cautelar para os casos de crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa por agente inimputável ou semi-imputável. Para tanto, exige-se:

- crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa;
- inimputabilidade ou semi-imputabilidade demonstrada por perícia;
- risco de reiteração criminosa.

Os requisitos são cumulativos e não alternativos.⁷⁵

Mas, se considerarmos o princípio de que o gravame imposto pela medida cautelar jamais poderá ser maior do que aquele eventualmente determinado quando do provimento final, ainda mais um requisito deverá ser considerado: trata-se do cometimento de um delito apenado com reclusão.

O Código Penal dispõe sobre duas espécies de medida de segurança, indicadas e classificadas de acordo com o pretense grau de periculosidade do agente. São elas a internação e o tratamento ambulatorial, tratando-se este “*da realização de cuidados médicos e psicológicos sem internação*”⁷⁶. Desse modo, dispõe o *caput* do

⁷⁴ LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 863.

⁷⁵ *Ibid.* p. 861-862.

⁷⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 864.

art. 97 do Código Penal, que aos crimes punidos com pena de reclusão será imposta a medida de segurança em sua modalidade internação, enquanto que aos crimes punidos com pena de detenção será aplicada a medida de segurança do tratamento ambulatorial.

Sobre a obrigatoriedade da imposição de tratamento ambulatorial àqueles inimputáveis que cometem crime punido com detenção, registre-se a exposição de Juarez Cirino dos SANTOS:

A distribuição de autores inimputáveis (ou semi-imputáveis, necessitados de tratamento curativo) de fato previsto como crime pelas duas espécies de medidas de segurança depende da natureza da pena cominada no tipo de injusto realizado, conforme as seguintes correlações legais (art. 97, CP): a) reclusão determina a internação; b) detenção determina tratamento ambulatorial.

[...]

Aqui, é preciso enfatizar: a cominação legal de pena de detenção no tipo de injusto realizado é fundamento suficiente para aplicar medida de segurança ambulante ao portador de doença mental, por todas as razões indicadas. Afinal, a cominação de pena de detenção indica precisamente a criminalidade de bagatela, cuja prognose não autoriza a aplicação da medida de segurança estacionária, conforme a doutrina mais autorizada. Além disso, nenhuma disposição legal impõe critérios subjetivos adicionais para aplicar a medida de segurança de tratamento ambulatorial, como "condições pessoais" ou prévia "compatibilidade" do agente etc., sugeridos por prestigiados penalistas.⁷⁷

Ora, sendo a internação medida destinada aos inimputáveis que cometem delitos punidos com reclusão, é impossível impor tal cautelar ao inimputável que tenha incidido em pena de detenção. Isto é, se a medida de segurança só pode ser adotada quando da realização de uma ação típica, antijurídica, com exigibilidade de conduta diversa e com potencial consciência da ilicitude, tanto mais faz sentido que a medida cautelar aplicada tenha relação direta com a pena final.

Assim, por exemplo, constatada, ainda no curso do processo de conhecimento, a inimputabilidade, ao tempo dos fatos delituosos, do sujeito que cometeu o delito de lesão corporal leve (que prevê pena de detenção), ele não poderá ser submetido à internação provisória, mesmo que haja risco de reiteração criminosa.

Não sendo este o caso, ou seja, se o crime cometido for apenado com reclusão, e, submetido o agente à internação provisória, há que se operar a detração.

⁷⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. Curitiba, Lumen Juris, 2008. p. 662 e 664.

Mas, se o crime cometido for punido com detenção, a medida cautelar a ser adotada deverá ser o tratamento ambulatorial⁷⁸. Sem querer adentrar na temática da pertinência de imposição de medidas cautelares não previstas em lei, faça-se referência apenas ao fato de que a jurisprudência já se manifestou favoravelmente acerca dessa possibilidade, máxime, quando a imposição da cautelar busca evitar a prisão preventiva⁷⁹.

Destaque-se ainda, que além de ter reconhecido a possibilidade de aplicação de tratamento ambulatorial em caráter cautelar nos casos de crimes apenados com detenção⁸⁰, a jurisprudência já assentou o entendimento de que o tratamento ambulatorial cautelar será possível em outras duas situações. A primeira delas é a da inexistência de vagas para o internamento cautelar do inimputável que cumpra os requisitos do art. 319, inciso VII, do CPP, caso em que a medida adotada deverá ser a do tratamento ambulatorial cautelar, em detrimento da possibilidade de manutenção do réu em estabelecimento normal de custódia preventiva⁸¹. A submissão cautelar ainda será possível excepcionalmente quando, mesmo tendo cometido crime punido com reclusão, as circunstâncias do caso não indicarem a internação provisória como medida adequada⁸².

Admitida tal leitura, abre-se a possibilidade de que, processado inicialmente por um delito cuja pena é de reclusão (e sofrido a medida de internação), o réu tenha, ao final do processo, a imputação desclassificada para um delito punido com

⁷⁸ Entretanto, para Eugênio Pacelli de OLIVEIRA há ainda mais um recorte a ser considerado, já que: “[...] não se admitirá imposição de cautelares e, menos ainda, da prisão preventiva, aos crimes para os quais seja cabível a transação penal, bem como nos casos em que seja proposta e aceita a suspensão condicional do processo [...]”. Cf. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. rev. e ampl. atual de acordo com as Leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas 2014. p. 495.

⁷⁹ Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal já manifestou que: “*Válida é a aplicação pelo juiz de medidas cautelares em substituição à custódia preventiva, inclusive alguma que não esteja prevista no rol do art. 319 do CPP, que é exemplificativo*”. Cf. TJ-DF - HBC: 20140020084635 DF 0008512-15.2014.8.07.0000, 2ª Turma Criminal, Relator: Souza e Ávila, Data de Julgamento: 15/05/2014.

⁸⁰ Cf. TJ-SP, RECSENSES: 57945220018260168 SP 0005794-52.2001.8.26.0168, 4ª Câmara de Direito Criminal, Relator: Willian Campos, Data de Julgamento: 15/03/2011; TJ-PR, ACR 6676515 PR 0667651-5, 1ª Câmara Criminal, Relator: Campos Marques, Data de Julgamento: 01/07/2010.

⁸¹ Cf. STJ, HC: 67869 SP 2006/0220550-3, Sexta Turma, Rel. Min. Nilson Naves, Data de Julgamento: 12/06/2007.

⁸² Cf. STJ, REsp: 912668 SP 2007/0001922-4, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Data de Julgamento: 18/03/2014.

detenção, como no caso de homicídio doloso e o culposo, por exemplo. Possível também avarar situação oposta, isto é, do sujeito que inicialmente é processado por um delito punível com detenção (e sofrido a medida de tratamento ambulatorial cautelar), mas que ao final é, absolvido impropriamente, de um delito cuja pena era de reclusão, como no caso da lesão corporal leve e a grave⁸³.

A questão que aqui se propõe é a adequação da detração penal nesses dois casos. Ora, em relação ao primeiro, impossível não concluir pela possibilidade do desconto do tempo de internação provisória, no período de tratamento ambulatorial imposto pela sentença absolutória imprópria, tendo em vista que o art. 42 do CP alude que o tempo de internação será computado na medida de segurança (gênero composto pelo internamento e pelo tratamento ambulatorial).

Contudo, no segundo caso, em que a medida cautelar é o tratamento ambulatorial, a questão somente poderá ser resolvida se admitida a detração das medidas cautelares diversas da prisão, aspecto abordado nos próximos itens deste trabalho. Assim também com o caso de detração entre o período de tratamento ambulatorial “provisório”, e o tratamento ambulatorial “definitivo”.

E ainda, note-se que para aqueles que reputam ser inconstitucional a indeterminação do tempo de segregação de liberdade do inimputável, a detração penal nesta seara teria ainda mais um efeito.

Para tal explanação, indispensável a transcrição das conclusões de Paulo César BUSATO quanto ao assunto:

A legislação brasileira prevê para a internação e para o tratamento ambulatorial prazo indeterminado, devendo o autor do fato permanecer sob tratamento até a “cessação de sua periculosidade”. Entretanto, ao aplicar a medida de segurança, o juiz é compelido a estabelecer um prazo mínimo de tratamento, que deverá ser de um a três anos, fixado em sentença (art. 97, § 1º, do Código Penal).

Nos casos de internação, evidentemente esta postura se traduz em uma forma de prisão perpétua, violando o princípio da humanidade das penas.

O tema é claro. Não é possível admitir-se um grau de violação de direitos dessa ordem. A realidade é que o internamento por período ilimitado efetivamente contém uma condenação perpétua disfarçada, própria de regimes ditatoriais, e que esse problema foi detectado faz muito tempo.

Trata-se de um hábil mecanismo dirigido a burlar a proibição das prisões perpétuas, posto que o reconhecimento da periculosidade do sujeito, em determinados Estados intervencionistas, poderia levar a afastar indefinidamente da sociedade os inimigos do sistema. E com isso, não

⁸³ Destaque-se a posição de Paulo César BUSATO, segundo a qual, independente do delito cometido, o tratamento ambulatorial, deveria ser sempre a opção preferencial, vez que a medida adotada deve ter relação com a situação pessoal do inimputável e não com o delito cometido. Cf. BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 863-864.

haveria qualquer violação das limitações impostas à pena, já que disso não se trata.

Com essa fraude de etiquetas se rompe evidentemente o limite do princípio de culpabilidade, que, conquanto não figure aqui como elemento do delito, há de impor-se como princípio.

Enquanto a medida de segurança for ilimitada, está presente uma violação do princípio da culpabilidade (no âmbito da proporcionalidade) e do princípio de legalidade (no que se refere à certeza quanto ao conteúdo da incriminação – *lex certa*).

Assim, a admissão de situações desta natureza evidencia um claro retrocesso na escala evolutiva do Direito penal e, portanto, é inadmissível, devendo ser a medida de segurança limitada necessariamente pelo máximo da pena privativa de liberdade aplicável.⁸⁴

Em sentido semelhante, mas com critério diverso de determinação do período máximo de submissão à medida de segurança, Luís Fernando de Moraes MANZANO alude que:

O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento no sentido de que o prazo máximo de duração da medida de segurança é o permitido no art. 75 do CP, ou seja, trinta anos (HC 98.360/RS, 1ª Turma, relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 4.8.2009, Dje de 23.10.2009), reconhecendo-lhe, assim, o caráter afilitivo, de sanção penal, como a pena.⁸⁵

Em que pese o critério adotado por MANZANO, no decorrer do desenvolvimento deste trabalho sobreveio edição de súmula, pelo Superior Tribunal de Justiça, a qual deu cabo, felizmente, às discussões acerca da indeterminação da medida de segurança. Trata-se do enunciado 527, *in verbis*: **“O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado.”**

Evidente que, sob tal perspectiva, além dos já citados efeitos percorridos pela doutrina, a detração penal operaria ainda com o objetivo de que o tempo de internação ou prisão provisória fosse computado para fins da limitação da pena máxima.

Ainda nesse campo mais algumas questões merecem ser anotadas.

A primeira delas diz respeito à pertinência da detração penal entre uma medida de segurança e a pena privativa de liberdade.

⁸⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 865-866. Ainda no sentido de que o limite seria a pena máxima em abstrato cominada ao delito perpetrado. Cf. STJ, HC: 250717 SP 2012/0163628-3, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, Data de Julgamento: 11/06/2013.

⁸⁵ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 302.

A hipótese que se traz à baila é aquela do semi-imputável que tem sua internação provisória decretada, mas que, ao final do processo, acaba sendo condenado a uma pena privativa de liberdade. Nesse caso, conforme exsurge da redação do art. 42 do CP, o tempo de internação provisória deve ser detraído da pena privativa de liberdade. Nesse teor é o apontamento de Celso DELMANTO, ao comentar, sem prejuízo, a normativa antiga da detração:

Muito embora o tempo de prisão seja inaproveitável na medida de segurança, a recíproca deve merecer tratamento diverso. Aplicada a medida de segurança detentiva (CP, art. 80), mas depois revogada, não existe óbice, a nosso ver, para que ela deixe de ser descontada da pena privativa de liberdade.⁸⁶

De outro, embora registrem-se algumas posições no sentido da impossibilidade da detração do período de prisão preventiva na medida de segurança, ante a ausência de tratamento na constrição cautelar, a redação do art. 42 não deixa dúvidas da impropriedade de tal leitura, já que determina que “*computam-se, [...] na medida de segurança, o tempo de prisão provisória no Brasil ou no estrangeiro [...]*”. Tal é a leitura que Júlio Fabbrini MIRABETE realiza do dispositivo:

Também consagra a lei a detração da prisão provisória e de internação, quando o sentenciado é submetido afinal à medida de segurança. Esse tempo é computado na contagem do lapso de um a três anos, fixados em lei para a duração mínima da medida de segurança (art. 97, §1º). Nesse caso, o prazo de prisão provisória é computado não para o fim de cessar a medida de segurança, mas no tempo mínimo necessário à realização obrigatória do exame de verificação de cessação de periculosidade.⁸⁷

Outrossim, Alberto Silva FRANCO já registrou posição jurisprudencial nesse mesmo sentido:

Sem dúvida que tem o paciente direito à detração a partir do momento que já descontava medida de segurança, ainda que provisória; questão a merecer atenção será a do benefício contado a partir do momento em que foi preso, em caráter provisório – vale dizer, somando-se o tempo de prisão, ainda que provisória, com o de desconto de medida de segurança, também provisória. À primeira vista pareceria impossível tal soma, de vez que o desconto de medida de segurança há de presumir alguma forma de tratamento (que é a

⁸⁶ DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 5. ed. aum. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 39.

⁸⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 376.

finalidade principal dela), o que não ocorre estando simplesmente detido o réu.

Mas a detração certamente é possível. O prazo da medida de segurança não é fixo – estabelecido é, apenas, um período mínimo de duração, que será prorrogado uma vez que laudo de inspeção médica o aconselhe; por outro lado, a medida será dada como cumprida e posto em liberdade o paciente se, em laudo regular, for afirmada sua recuperação.

Se assim é, melhor que se somem “os períodos de prisão provisória com o tempo em que já estava o paciente submetido à medida de segurança, também provisória, para se alcançar o mínimo fixado na sentença. Prejuízo algum se verificará, para a sociedade, já que ele somente será posto em liberdade se mentalmente são. Prejuízo haverá, para o paciente, se já estiver em condições de ser libertado devendo permanecer, por longo espaço de tempo, já são, em Casa de Custódia e Tratamento, em regime de internamento coercitivo.

Daí por que entendo, também, que a correta exegese do art. 42 do CP, com a nova redação que à Parte Geral do Código deu a Lei nº 7.209/84, será a de permitir, sempre, a detração, qualquer que seja o fundamento legal da custódia anterior: prisão ou desconto de medida de segurança, ainda que provisórias uma ou outra.⁸⁸

Além disso, note-se que o que se está a discutir são os fundamentos da aplicação da prisão cautelar. É dizer, o único objetivo de qualquer medida cautelar deve ser garantir a aplicação de eventual pena principal e não antecipar os efeitos da condenação ou da absolvição imprópria. É por isso que não se pode aceitar o argumento de que a ausência de tratamento em sede provisional impossibilita a detração da prisão provisória na medida de segurança.

Pensemos, por exemplo, no caso de um réu que ficou segregado cautelarmente, já que não havia ainda um laudo comprobatório de sua insanidade. É possível que até então, o réu não fosse considerado como insano (ao menos, no curso do processo no qual ficou preso), pelo que não teria sentido exigir-se o tratamento. Todavia, ainda assim não seria possível defender que este período não pudesse ser computado na medida de segurança, máxime, após o advento da Súmula 527 do STJ.

De outro, se, como dissemos, a cautelar visa a tão somente garantir o principal, e o principal é o tratamento mediante internação compulsória, a prisão – conquanto ausente o tratamento – cumpriu sua função, que era impedir o descumprimento final da sentença.

E ainda. O Código de Processo Penal, determina, em seu art. 149, §2º, que sobrevindo situação de dúvida quanto à sanidade mental do réu, o processo será suspenso – salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento

⁸⁸ FRANCO, Alberto Silva, et al. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**, volume 1, tomo 1. 6.ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 792.

– determinando-se a realização de exame médico legal. Em seguida, no art. 152, §1º, dispõe que, constatado que a doença mental sobreveio à infração, o processo continuará suspenso até que o acusado se reestabeleça, caso em que o juiz poderá determinar a sua internação em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento adequado.

Contudo, antes mesmo de se aventar sobre a pertinência da detração deste período, é imprescindível anotar a posição da doutrina quanto a tais determinações.

Nesse passo, Eugênio Pacelli de OLIVEIRA defende que:

[...] a norma que estabelece a paralisação do processo até o completo restabelecimento do acusado deve ser interpretada em conformidade com o princípio da inocência, que veda a adoção de quaisquer medidas que impliquem antecipação de culpa ou dos resultados finais do processo.

Assim, do mesmo modo que em relação ao acusado sadio não se poderá determinar a privação de sua liberdade a não ser com fundamentação em razões de natureza cautelar, também aqui não será possível o internamento do acusado, sem maiores considerações, tal como se encontra disposto no art. 152, §1º, do CPP.

É preciso ter sempre em conta que a privação da liberdade daquele submetido a processo penal ainda não sentenciado definitivamente, isto é, com decisão passada em julgado, será sempre uma custódia (recolhimento a estabelecimento prisional ou mesmo hospital, no caso do inimputável) do inocente, a exigir, portanto, ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária, conforme dispõe o art. 5º, LXI, da CF.

Tratando-se de inimputável, sujeito, então, à internação, como assinalado no mencionado §1º do art. 152, a questão é ainda mais complexa, uma vez que não existe prazo certo para a privação da liberdade, tudo a depender da recuperação mental do acusado.

Por isso, pela impossibilidade de se poder adotar qualquer tipo de critério hermenêutico que permita viabilizar a aplicação simultânea da referida norma de internação (por tempo indeterminado) e do princípio constitucional da inocência, precisamente em razão da indeterminação temporal, somos pela revogação do citado art. 152, §1º, configurador de verdadeira antecipação dos resultados finais de uma opção penal condenatória.⁸⁹

Menos incisiva é a posição de Luís Fernando de Moraes MANZANO, o qual sustenta não a revogação do artigo, mas sim a limitação temporal da suspensão: *“Pergunta-se: por quanto tempo o processo de conhecimento ficará suspenso? A lei processual não previu. À mingua de previsão legal, adota-se, por analogia, o prazo máximo de um ano, previsto no art. 265, §5º, do CPC.”*⁹⁰

⁸⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. rev. e ampl. atual de acordo com as Leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas 2014. p. 325. Quanto ao último termo utilizado, melhor seria ter dito “absolutória imprópria”.

⁹⁰ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 303.

Solução diversa da encontrada por este doutrinador é aquela que limita o período deste internamento provisório pela prescrição da pretensão punitiva. É dizer, ao contrário do que ocorre com a suspensão do processo prevista no art. 366 do CPP, os arts. 152 e 149, §2º, do mesmo diploma, não determinam a concomitante suspensão do prazo prescricional, razão pela qual, sobrevindo seu termo *ad quem*, a impossibilidade da aplicação da medida principal fará fenecer qualquer medida provisória adotada no curso do processo.

Relevante ainda o posicionamento de Aury LOPES Jr.:

Na inimputabilidade superveniente, a doença mental somente se manifesta no curso do processo, ou seja, ao tempo da ação ou omissão, o agente era imputável. A inimputabilidade é posterior ao fato criminoso. Neste caso, determina o art. 152 do CPP que o processo criminal seja suspenso até que o acusado se restabeleça. O processo somente retomará seu curso se o acusado se restabelecer.

Aqui reside um grande problema, pois muitas doenças mentais não são passíveis de “cura”, mas apenas “controláveis” em maior ou menor grau, com tratamento e uso de medicamentos. Logo, a rigor, o processo ficará indefinidamente suspenso.

Nestes casos, errou o legislador ao não conciliar a medida cautelar com os dois desdobramentos possíveis do processo principal e nos parece, por elementar, que não poderá existir uma internação “provisória-definitiva”...

Pensamos então, que uma vez suspenso o processo porque a doença mental é superveniente, deverá cessar a internação provisória. Como muito, em casos extremos, poderá o juiz adotar outra medida cautelar alternativa (monitoramento, dever de comparecimento, recolhimento domiciliar etc.) por mais um período de tempo, mas que também não poderá ser indeterminada.⁹¹

Ressalte-se que, qualquer que seja a posição adotada, o tempo que se passar nesta internação provisória, certamente deverá ser computado na medida de segurança final. Esse pressuposto, conjugado com o advento da súmula 527 do STJ, poderá gerar um situação inusitada que é a de tornar sem efeito a restrição resultante da sentença absolutória imprópria.

Explica-se.

Como o processo poderá ficar suspenso, e o réu internado, durante todo o prazo prescricional, por exemplo, pode ocorrer de a sentença absolutória imprópria ser completamente inócua, sempre que o período passado na internação provisória for maior do que a pena máxima em abstrato cominada ao delito praticado.

⁹¹ LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 864.

Por fim, uma última hipótese. O art. 183 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) estabelece que, se a doença mental sobrevier ao condenado no curso da execução da pena, o juiz poderá determinar a substituição da pena privativa de liberdade pela medida de segurança⁹².

Parte da doutrina entende que nesta situação operar-se-ão os efeitos da detração, no seguinte sentido:

No processo de execução, sobrevindo doença mental, o condenado deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado. A conversão pode ser definitiva ou provisória, dependendo da conclusão do laudo. Se for provisória, o tempo de internação será abatido do tempo de cumprimento da pena. Se for definitiva, o prazo mínimo deverá ser de um a três anos.⁹³

Assim também com Fernando GALVÃO:

Cabe observar que a detração penal pode ocorrer por fato posterior ao início do cumprimento da pena. É o caso da superveniência de doença mental, que, conforme o art. 41 do CP, acarreta o recolhimento do condenado a hospital de custódia e a tratamento psiquiátrico ou, na falta, em outro estabelecimento adequado. O art. 183 da LEP reza que [...]. Em qualquer caso, operam-se os efeitos da detração.⁹⁴

A par deste posicionamento, o Superior Tribunal de Justiça ao manifestar-se sobre a questão exarou entendimento no sentido de que não há que se falar em detração em tais casos, já que, sobrevinda a doença mental no curso da execução, o condenado já contaria com sentença penal transitada em julgado, razão pela qual substituir sua pena privativa de liberdade por uma medida de segurança de tempo indeterminado, seria ferir a coisa julgada. Desse modo, foi exposto que mais correto

⁹² Art. 183. Quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança.

⁹³ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 303.

⁹⁴ GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 587.

seria o simples cômputo da medida de segurança, convertida, como se pena privativa de liberdade fosse, isto é, somente até o limite da pena fixada na sentença⁹⁵.

Note-se que esta última posição é a que mais se adequa ao entendimento exposto acima, no sentido de que em qualquer caso a medida de segurança deverá ter tempo limitado⁹⁶.

Ademais, conquanto as discussões que envolvam a súmula 527 do STJ não tenham chegado aos tribunais, destaque-se que tal conversão de pena de prisão em medida de segurança, quando já houver coisa julgada fixando um *quantum* determinado de pena, não poderá fazer com que o tempo de medida de segurança exceda a reprimenda fixada na sentença. Sendo assim, não há que se aventar que, sobrevindo a doença mental no curso da execução o réu tenha que completar (considerando o tempo que já ficou preso), na internação o período de pena máxima do delito. Deverá sim, completar o tempo de pena fixado na sentença.

3.1.7 Detração nas Penas Restritivas de Direito

Embora não estejam contidas na redação do art. 42 do CP, parte da doutrina aceita que também as medidas restritivas de direitos, por medida de equidade, devem ser modificadas pela detração.

Nesse viés, a primeira questão que se deve anotar é a possibilidade de detrair-se o tempo de prisão cautelar, quando ao final o réu resta condenado à pena restritiva de direitos, sem embargo do fato de que a redação do art. 42 aluda que é somente na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, ambas definitivas, que será

⁹⁵ Cf. STJ, HC Nº 112.042 - RJ (2008/0166642-5), Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, Data de Julgamento: 19/08/2010; STJ, HC 24.455/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 19/05/2003.

⁹⁶ Desta maneira, mais um passo é dado na evolução da correta aplicação do instituto. Interessante, nesse particular, a referência feita por Roberto LYRA: "*Segundo o parág. Único do art. 68 da Consolidação das Leis Penais, se a enfermidade mental se manifestar depois que o condenado estiver cumprindo a pena, ficará suspensa a execução, não se computando o tempo de suspensão no da condenação. [Narrando, logo em seguida, casos em que] indivíduos [ainda internados em manicômio] que já ultrapassaram, de muitas vezes, o tempo da condenação, mas que, por se acharem mentalmente enfermos, têm esse tempo descontado, e quando, com alta, regressarem à prisão, recomeçarão o cumprimento da pena, interrompida pela doença que os levou ao manicômio.*" Cf. LYRA, Roberto. **Comentários ao código penal**. Vol II. Arts. 28 a 74. Editora Forense: Rio de Janeiro, 1958. p.151-152. Note-se que esta lamentável situação poderia se repetir caso fossem aplicadas as disposições do atual art. 152, §1º, do atual CPP.

descontada a prisão “provisória”, a internação e, a depender da posição que se adote, a chamada prisão administrativa.

Tal é o magistério de Alberto Silva FRANCO:

O texto do art. 42 da PG/84 não se referiu às penas restritivas de direito, parecendo indicar com isso que, em relação a esta espécie penal, a detração não teria cabimento. Tal entendimento seria, contudo, rigoroso em demasia. Se a detração é admitida em relação a uma espécie de pena mais gravosa, como é a pena privativa de liberdade, não há motivo para que não o seja no que tange a uma sanção penal menos relevante, como a das penas restritivas de direito. Dessa forma, se o condenado a pena restritiva de direitos esteve anteriormente preso, em virtude de medida cautelar, poderá abater o tempo correspondente à cautela que lhe foi aplicada. Cuida-se, no caso, de aplicação do princípio da analogia *in bonam partem* que é consagrado no Direito Penal.⁹⁷

Assim também para Luiz Regis PRADO:

Embora não se refira o mencionado artigo [42, do CP] ao tempo de execução de penas restritivas de direitos (sobretudo nas modalidades de limitação de fim de semana e de prestação de serviços à comunidade), o entendimento dominante – e mais coerente – é o de que também nessa hipótese é perfeitamente cabível o reconhecimento da detração penal. Assim, se o condenado esteve preso por dois meses, por exemplo, e posteriormente foi condenado a seis meses de pena privativa de liberdade, substituída por prestação de serviços à comunidade, deverá ser computado na sanção aplicada o lapso temporal da prisão provisória.⁹⁸

E ainda, Paulo QUEIROZ:

Não obstante a lei faça referência à “pena privativa da liberdade”, dando a entender que somente se aplica a essa modalidade de pena, a detração, em verdade, deve ser aplicada, também, com maior razão, às penas restritivas de direito. Por isso, se alguém, e.g., tendo ficado preso em flagrante por dois meses⁹⁹, vem a ser condenado a prestação de serviço à comunidade por doze meses, terá de prestar serviços por dez meses apenas. Não fosse assim, dar-se-ia uma inversão do princípio da proporcionalidade: penas mais brandas teriam um tratamento mais rigoroso, é dizer, condenados, em tese, mais perigosos teriam um tratamento mais suave.¹⁰⁰

⁹⁷ FRANCO, Alberto Silva, et al. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**, volume 1, tomo 1. 6.ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 791.

⁹⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1**: parte geral: arts. 1º a 120. 2. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 367.

⁹⁹ A atual impossibilidade de tal distensão da prisão em flagrante não prejudica o exemplo.

¹⁰⁰ QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 354.

Em suma, pode-se dizer que doutrina e jurisprudência¹⁰¹ têm aceitado a possibilidade de detrair-se o tempo de prisão cautelar, quando ao final o réu resta condenado a uma pena restritiva de direitos.

3.1.8 Detração nas Medidas Cautelares Diversas da Prisão

Embora, de um modo geral, a doutrina tenha tratado de modo conjunto a detração nas penas restritivas de direito e a detração das medidas cautelares diversas da prisão, para fins didáticos, iremos expor como questão distinta a pertinência da detração das medidas cautelares diversas da prisão, em relação às quais verifica-se a divergência do entendimento doutrinário.

Nesta seara, já anotamos que a medida cautelar prevista no inciso VII do art. 319 do CPP, nomeadamente a interação provisória, deverá ser detraída do tempo de prisão ou medida de segurança em decorrência da própria disposição do art. 42 do CP: *“A única medida cautelar restritiva que admite detração é a internação provisória (CPP, art. 319, VII), e isso por força do disposto no art. 42 do CP, que tem previsão expressa a respeito.”*¹⁰²

Outrossim, aduzimos, sem entrar na polêmica das medidas cautelares não previstas em lei, que a jurisprudência tem aceitado a imposição de tratamento ambulatorial como medida cautelar, mas, neste campo, a possibilidade de abatimento da restrição cautelar dependerá do que se entenda sobre o posicionamento geral acerca da detração das medidas cautelares diversas da prisão.

Sobre este particular, logo após comentar o cabimento da detração da internação provisória, Renato MARCÃO defende que:

A discussão na doutrina é acirrada e tem valiosos argumentos em sentido contrário, para afirmar a possibilidade de detração também em relação a outras medidas. Com a devida *vênia*, é imperioso concluir que a única possibilidade lógica autorizada é a acima indicada, e a omissão sintomática do legislador não pode ser suprida pelas variadas proposições que se têm

¹⁰¹ Cf. STJ, HC: 202618 RS 2011/0074968-6, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Data de Julgamento: 19/06/2012; TRF-4, ACR: 50041463920134047002 PR 5004146-39.2013.404.7002, Sétima Turma, Relator: Sebastião Ogê Muniz, Data de Julgamento: 05/08/2014.

¹⁰² MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 774.

apresentado a respeito do tema, ora para abater na mesma proporção dos dias de medida cautelar restritiva, ora para achar uma equação de proporcionalidade entre a cautelar e a definitiva. As medidas cautelares restritivas não têm natureza de privação da liberdade - que visam exatamente evitar -, daí a impossibilidade de detração.¹⁰³

Por outro lado, não faltam argumentos em prol da detração das medidas cautelares diversas da prisão.

Nesse sentido, o próprio Renato MARCÃO, que defende firmemente a impertinência da detração nesta seara, acaba por reconhecer que:

O tempo de prisão domiciliar comporta detração nos termos do art. 42 do CP, visto que na hipótese a medida é aplicada em substituição à prisão preventiva. O que se está a cumprir, em verdade, é prisão cautelar, embora na forma domiciliar, daí ser admissível o abatimento do tempo de encarceramento antecipado do total da pena ao final aplicada, em caso de condenação.¹⁰⁴

Já Warley BELO expõe que:

[...] imposto ao réu quaisquer restrições ao direito de locomoção, antes de decretar-lhe o édito de condenação, há – por imperativo de equidade – de se efetuar a detração desse lapso temporal de pena imposta, como forma razoável de compensação em face dos gravames consequentes do castigo antecipado.¹⁰⁵

Mais abrangente é a posição de Pierpaolo Cruz BOTTINI:

Em suma, a nova lei merece todos os elogios. Mas há um ponto que exige reflexão: a ausência de previsão da detração diante da aplicação de medidas cautelares distintas da prisão. O Código Penal dispõe, no artigo 42, que será computado, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro – a detração. Se o réu aguardou preso preventivamente o andar do processo, é natural que esse tempo seja descontado da pena final, ainda que a qualidade e natureza das prisões cautelar e definitiva seja distinta. A supressão do direito de locomoção para salvaguardar o processo será compensado na pena final. 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

¹⁰³ MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 774-775.

¹⁰⁴ *Ibid.* p. 712.

¹⁰⁵ BELO, Warley. Detração penal. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília, v. 1, n. 17, p.170-191, jul/dez. 2004. p. 178.

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) [...]

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 [que] 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. 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.¹⁰⁶

Assim também para Luiz Vicente CERNICCHIARO:

A detração não é restrita aos casos de prisão. [...] Assim, *ex vi legis* a detração não considera apenas a prisão (ou melhor, o tempo da prisão). Vai além, sempre que o Estado impuser restrição ao exercício do direito de liberdade. Se o juiz impuser medida restritiva, podendo determinar prisão preventiva, ainda assim, cerceia o direito de liberdade. [...] A medida restritiva não suprime o exercício do direito de liberdade, todavia, como a prisão, registra restrições a esse exercício.¹⁰⁷

Portanto, no que toca ao abatimento do tempo de cumprimento de medida cautelar diversa da prisão, verifica-se ampla divergência na doutrina. Ademais, as opiniões variam de acordo com o caso concreto que se está tratando. É dizer, um é o posicionamento quando estamos diante de um caso em que entre a medida cautelar e a restrição de direitos definitiva há identidade¹⁰⁸, mas distinto é o caso quando a medida cautelar diversa da prisão há de ser detraída, por exemplo, do

¹⁰⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Medidas cautelares**: nova lei peca nas chances de detração penal. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jul-01/nao-detracao-casos-cautelar-aplicada-distinta-prisao>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

¹⁰⁷ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Questões penais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 5-6.

¹⁰⁸ Já se decidiu, por exemplo, ser possível a detração entre a condições cumpridas na pendência do *sursis* e a medida restritiva de direitos ao final aplicada. Cf. TRF-4, ACR: 7401320044047002 PR 0000740-13.2004.404.7002, Oitava Turma, Relator: Sebastião Ogê Muniz, Data de Julgamento: 01/02/2012.

encarceramento definitivo em regime semiaberto, ou fechado, máxime em razão da ausência de parâmetros para se promover tal abatimento.

Quanto a esse aspecto, vale ressaltar que, atualmente, tramita no Senado Federal o PLS 513/2013, o qual pretende amplas alterações na Lei de Execução Penal, sendo que dentre elas está a chamada detração especial, assim definida em seu art. 186-A:

Art. 186-A (inclusão). Nos casos em que o cumprimento da pena se der em regime diverso daquele fixado na sentença, o condenado terá direito a uma detração compensatória pelo desvio de execução sofrido na proporção de 2 (dois) dias de efetivo cumprimento de pena a cada dia em que permanecer em regime diverso do semiaberto, e 3 (três) dias de efetivo cumprimento de pena a cada dia em que permanecer em regime diverso do aberto.¹⁰⁹

Ao definir um critério de compensação entre diferentes regimes de cumprimento de pena, é possível concluir que tratar-se-á, pois, da inserção, no ordenamento jurídico, de um parâmetro, ainda que genérico, para guiar a equação do abatimento da pena, se e quando aceitar a detração das medidas cautelares diversas da prisão.

3.1.9 Outros Casos de Aplicação da Detração Penal

Conforme se tem notado, o alcance da detração penal vai muito além do que a simples leitura do art. 42 do Código Penal indica, mesmo porque, embora tenha se mantido inalterado desde a reforma da parte geral do Código Penal em 1984, o conceito de detração vem sendo ressignificado não só pelas várias reformas processuais desde então, mas também pela inclusão de novos institutos ao sistema processual penal, a exemplo do que ocorreu com a Lei 9.099/95.

Sendo assim, antes de dar cabo ao primeiro capítulo deste trabalho, que pretendeu abordar justamente a inesperada amplitude da aplicabilidade da detração penal, convém salientar, ainda que brevemente, visto que a análise exaustiva

¹⁰⁹ Ademais, o art. 130-A deste mesmo projeto prevê a possibilidade da detração de qualquer medida cautelar: “Art. 130-A. *Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de cumprimento de qualquer medida cautelar, prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa, o de internação em Hospital de Custódia ou estabelecimento similar.*”

desbordaria os limites deste estudo, mais algumas hipóteses de aplicação da detração, conforme entendimentos doutrinário e jurisprudencial que ainda não se consolidaram num ou noutro sentido.

Nesse viés, cite-se a exposição de Fernando GALVÃO, o qual, após calcar-se no magistério de CERNICCHIARO, promove ampla análise da detração, que tem por base as medidas restritivas de direito anteriores ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória:

[...] as medidas restritivas de liberdade aplicadas também devem gerar o direito à compensação. É o que acontece quando da aplicação do *sursis* simples, no qual o condenado, no primeiro ano do período de prova, presta serviços à comunidade ou submete-se à limitação de fim de semana [...] o mesmo se dá com o *sursis* especial, no qual a reparação do dano e as circunstâncias favoráveis do art. 59 do CP permitem substituir a obrigação de prestar serviços à comunidade ou de sujeitar-se à limitação de final de semana por outras, entre as quais a proibição de frequentar determinados lugares [...] havendo cumprimento de pena restritiva de direitos, no caso de posterior revogação do *sursis*, o tempo de cumprimento deverá ser abatido da pena privativa de liberdade a ser cumprida pelo condenado. [...] Também acontece detração penal quanto ao tempo de cumprimento de penas restritivas de direitos, no caso de sua conversão para a pena privativa de liberdade [Conforme previsto no art. 44, §4º do CP] [...] Tratando-se de medidas restritivas de liberdade, à semelhança das que ocorrem na prisão aberta domiciliar, as condições da fiança devem gerar direito à detração [...] se o afiançado for condenado, o tempo em que ficou submetido às restrições impostas na fiança deverá ser considerado como de cumprimento de pena [...] A detração também pode ocorrer nas hipóteses de aplicação de pena de multa, para reduzir-lhe a quantidade de dias-multa. O instituto da detração ainda tem aplicação quando da revogação do livramento condicional [nos termos do art. 141 da LEP]¹¹⁰

Necessário ressaltar que a única hipótese de aplicação da detração no livramento condicional, é aquela em que o benefício é revogado em razão de superveniência de condenação por crime cometido antes do período de prova, conforme determinação também do art. 88 do Código Penal.

Das hipóteses expostas, destaque-se ainda a da detração na pena de multa, questão assim delimitada por Renato MARCÃO:¹¹¹

Quando era admitida a conversão da pena de multa em privativa de liberdade, isso antes da Lei n. 9.268, de 1º de abril de 1996, era tranqüila a

¹¹⁰ GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 587-589.

¹¹¹ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 322-323.

jurisprudência a respeito da permissibilidade de detração em sede de pena privativa de liberdade decorrente de pena pecuniária não paga e então convertida por força do disposto no art. 51, § 1º, do Código Penal.

Abolida a possibilidade de conversão, passou-se a entender já não ser cogitável a detração, isso porque impossível a conversão; antecedente e pressuposto lógico para a detração, porquanto incogitável detrair pena de multa com pena privativa de liberdade.

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, admissível a aplicação analógica do art. 42 do CP, possibilitando a detração da reprimenda.”¹¹²

Há ainda quem defenda a aplicação da detração penal nos casos de descumprimento das condições da transação penal:

O artigo 42 do Código Penal, modificado pela reforma de 1984, por óbvio não poderia prever a detração em caso de cumprimento parcial da transação penal, instituto novo no direito brasileiro. A previsão da norma penal resume-se aos casos de privação da liberdade, mas o ponto determinante, o princípio balizador do dispositivo, é evitar a dupla punição num mesmo fato criminoso – *nom bis in idem*.

Assim, entendemos ser possível, analogicamente, abater da decisão condenatória, proferida ao final da ação penal pública ou privada, a pena parcialmente cumprida por força do transacionado. Com a transação há aplicação de pena, de imediato, ao autor do fato, e, com a decisão condenatória, igualmente, há aplicação de pena ao autor daquele mesmo fato.¹¹³

¹¹² Também quanto ao abatimento na multa as posições são dissonantes. A favor Cf. LYRA, Roberto. **Comentários ao código penal**. Vol II. Arts. 28 a 74. Editora Forense: Rio de Janeiro, 1958. p. 153; BELO, Warley. Detração penal. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília, v. 1, n. 17, p.170-191, jul/dez. 2004. p. 182; TJ-SP, EP 00493350320148260000 SP 0049335-03.2014.8.26.000, 12ª Câmara de Direito Criminal, Relator: Paulo Rossi, Data de Julgamento: 22/10/2014. Contra Cf. FRANCO, Alberto Silva, et al. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**, volume 1, tomo 1. 6.ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 792; TJ-MG, APR: 10312120021117001 MG, 7ª Câmara Criminal, Relator: Sálvio Chaves, Data de Julgamento: 02/10/2014; TJ-RS, AGV: 70041786302 RS, Segunda Câmara Criminal, Relator: Osnilda Pisa, Data de Julgamento: 26/02/2013.

¹¹³ SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Descumprimento da transação penal e detração**. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2005/marcelogoncalvessaliba/descumprimento.htm>>. Acesso em: 03 fev. 2015.

Em sentido contrário, porém, parte da doutrina, ao sustentar a impossibilidade de aplicação de pena quando do descumprimento dos termos da transação penal, seja pela conversão em pena privativa de liberdade, seja pelo ulterior oferecimento da denúncia, abre espaço a panorama diverso sobre a questão. Assim para Paulo César BUSATO:

Ora, se há coisa julgada material quanto à desistência da *persecutio criminis* pelo fato, qualquer iniciativa de parte do Ministério Público em oferecer denúncia implicaria inaceitável *bis in idem*. Seria o equivalente a pleitear um arquivamento, recebido e homologado pelo juízo e, em seguida, oferecer denúncia pelo mesmo fato.

Ao autor do fato é perfeitamente possível opor-se ao oferecimento de denúncia com base na coisa julgada material da desistência da *persecutio criminis*, inclusive pelo mesmo fato.

Do mesmo modo, ao Ministério Público é possível, tão-somente, exigir aquilo que restou materialmente composto pela sentença homologatória, ou seja, o pagamento da multa ou a realização da obrigação equivalente à restrição de direitos.

Nesse diapasão, temos que a solução que se apresenta ao Ministério Público é unicamente a de executar os termos homologados pela sentença.

[...]

Impende vincar que não se trata de execução de pena, porque pena não é. Trata-se, isto sim, de execução do conteúdo da sentença homologada pelo juízo criminal. Assim, a execução deve ser deduzida pelo agente ministerial com atribuições perante o Juízo criminal e este deve ser o competente para levar a cabo o processo de execução.¹¹⁴

Todavia, ainda que a única possibilidade diante do descumprimento dos termos da transação penal seja a execução do título judicial, consubstanciado na sentença homologatória, se a obrigação foi parcialmente adimplida ainda na fase da transação, tal prestação deverá ser levada em consideração quando da determinação do restante da prestação pecuniária, ou do *quantum* indenizatório, no caso da prestação personalíssima, sob pena de enriquecimento ilícito.

Já no que diz respeito à relação entre a detração e a prescrição, anote-se que a jurisprudência sedimentada dos tribunais superiores é no sentido da inadmissibilidade da consideração da detração para fins prescricionais¹¹⁵.

Por último, registre-se a questão aventada por Alexis Augusto Couto de BRITO:

¹¹⁴ BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o sistema penal de nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011. p. 435-436.

¹¹⁵ Cf. STJ, REsp: 1095225 SP 2008/0209631-1, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Data de Julgamento: 23/06/2009; STF, HC: 124833 SC, Relator: Min. Rosa Weber, Data de Julgamento: 21/11/2014.

Outro problema poderá surgir quanto ao limite máximo de 30 anos de prisão estipulado pelo Código Penal. O STF firmou entendimento (súmula 715) que para a concessão de benefícios deverá ser considerada a pena aplicada na sentença, ainda que maior do que 30 anos. Assim, por exemplo, o réu foi condenado a uma pena de 90 anos, deveria cumprir um sexto deste total para ter direito à progressão de regime, o que inviabilizaria a individualização da pena. No entanto, nem mesmo o STF poderá afirmar que para o cômputo da detração o juízo da execução penal deverá ter por base a pena aplicada na sentença, pois isto equivaleria a permitir que o sentenciado cumprisse mais do que os 30 anos tidos como limite máximo da restrição da liberdade, e o total desprezo do período em que o réu permaneceu processualmente preso. Portanto, nos casos de detração, o tempo de prisão provisória deverá ser descontado do limite legal de 30 anos, e não da condenação aplicada concretamente na sentença.¹¹⁶

Em suma, descontado o período de segregação cautelar da pena fixada na sentença, e não no limite de 30 anos, haveria a possibilidade do condenado cumprir mais do que o limite constitucional de privação de liberdade.

3.1.9.1 *Detração e progressão de regime*

Outra questão que merece destaque é a da relação entre a detração penal e a progressão de regime de cumprimento de pena.

Primeiramente, é preciso deixar claro que a questão que aqui se coloca é a de execução de uma só condenação. Isto é, não se está aqui a fazer considerações sobre a data-base para progressão de regime quando a condenação de um crime 'B' sobrevém à execução da pena do crime 'A', ora por aquele ter sido cometido antes da execução deste, ora por ter sido cometido após.

Repise-se, trata-se sim do caso em que a pena provisória do delito é considerada para fins de progressão de regime em relação à pena resultante deste mesmo delito.

Ocorre que é possível identificar na liça forense a existência de alguma divergência a respeito da data-base para a progressão de regime, de modo que, enquanto uns entendem que este marco temporal deve ser o trânsito em julgado da sentença condenatória, outros defendem que o requisito objetivo para a progressão de regime deverá conter o tempo de prisão provisória.

¹¹⁶ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 253.

Felizmente, este último posicionamento tem sido consagrado em nossos tribunais¹¹⁷, tendo em vista que, se por um lado para o réu pouco importa se sua estadia no cárcere é decorrente de segregação cautelar ou já proveniente do trânsito em julgado da sentença condenatória – de modo que, seja lá qual for a teoria de função da pena que se adota, ela estará sendo cumprida desde a custódia preventiva -, de outro, na prática, o entendimento contrário submeteria o réu a um período muito maior do que um sexto (ou dois quintos, ou ainda três quintos, conforme for o caso), de sua pena total a ser cumprido em regime mais gravoso¹¹⁸.

E ainda, entender que o período de custódia cautelar não pode ser computado no requisito objetivo da progressão de regime, daria ensejo à estapafúrdia situação em que seria mais benéfico para o réu esquivar-se da persecução penal, visto que o tempo de segregação cautelar, cumprido em condições semelhantes a do regime fechado, simplesmente não faria diferença para sua progressão. Assim, por exemplo, se dois réus, condenados à mesma pena, pelo mesmo delito, fossem, um submetido à custódia cautelar e o outro preso somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória, aquele que se submeteu a privação cautelar da liberdade ficaria mais tempo cumprindo pena em regime mais gravoso, do que aquele que furtou-se da persecução.

Destarte, sendo o réu condenado, por exemplo, pela prática de homicídio simples a uma pena de 12 (doze) anos, e, tendo ele sido custodiado preventivamente pelo período de 2 anos, eis que o requisito objetivo da progressão de regime (1/6 da pena total) estará satisfeito desde o momento em que houver o trânsito em julgado da sentença, não havendo que se falar que somente a prisão definitiva pode ensejar a progressão.

Mas a questão precisa ser bem entendida. Conforme ressaltamos acima, com o advento da Lei nº 12.736/12, que alterou a redação do §2º, do art. 387, do Código de Processo Penal, tornou-se possível que o juiz do processo de conhecimento pudesse operar a detração, sempre que verificar a possibilidade de determinação de

¹¹⁷ Cf. TJ-MG, AGEPN: 10079130029097001 MG, 7ª Câmara Criminal, Relator: Cássio Salomé, Data de Julgamento: 27/03/2014; TJ-PR, HC: 12937883 PR 1293788-3 (Acórdão), 3ª Câmara Criminal, Relator: Sônia Regina de Castro, Data de Julgamento: 27/11/2014.

¹¹⁸ Sobre o assunto, José Frederico MARQUES ainda resalta que: “*É irrelevante a descontinuidade entre a prisão cautelar e o início da execução penal. Se o réu, preso em flagrante, é solto ulteriormente, computa-se, da mesma forma, na pena de prisão, o tempo de custódia provisória.*” Cf. MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**, volume III. Campinas: Millennium, 1999. p. 187.

regime inicial de cumprimento de pena diverso daquele que seria aplicado na ausência da detração, isto é, sempre que o período de pena cumprido em sede cautelar perfizer o requisito objetivo da penal total aplicada, entendendo-se por pena total, aquela sob a qual não incidu a detração.

Nesse caso, deverá o magistrado fixar a pena, inicialmente, desconsiderando o período de prisão provisória. Logo após, verificando que o período desta segregação perfaz o requisito objetivo da progressão, deve declarar que, nos termos do art. 387, §2º do CPP, fixa determinado regime inicial de cumprimento de pena.

Afinal como nos lembra Fernando GALVÃO: *“Com a detração, não se considera que a pena aplicada tenha sido menor, mas que o tempo de prisão cautelar foi computado como de cumprimento de pena.”*¹¹⁹

A constatação parece óbvia, mas alguns autores¹²⁰ criticam a nova redação do dispositivo legal, por considerar que ele gera situações injustas. Como exemplo, citam a seguinte hipótese: os réus ‘A’ e ‘B’ são condenados por um crime comum à pena de 08 anos e 05 meses, contudo, ‘A’ fica preso cautelarmente por 06 meses e ‘B’ por 04. Nessa situação, aventam, ao réu ‘A’ seria fixado o regime inicial semiaberto, ao passo que ‘B’ não só iniciaria o cumprimento de sua pena no regime fechado, como ainda teria que cumprir um sexto de 08 anos e 01 mês, para que só então pudesse chegar à mesma condição fática de ‘A’.

Entretanto, de acordo com a posição que aqui se defende, o juiz do processo de conhecimento deveria fixar a pena em 08 anos e 05 meses e, verificando que o tempo de pena provisória não perfaz um sexto desta pena total, em nenhum dos casos, fixará o regime fechado para ambos e deixará de aplicar a detração penal, para que ela somente seja considerada pelo juízo da execução.

Nesse mesmo sentido Rejane TEIXEIRA lembra que não se está a tratar de uma nova fase de dosimetria da pena mas sim de um novo capítulo na sentença:

¹¹⁹ GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 585.

¹²⁰ Cite-se como exemplo: PEREIRA, Marivaldo. **A nova lei de detração na sentença penal condenatória**. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-22/lei-127362012-detracao-sentenca-penal-condenatoria>>. Acesso em: 09 jul. 2015; PINTO, Ronaldo Batista. **Provisória deve ser contada na progressão de regime**. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-08/ronaldo-pinto-prisao-provisoria-contada-progressao-regime>>. Acesso em: 09 jul. 2015.

O § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal deve ser interpretado como exigência de um novo capítulo da sentença condenatória, *a posteriori* da fase da dosimetria da pena. O sistema trifásico previsto no art. 68 do Código Penal, assim como o exame do regime imposto para a pena - art. 33, § 3º do Código Penal - e eventual unificação em caso de concurso de penas continuam inalterados. Somente após essa análise, é que se apreciará, se [for] o caso, a incidência do § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal.

Portanto, o juiz dedicará, na sentença, um capítulo próprio para a dosimetria da pena - como já fazia - no qual fixará o regime inicial de cumprimento com base na pena final aplicada na sentença, não considerando, nessa oportunidade, a “nova detração penal” oriunda da lei em comento.

Em seguida, em novo capítulo da sentença, o magistrado reconhecerá ou não o direito do réu à progressão de regime, caso este tenha tempo de prisão processual suficiente para tanto.

Desse modo, a pena definitiva e o verdadeiro regime inicial de cumprimento da pena, inclusive o que será indicado na carta de guia a ser enviada à Vara de Execução Penal, são aqueles determinados pelo art. 110 da LEP, ou seja, os encontrados no capítulo da pena definitiva (e não naquela detraída da prisão preventiva já cumprida). É preciso rememorar que a pena definitiva não tem somente a função de fixação do regime inicial do cumprimento da pena, mas é também referência para o cômputo do prazo prescricional da pretensão punitiva ou executória, unificação de penas, indultos e comutações, benefícios para trabalho externo e saídas temporárias.¹²¹

Questão mais complicada é a da necessidade de comprovação do preenchimento do requisito subjetivo para a progressão. Sobre o tema, Marcelo Matias PEREIRA posiciona-se da seguinte maneira:

Assim sendo, considerando que o réu já esteja preso a tempo superior a 1/6 da pena imposta, não havendo notícias de mau comportamento carcerário, tem direito a fixação, na sentença, do regime menos gravoso do que normalmente seria imposto.

Observo que o bom comportamento se presume, sendo que o mau comportamento deve ser demonstrado, de modo que caberá ao representante do Ministério Público, se pretender impedir a concessão antecipada da progressão de regime, fazer prova do mesmo.¹²²

Em sentido diverso, porém, Rejane TEIXEIRA:

Somente ao juiz da execução penal compete avaliar se, na espécie, estão presentes os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão de qualquer benefício com a observância do acompanhamento disciplinar até o final do cumprimento da pena. Não se pode vincular à progressão de regime um mero procedimento de cálculo aritmético de cumprimento de pena, ignorando o

¹²¹ TEIXEIRA, Rejane Zenir Jungbluth. **Lei 12.736/12 e a nova detração penal**. 2012. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2012/lei-12-736-12-e-a-nova-detracao-penal-juiza-rejane-zenir-jungbluth-teixeira>>. Acesso em: 09 jul. 2015.

¹²² PEREIRA, Marcelo Matias. Detração penal (Lei nº 12.736/12): progressão antecipada. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4381, 30 jun. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/40264>>. Acesso em: 6 jul. 2015.

mérito do sentenciado e, verdadeiramente, negando vigência ao que estabelece o art. 112 da Lei de Execução Penal.

O juiz de conhecimento que se deparar com situações em que seja necessária a avaliação mais detida do apenado por meio de laudos criminológicos deverá se negar a proceder a progressão, sob pena de violar a correta individualização da pena, pois um exame mais detido do mérito do acusado é incompatível com a fase da prolação da sentença condenatória.¹²³

Enfim, a questão ainda não encontrou uma definição seja por parte da doutrina, seja perante os tribunais.

¹²³ TEIXEIRA, Rejane Zenir Jungbluth. **Lei 12.736/12 e a nova detração penal**. 2012. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2012/lei-12-736-12-e-a-nova-detracao-penal-juiza-rejane-zenir-jungbluth-teixeira>>. Acesso em: 09 jul. 2015.

4 RESGATE HISTÓRICO DO INSTITUTO E SUA ASSOCIAÇÃO COM O DESENVOLVIMENTO DA PENA DE PRISÃO

A análise da evolução histórica da detração penal está intrinsecamente ligada à história da pena.

Isso porque, só é razoável pensarmos em abatimento da pena provisória privativa de liberdade, quando a natureza da sanção final puder comportar algum abrandamento.

Ensina Roberto Joacir GRASSI:

Sabidamente, até época algo recente da evolução da Humanidade, a “prisão” (*carcer*) não se destinava à punição de infratores da lei penal (*ad poenam*), mas tão somente à sua mera custódia (*ad custodiam*) durante o evolter processual [...] Aliás, era isso decorrência de as penas de então serem fundamentalmente diversas da privação da liberdade que conhecemos hoje: mantinha-se o acusado preso apenas para que não se furtasse à futura execução do “homicídio legal”, dos trabalhos forçados, das mutilação ou seus similares do primitivo arsenal punitivo. Logo, havia flagrante diferença essencial entre aquela privação de liberdade, processual, e a sanção exequenda.

Com o passar dos séculos, porém, e em decorrência de profundas transformações humano-valorativas pela sociedade, fruto, em especial, das novas perspectivas abertas pelo Cristianismo, foi nascer a idéia de que a penitência da cela monástica poderia produzir bons resultados na correção de criminosos. Daí, ao embrião da penitenciária e da prisão celular foi um pequeno grande passo.¹²⁴

No Brasil, segundo LEÃO Jr.: “*Nossas Ordenações do Reino, que na parte criminal vigoraram até 1830, não previam a pena de prisão.*”¹²⁵

Ocorreu, porém, continua GRASSI:

[...] que aquela infungibilidade, intrínseca entre a antiga custódia (processual) e a pena exequenda, já não era tão marcante. Embora ficasse evidente que a prisão cautelar não podia ser imposta e encarada com todas as características e implicações da privação de liberdade decorrente da condenação, certo era, também, que não mais àquela privação, meramente processual, da liberdade, se seguia, sempre, uma medida repressiva de natureza diversa, porém, sim, outra privação da liberdade, ainda que de características próprias.

¹²⁴ GRASSI, Roberto Joacir. Detração Penal. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. vol. 24. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 336-337.

¹²⁵ LEÃO Jr., 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: 4 fev. 2015.

Assim, por influência de idéias liberais, ao impulso de movimentos filantrópicos que conduziram à “humanização” do direito penal, começou-se a pregar a necessidade de a custódia processual ser levada em conta na mitigação, quer da sentença condenatória (em seu processo lógico integrativo), falando-se em “circunstância atenuante”, quer da própria execução quantitativa desta. Segundo a última sugestão, o tempo de prisão processual seria – com maior ou menor amplitude, presentes certos requisitos, ou incondicionalmente [...] – computado na pena exequenda, mediante mera subtração, redução (*detractio, onis*) aritmética. Daí, o instituto hoje conhecido como computação ou detração penal.¹²⁶

Não obstante, segundo refere a doutrina, a ideia da consideração do período passado em custódia cautelar quando da aplicação da pena final remonta ao Direito Romano. Note-se apenas que a afirmação deve ser lida com reservas, tendo em vista que a natureza das penas privativas de liberdade, cautelares, e as penas definitivas eram essencialmente diversas. Nesse sentido eram as disposições do Digesto, Liv. 48, t. 19, vr.8, §9º: “*carcer, enim, ad continendos homines non ad puniendos haberi debet*”.

Ainda assim, já dos romanos era conhecida a noção de abatimento do cárcere provisório, razão pela qual, no mesmo livro do Digesto se lia: “*Si diutino tempore aliquis in reatu fuerit, aliquatenus poena ejus sublevanda erit: sic enim constitutum est, non eo modo puniendos eos qui longo tempore in reatu agunt, quam eos qui in recenti sententiam excipiunt.*”¹²⁷

Contudo, conforme aponta Roberto Joacir GRASSI, em épocas posteriores o problema arrefeceu, visto que, com o acentuado arbítrio do magistrado medieval na aplicação da pena: “*não havia anteposição de duas quantidades fixas (a da pena cominada e, em fase posterior, imposta por um lado; a do tempo purgado preventivamente por outro), para exigir que fosse a segunda descontada da primeira*”¹²⁸

Entretanto, referido doutrinador aduz que a situação voltou a mudar no período pós-revolucionário, no qual, com a novidade da fixação das penas, embora o

¹²⁶ GRASSI, Roberto Joacir. Detração Penal. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. vol. 24. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 337.

¹²⁷ Se alguém estiver em acusação durante longo tempo, a sua pena deve ser algum tanto moderada; pois está decidido que não devem ser punidos do mesmo modo aqueles que estiveram em acusação durante muito tempo e aqueles que tiveram pronto julgamento (D. Liv. 48, Tít. 19; *de poenis*, 1.25). Cf. *Idem*.

¹²⁸ *Ibid.* p. 337-338.

instituto não tivesse sido completamente aceito, já as primeiras ilações, baseadas no princípio da igualdade, começavam a surgir. Em suas palavras:

[...] mais tarde, com as penas fixas do período imediatamente posterior à Revolução Francesa, a situação já não era mais a mesma: alguém que praticasse infração apenada com cinco anos (inalteráveis), se houvesse ficado sob custódia processual, v. g., dois anos, já se sentia no direito de, àquela execução, antepor seu “crédito” de sofrimento; ao final das contas, ficara privado de sua liberdade por dois anos e podia acontecer de um eventual co-réu só ter sido capturado após a condenação. Era a constatação da injustiça concreta (do iníquo decorrente da diversidade de tratamento) que não se fazia tão patente na fase anterior do arbítrio judicial quando o juiz podia conduzir o réu da “admoestação” à “fogueira”; a final, aqui, sempre seria presumível tivesse o magistrado levado em conta, na punição imposta (que não correspondia a um *quantum* explicitado em lei), o sofrimento já padecido.¹²⁹

Mas nem tudo ia bem, na França a adoção do instituto enfrentou ampla oposição, de modo que, “os partidários do instituto somente conseguiram fazer vitoriosa sua pretensão com a Lei de 15-11-1892 e, como observou sagasmente João Mendes Júnior [...], “com muita repugnância.”¹³⁰

Nesse interregno, entre as primordiais referências ao instituto até sua legalização em 1892, Francesco CARRARA tecera agudas críticas ao sistema francês:

Na França [...] não vige qualquer preceito para que na condenação de um réu se tenha em conta o encarceramento preventivo, ainda que se haja prolongado além de toda a medida de humanidade. Sustentou-se esta rígida doutrina sobre o seguinte dilema: ou o réu é absolvido, e não há meio de ressarcir-lo do cárcere sofrido por uma injusta suspeita, ou é ele condenado, e deve imputar-se a si mesmo o ter sofrido mais essa consequência do próprio delito. Mas a segunda parte desse dilema é verdadeira apenas nos casos em que o processo se tenha ultimado com a necessária rapidez. É falsa quando o tenham prolongado a ausência de testemunhas, ou a incúria do Juiz, ou outros acidentes que não tenha culpa o acusado [...]

Na França não se leva em conta nem mesmo a prisão durante a pendência de uma apelação, ou de um recurso, ainda que admitido [...] Parece impossível que, de permeio a tanta magnanimidade e filantropia de que se honra o povo francês, as tradições das ordenanças, e as duras máximas de JOUSSE e VOUGLANS (que esclareceram os preceitos de TIRAQUELO) tenham deixado traços tão profundos, que façam temer como exagerada

¹²⁹ GRASSI, Roberto Joacir. Detração Penal. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. vol. 24. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 338.

¹³⁰ *Ibid.* p. 339.

benignidade para com os malfeitores a obediência àqueles deveres de humanidade e de justiça que outras nações há longo tempo reconhecem.¹³¹

Em seguida, prossegue a desaprovação comparando o sistema francês com o toscano:

Parece impossível que na França seja tão pouco sabido que a Toscana já há noventa anos computa na pena a prisão preventiva prolongada além do que o necessário; o que o faz, não por arbítrio de Juizes, mas por obrigação a eles imposta pela lei, mesmo quando absorve toda a pena a ser infligida, ou decretando que o cárcere purgado fique em lugar da pena (fórmula antiga), ou que a pena se considere expiada com o cárcere sofrido (fórmula moderna). Um douto Magistrado francês (BERTRAND, *De la détention préventive*, Paris, 1862), esforçou-se em persuadir que as leis francesas nesse assunto são mais humanas que as inglesas. Por que não fez ele, em vez disso, um paralelo com as leis toscanas? Penso eu que onde isso se fizesse, e se examinasse o modo pelo qual é praticada entre nós a prisão preventiva, de sorte a mitigar-lhe os males, e se advertisse que uma longa experiência DEMONSTROU a conveniência do nosso método, não mais se repetiria, com BERTRAND, estar PROVADO *que a lei não pode determinar a priori os casos em que a prisão preventiva deve ser adotada*. [...] Essas ideias, que para alguns parecem novas, contam com quase um século de vida efetiva entre nós.¹³²

Ressalte-se que para CARRARA:

[...] o cárcere preventivo é também uma pena; logo, deve ser computado inteiramente na pena merecida [...] a prisão preventiva, sofrida pelo réu antes da sentença, a qual, quando exceda uma certa medida, deve ser levada em diminuição da penalidade merecida, pois o mal dessa penalidade, sobrevindo depois dos sofrimentos de uma longa prisão, tornar-se-ia mais grave. Tal foi a solução conciliatória da disputa entre os que queriam que toda a prisão preventiva fosse deduzida da pena, e os que não queriam que nada fosse ela considerada.¹³³

E arremata seu posicionamento com um exemplo:

Um culpado foi detido sem demora e o seu processo se ultimou no tempo devido. O co-réu foi preso na véspera do julgamento. Irrogareis a ambos, por exemplo, o mesmo mês de prisão; mas a essa condenação o primeiro deverá

¹³¹ CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**: parte geral, volume II. Edição Saraiva. São Paulo: Saraiva, 1957. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. p. 201-202.

¹³² *Ibid.* p. 202-203.

¹³³ *Ibid.* p. 201 e 204.

acrescentar a prisão preventiva devida e o segundo não, porque foi mais moroso. Igualastes na pena aqueles que agiram de modo igual no delito?¹³⁴

Em seguida, o instituto passou a encontrar guarida em diversos ordenamentos jurídicos, os quais, contudo, deram a ele contornos distintos, de modo que puderam ser classificados:

Aliás, já desde o início do século XIX, a matéria vinha assaltando os legisladores dos principais povos cultos. [...] Delvaille, com felicidade, reuniu e classificou os sistemas de detração em três grandes tipos: obrigatório, facultativo e misto (ou eclético). A isso devem-se acrescer subespécies decorrentes de o tempo ser aproveitado no todo ou em parte.

As alternativas, como se vê, são várias e delas têm-se valido os legisladores. Assim, enquanto o italiano impõe a detração obrigatória e total, o argentino estatui que dois dias de prisão preventiva correspondem a um de reclusão, ou a outros dois de simples prisão [...] em França, alterado (pela citada Lei de 15-11-1892) o art. 24 do C. Crim., *“l'imputation est legale, em ce sens qu'elle a lieu de plein droit, em cas de silence des juges; mais ele est facultative em ce sens que les juges peuvent l'ecarter par une disposition expresse.”*¹³⁵

No Brasil, embora a então novel legislação de 1830 tenha instituído entre nós a pena de prisão, o primeiro diploma criminal deixou de fazer referência à possibilidade de detração:

No Brasil, à semelhança da generalidade dos outros Países, houve uma omissão legislativa inicial relativa à detração penal, seguindo-se de avanços progressivos, a partir de meados do século XIX.

O Código Criminal do Império do Brasil, sancionado em 16 de dezembro de 1830, em consonância com o art. 179, § 8º da Lei Fundamental do Estado e art. 175 do Código do Processo, previa, no art. 37, a prisão preventiva antes do julgamento:

"Art. 37. "Não se considera pena a prisão do indiciado de culpa para prevenir a fuga, nem a suspensão dos magistrados pelo Poder Moderador, na forma da Constituição."

¹³⁴ CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**: parte geral, volume II. Edição Saraiva. São Paulo: Saraiva, 1957. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. p. 204. Além deste eminente doutrinador, Antônio José Miguel Feu ROSA refere os pensamentos de Carnelutti e Manzini sobre o tema: *“Mais tarde [após Carrara], Carnelutti sustentava que ‘a prisão preventiva constitui substancialmente, uma antecipação da pena que viria a ser infligida’. Finalmente Manzini arrematou que, ‘enquanto há dez anos discutia-se se devia ou não ser descontado o encarceramento indébito, percebo hoje eu próprio ter ficado entre os estacionários, perante a última doutrina, que sustentava dever-se descontar todo o cárcere preventivo sem distinção entre o devido e o indevido’.*” Cf. ROSA, Antonio José Miguel Feu. **Execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 51.

¹³⁵ GRASSI, Roberto Joacir. Detração Penal. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. vol. 24. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 339. A expressão legal determina que se o juiz nada disser a respeito da detração, ele deverá operar-se, contudo, pode ele deixar de aplicá-la, caso em que deverá haver disposição expressa nesse sentido.

Segundo Thomaz Alves Júnior, a proclamação do legislador do princípio de não considerar pena o tempo decorrido da prisão preventiva porque a pena legal ou jurídica é o mal infligido intencionalmente por um superior por causa do mal de ação. Continua afirmando existir o mal na prisão preventiva (*malum passionis ob malem actionis*), que é imposto ao réu por um superior, mas não é um mal intencional, uma vez que a lei não teve em vista impor-lhe uma punição, fazer com que expiasse um delito, quis apenas conservá-lo na segurança, para quando condenado não se furtar à sanção penal.¹³⁶

Sobre o período, Roberto Joacir GRASSI expõe que:

No Brasil também o quadro se delineou, em matizes progressivos, a partir de meados do século passado [XIX]
[...] no silêncio do Código de 1830, raros eram os juízes que tomavam a responsabilidade da computação, a qual só surgia excepcionalmente; preferiam não conceder um benefício que estava, efetivamente, ao arrepio do direito positivo. Também no legislativo houve tentativa de introdução do cômputo penal, não tendo o respectivo projeto (do Dep. Francisco de Paula da Silveira Lobo), sequer, conseguido entrar em discussão.¹³⁷

Ante o insucesso da aceitação do instituto, somente 39 anos mais tarde, mas ainda no período imperial, é que uma inovação legislativa deu contornos gerais a uma regra que, pela primeira vez, previu algum tipo de cômputo da prisão processual na pena definitiva.

Trata-se do art. 7º da Lei nº1.696 de 15 de setembro de 1869, que tinha a seguinte redação:

Confirmada a sentença, será levado em conta, no cumprimento da pena, o tempo de prisão simples que o réu tiver desde a sentença da primeira instância, descontada a sexta parte, disposição que não teria logar se o réu preferisse o cumprimento da pena de prisão com trabalho, não obstante a apelação.¹³⁸

Ao comentar sobre a disposição legal, Roberto Joacir GRASSI ensina que:

[...] na hipótese de alguém ser condenado à “prisão com trabalho” havia cômputo do tempo *posterior à sentença de 1ª instância*, reduzido, porém, de 1/6; esta redução só não se operaria na hipótese de o condenado desde logo

¹³⁶ LEÃO Jr., 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: 4 fev. 2015.

¹³⁷ GRASSI, Roberto Joacir. Detração Penal. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. vol. 24. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 339-340.

¹³⁸ BELO, Warley. Detração penal. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília, v. 1, n. 17, p.170-191, jul/dez. 2004. p. 172.

“preferir o cumprimento da pena de prisão com trabalho, não obstante a apelação”.

Era a adoção de um sistema de cômputo *obrigatório* e predominantemente *parcial*, limitado ao período compreendido entre a sentença condenatória e seu trânsito em julgado.¹³⁹

Contudo, somente pode-se falar em detração propriamente dita a partir das disposições do Decreto 774 de 20 de setembro de 1890, instituído durante o governo provisório da república, cujo artigo 3º rezava: “*A prisão preventiva será computada na execução da pena, sendo posto em liberdade o réo que, contado ou adicionado o tempo da mesma prisão, houver completado o da condenação*”.

Sobre a tal diploma legal, Alexis Augusto Couto de BRITO anotou que: “*Somente com a edição do Decreto 774 de 20.09.1890 é que, definitivamente, o direito brasileiro recebeu a Detração, para nunca mais deixar de aplicá-la.*”¹⁴⁰

Entretanto, embora possa ser considerado a origem do instituto da detração entre nós, o diploma legal teve curtíssima duração, já que, alguns dias após, em 11 de outubro de 1890, veio à lume o Código Penal Republicano, que não deixou, porém, de prever a detração, desta vez no art. 60: “*Não se considera pena suspensão, a administrativa nem a prisão preventiva dos indiciados, a qual, todavia, será computada na pena legal [sic].*”

Mas a consagração do instituto na legislação veio a contragosto de alguns doutrinadores, tal como Lima Drumond, que, citado por Roberto Joacir GRASSI defendia que: “*a detração leva à procrastinação do encerramento dos feitos ‘pela multiplicação fraudulenta dos incidentes processuais em detrimento dos créditos da justiça e do direito.*”¹⁴¹

Logo em seguida, conclui GRASSI que, não obstante as resistências:

Venceu, pois, no Brasil [...] a teoria da detração obrigatória e total. Última resistência séria em sentido contrário deveu-se ao Instituto dos Advogados do Brasil que, logo no início da vigência do Código de 1890, opinou no sentido do cômputo obrigatório, porém não integral (com argumento extraído do art. 409 do mesmo CP).

Pá de cal, no âmbito jurisprudencial, porém, sobre as dúvidas, foi o entendimento pacífico do Colendo STF no sentido do obrigatório e total cômputo da custódia processual, o que ficou incontroverso após seu acórdão de 3-3-1897 em que se estabeleceu: a) ter o art. 409 mera aplicação

¹³⁹ GRASSI, Roberto Joacir. Detração Penal. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. vol. 24. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 340.

¹⁴⁰ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 185.

¹⁴¹ GRASSI, Roberto Joacir. *Op. cit.* p. 341.

transitória; b) pretender-se, para negar a ampla detração, lançar mão de vedada analogia gravosa para o condenado; bem como c) não cogitar, o CP, “da diferença, sob o ponto de vista de intensidade de sofrimento, entre a prisão preventiva e a prisão condenatória, para que, somente com certo desfalque, reputado compensatória da maior dureza desta, seja computado no cumprimento da pena.”¹⁴²

Sem embargo das inúmeras alterações sofridas por tal estatuto repressor, bem como da imensa quantidade de leis penais esparsas existentes, a Consolidação das Leis Penais, trabalho realizado pelo Des. Vicente Piragibe, que compilou a matéria, foi aprovada pelo Decreto 22.213 de 14 de dezembro de 1932, não importando, no entanto, qualquer inovação acerca da detração penal, justamente por subsistir às críticas apontadas:

O art. 60 da Consolidação das Leis Penais de 1932 contém exatamente as mesmas palavras do art. 60 do Código Penal de 1890 e a vírgula acrescida melhorou a redação mas não alterou o sentido do texto.

O parágrafo único do art. 68 da mesma Consolidação não representa retrocesso na marcha vitoriosa alcançada pela detração, uma vez que aí se previu mera paralisação na execução da pena em virtude de o condenado ficar doente, justificável ficasse proibida a computação porque no período da suspensão o condenado não descontava a pena. Estava assim redigido o dispositivo:

"Art. 68 – parágrafo único: Si a enfermidade manifestar-se depois que o condenado estiver cumprindo a pena, ficará suspensa a sua execução, não se computando o tempo de suspensão no da condenação."¹⁴³

Grande mudança, porém, veio inserida no Código Penal de 1940, cuja principal novidade foi a inclusão da consideração, na pena privativa de liberdade definitiva, do tempo de internação em hospital ou manicômio, além de deixar expresso que também a prisão sofrida no estrangeiro deveria ser computada: “*Art. 34. Computa-se na pena privativa de liberdade o tempo de prisão preventiva ou provisória, no Brasil ou no estrangeiro, e o de internação em hospital ou manicômio.*”

Mas a nova legislação não passou imune às críticas da doutrina, tal como exemplifica Roberto Joacir GRASSI: “*O CP de 1940 afirma computar-se “... o tempo de prisão preventiva ou provisória”. Falho foi, na redação, o legislador; confrontou na*

¹⁴² GRASSI, Roberto Joacir. Detração Penal. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. vol. 24. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 344.

¹⁴³ LEÃO Jr., 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: 4 fev. 2015.

exposição do texto, como previsão alternativa, a forma genérica (prisão provisória) e uma de suas espécies (prisão preventiva).¹⁴⁴

Logo em seguida, em 1941, o Código de Processo Penal deu tratativa ao tema da seguinte forma:

Art. 672. Computar-se-á na pena privativa da liberdade o tempo:
I - de prisão preventiva no Brasil ou no estrangeiro;
II - de prisão provisória no Brasil ou no estrangeiro;
III - de internação em hospital ou manicômio.

Outrossim, várias inovações vieram contidas no Código Penal de 1969, o qual, com vigência postergada por diversas leis, nunca veio, enfim, a entrar em vigor. Era a redação do art. 42 do estatuto:

Art. 42. Computam-se, na pena privativa de liberdade, o tempo de prisão provisória no Brasil ou no estrangeiro, e o de internação em hospital ou manicômio, bem como o excesso de tempo, reconhecido em decisão judicial irreversível, no cumprimento da pena por outro crime, desde que a decisão seja posterior ao crime de que se trata.¹⁴⁵

Enfim, com a reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940 realizada em 1984, o instituto veio a ganhar os contornos que hoje apresenta, ao menos formalmente:

Art. 42 - 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.

Em relação a esta redação há de se destacar o implemento da possibilidade de desconto das custódias cautelares também na medida de segurança, além do encerramento da controvérsia doutrinária a respeito da aplicação do instituto em relação à prisão administrativa.

¹⁴⁴ GRASSI, Roberto Joacir. Detração Penal. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. vol. 24. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 340.

¹⁴⁵ A segunda parte do artigo, pela primeira vez enfrentou a controversa questão da detração em processos diversos.

Presentes no ordenamento jurídico ainda outros dispositivos que regulam a matéria, tais como o art. 680 do CPP¹⁴⁶ e o art. 111 da LEP¹⁴⁷.

Não se olvide, tal como já se anotou, que não obstante a última alteração legislativa significativa do instituto tenha sido realizada há mais de três décadas, as inúmeras reformas processuais, bem como de legislações extravagantes, deram à detração penal, características totalmente distintas daquelas que tinha em 1984.

¹⁴⁶ Art. 680. Computar-se-á no tempo da pena o período em que o condenado, por sentença irrecorrível, permanecer preso em estabelecimento diverso do destinado ao cumprimento dela.

¹⁴⁷ Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição. Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime.

5 DA POSSIBILIDADE DE DETRAÇÃO EM PROCESSOS DIVERSOS

Outra questão que merece ser analisada e que, por sua importância, dedicar-se-á um tópico especial a ela, é a possibilidade de detração em processos diversos.

A temática, por sua polêmica, divide a doutrina, não obstante os tribunais superiores tenham sedimentado entendimento sobre o assunto.

Entretanto, a jurisprudência ainda não se debruçou sobre todas as peculiaridades do tema, razão pela qual será estudado no presente tópico.

5.1 DA DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA A RESPEITO DO TEMA

Em todas as hipóteses acima expostas, trabalhou-se com o pressuposto de que a constrição cautelar da liberdade seria computada na pena final resultante do mesmo processo.

Entretanto, o caso que agora se propõe é distinto, pois trata da possibilidade de detração penal em processos diversos.

Obviamente, tal hipótese só será viável quando alguma causa tornar impossível que restrição cautelar da liberdade seja detraída no mesmo processo.

Isso ocorre, por exemplo, quando o réu é segregado cautelarmente em um processo, mas ao final acaba por ser absolvido das imputações que lhe eram feitas. Contudo, a absolvição não é a única hipótese em que isto poderá ocorrer, tal como será demonstrado abaixo.

Para facilitar o estudo do tema, usemos, ao menos neste primeiro contato, as hipóteses de prisão preventiva e absolvição.

Assim, imaginemos a seguinte situação: determinado sujeito cometeu, em tese, um crime “A” e um crime “B”; foi preso preventivamente pelo crime “A”, em relação ao qual restou absolvido, mas foi condenado, em decisão irrecorrível, pelo crime “B”. O que se está a questionar é sobre a possibilidade deste sujeito poder detrair o período de pena provisória cumprido em razão do crime “A”, na pena final do crime “B”.

Acerca desta polêmica, Antônio José Miguel FEU ROSA, resumiu que:

No Brasil, estabeleceu-se viva controvérsia: uns entendiam que seria dar licença ao condenado para cometer novos crimes; alguns diziam que só deveria haver detração por prisões pelo mesmo crime; finalmente outros sustentavam que todo e qualquer tipo de prisão – mesmo injusta ou errada, por qualquer motivo – deveria ser descontado.¹⁴⁸

Sobre o panorama doutrinário da questão à sua época, e também fazendo remissão às opiniões clássicas, Roberto Joacir GRASSI expunha que um dos principais pontos de controvérsia era a necessidade ou não de conexão entre os processos envolvidos¹⁴⁹. Segundo elenca, CARNELUTTI sugere que: “*Probablemente, el justo límite podría encontrarse, si no em la identidad del hecho, si el la identidad del proceso*”.

Bento FARIA, por sua vez defendia que a prisão provisória obrigatoriamente deveria se relacionar com o crime imputado, embora, por equidade, fosse possível fazer concessões quando houvesse conexão entre as duas prisões¹⁵⁰. Já para Hélio TORNAGHI “*é claro, e nem precisa ser dito, que a prisão provisória de que se cogita é sofrida no mesmo processo em que é imposta a pena*¹⁵¹”, esclarecendo, logo adiante que esta regra encontra ressalva nas situações de desclassificação, bem como na conexão e na continência. E ainda, já sob a égide do Decreto-lei 2.848/1940, Antônio José da Costa e SILVA salientava que entre a prisão preventiva e o objeto da sentença condenatória deve necessariamente existir uma certa conexão¹⁵².

Também manifestando-se acerca dos posicionamentos sobre a questão, Edgar Magalhães de NORONHA registrou que:

Na Itália, requer-se que o crime seja o mesmo que constitui objeto da sentença; na Alemanha, é suficiente a conexão formal, podendo os delitos ser vários. [...]

¹⁴⁸ ROSA, Antonio José Miguel Feu. **Execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 51.

¹⁴⁹ GRASSI, Roberto Joacir. Detração Penal. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. vol. 24. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 351-352.

¹⁵⁰ FARIA, Bento de. **Código penal brasileiro (comentado)**. Vol II. 2.ed. Rio de Janeiro: Record Editora, 1958. p. 291/292.

¹⁵¹ TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de processo penal**. Tomo III. São Paulo: José Kofino, 1967. p. 1059.

¹⁵² SILVA, Antônio José da Costa e. **Comentários ao código penal**. Vol I. São Paulo: s.n., 1943. p. 228.

Tal opinião parece-nos mais justa. Ainda que a prisão tenha sido decretada pelo outro crime, a verdade é que ela assegurou a boa marcha processual (referente aos dois delitos) e o cumprimento da pena que poderia ser imposta a final.¹⁵³

Por fim, o próprio Roberto Joacir GRASSI posiciona-se pela desnecessidade de conexão entre processos para a aplicação da detração penal:

Outrossim, o tão decantado nexos de “conexão ou continência” [...] não se recomenda. Sabida é a grande margem discricionária existente para seu reconhecimento, ou não, [...], mais, sua aferição diz respeito à problemática processual, enquanto que o instituto da detração é intrinsecamente substancial. [...] Ademais, [...] peiar a detração com artificialismos, exigir que seja “reeducado” pela pena um homem que – embora sob outro “título executivo” – “reeducado” já foi (presume-se), seria como que agarrar alguém plenamente alfabetizado e impor-lhe uma realfabetização coativa... apenas porque estudara na primeira edição da cartilha adotada; não na segunda e última.¹⁵⁴

De fato, tomadas as premissas acerca da razão de ser da detração penal, acima expostas, parece não haver motivo para se restringir a aplicação da detração penal ao mesmo processo, tampouco fazer exigência sobre conexão ou continência entre processos.

Afinal, como ensina Luiz Vicente CERNICCHIARO:

Em Direito Penal, a regra principal é esta: restituir a liberdade; em segundo lugar, compensar, com a liberdade, o erro judiciário. Nesse quadrante, antes de pensar em dinheiro compensatório, pense-se o abatimento do tempo ilegal da prisão.¹⁵⁵

Assim também para Warley BELO:

O art. 5º, LXXV, CF prevê indenização adequada àquela vítima de erro judiciário e nada mais adequado do que indenizar a perda da liberdade com liberdade. Dessa feita, vai de encontro ao senso de justiça creditar como

¹⁵³ NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 238. Nesse mesmo sentido Cf. MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**, volume III. Campinas: Millennium, 1999. p. 187; LYRA, Roberto. **Comentários ao código penal**. Vol II. Arts. 28 a 74. Editora Forense: Rio de Janeiro, 1958. p. 153.

¹⁵⁴ GRASSI, Roberto Joacir. Detração Penal. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. vol. 24. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 353.

¹⁵⁵ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Questões penais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 6.

execução da condenação uma prisão efetiva decorrente de outro processo, de outro fato.¹⁵⁶

Portanto, justamente em razão do disposto no art. 5º, LXXV, da Constituição Federal¹⁵⁷, para a aplicação da detração penal não se poderá exigir conexão entre processos, tendo em vista ser ela exatamente um instrumento desta compensação determinada pela Carta Maior, que deverá, em todo caso, ser pensada antes mesmo de eventuais decorrências no campo civil¹⁵⁸.

De fato, boa parte da doutrina já aceita como inconteste a inexigibilidade de conexão entre processos, máxime com o advento do art. 111 da Lei de Execução Penal:

Discute-se se é necessário existir ou não nexos entre o motivo da prisão anterior e a pena imposta na sentença que está sendo cumprida pelo sentenciado. Em orientação restrita, entende-se que deva ser computada apenas a prisão provisória relacionada com o fato que é objeto da condenação, admitindo-se também a prisão ocorrida no processo, embora por outro crime conexo, sendo negada a detração pela prisão por outro processo em que o preso foi absolvido ou em que se decretou a extinção da punibilidade. Tem-se, porém, admitido ultimamente, tanto na doutrina como na jurisprudência, a detração por prisão ocorrida em outro processo, desde que o crime pelo qual o sentenciado cumpre pena tenha sido praticado anteriormente a seu encarceramento, numa espécie de fungibilidade da prisão. Essa interpretação é coerente com o que dispõe a Constituição Federal, que prevê a indenização ao condenado por erro judiciário, assim como àquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença (art. 5º, LXXV), pois 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.¹⁵⁹

De fato a possibilidade de detração em processos diversos pode ser extraída do próprio art. 5º, LXXV, da Constituição, pois, como afirma Luiz Vicente CERNICCHIARO: “*O erro judiciário não resulta só da prisão sem justa causa.*

¹⁵⁶ BELO, Warley. Detração penal. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília, v. 1, n. 17, p.170-191, jul/dez. 2004. p. 185.

¹⁵⁷ LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

¹⁵⁸ Quanto ao tema, Luiz Vicente CERNICCHIARO ensina que: “*a indenização, em Direito Penal, não deve ser recebida nos padrões do Direito Civil, com a simplicidade contabilística de somar danos emergentes e lucros cessantes. Essa regra, em Direito Penal, passa para plano subsidiário, isto é, útil somente quando a primeira regra mostrar-se inadequada ou ineficaz*” Cf. CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Questões penais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 6.

¹⁵⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 371.

*Compreende qualquer situação jurídica sem o respaldo do direito*¹⁶⁰, como sói acontecer nas hipóteses em que o cidadão sofre uma constrição de sua liberdade que, tempos após, fica provada ser injusta.

Corroborando tal entendimento, Antônio José Miguel FEU ROSA expõe que:

Assim, o tempo de prisão sofrido por um crime, vale para um crime diverso, ainda que de início tenha havido concurso processual. E, independentemente da conexão processual, ocorrendo absolvição ou extinção da punibilidade – ou seja, tendo declarado impunível o fato – a prisão sofrida deve ser detraída da pena de outra condenação por crime cometido anteriormente ao da pena sofrida. Dá-se, assim, uma espécie de fungibilidade das detenções, tomando-se em consideração, por extensão analógica, uma prisão preventiva anterior ou uma pena infligida injustamente por outro crime.¹⁶¹

Ao endossar tal posição, Luiz Regis PRADO acrescenta que nosso ordenamento jurídico já possuiu disposição expressa nesse sentido:

Faz-se mister abordar, ainda, a divergência relativa à necessidade de existência ou não de nexos entre o motivo da prisão provisória e a sanção penal imposta ao condenado. Defende-se, por um lado, que somente seria computável na duração da pena a ser aplicada o tempo de prisão que se relaciona com o fato pelo qual o réu está sendo processado.

Outra orientação, porém, admite a inclusão da prisão verificada durante o processo, desde que entre os dois fatos delituosos distintos exista conexão formal.

[...]

Ao lado desse entendimento, surge uma tendência que admite a detração por prisão em outro processo (em que houve absolvição ou extinção da punibilidade), desde que a prática do delito em razão do qual o condenado cumprirá pena tenha sido anterior à sua prisão. Corroborando este entendimento, tem-se o fato de ter sido suprimido o parágrafo único do art. 42, que declarava: “computa-se, igualmente, o tempo indevidamente cumprido, relativo à condenação por crime posterior, invalidada em decisão judicial irrecorrível.”¹⁶²

Não obstante esta supressão, René Ariel DOTTI, afirma que o art. 111 da Lei de Execução Penal não deixa dúvidas acerca da possibilidade de detração penal em processos diversos:

¹⁶⁰ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Questões penais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 5.

¹⁶¹ ROSA, Antonio José Miguel Feu. **Execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 52.

¹⁶² PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1**: parte geral: arts. 1º a 120. 2. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 368. Destaque-se que referido dispositivo somente constava do anteprojeto do Código Penal, tendo sido suprimido de sua redação definitiva. Cf. COSTA Jr., Paulo José da Costa. **Comentários ao código penal**: parte geral (Lei n. 7.201 de 11-7-1984). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 278-279.

Conforme orientação mais adequada, o período de prisão provisória por fato diverso do que resultou condenação deve ser descontado do tempo da pena imposto pela sentença, ainda que não seja ele apurado no mesmo processo. Essa é a conclusão que se extrai da regra do art. 111 da LEP, *verbis*: “Quando houver **condenação por mais de um crime**, no mesmo processo **ou em processos distintos**, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, **observada, quando for o caso, a detração ou remição**.”¹⁶³ (grifo nosso)

Embora o assunto aparentemente não seja digno de maiores controvérsias, o projeto de novo Código Penal, que atualmente encontra-se entre idas e vindas entre o plenário e a Comissão de Constituição e Justiça do Senado, estabelece o seguinte:

Art. 53. Computa-se, na pena de prisão ou na medida de segurança, o tempo de prisão ou internação provisória, no Brasil ou no estrangeiro.
 §1º A detração não poderá ser concedida em processo diverso daquele em que foi decretada a prisão provisória, salvo se, **havendo conexão**, o crime foi praticado em momento anterior à prisão provisória decretada no processo em que se deu a absolvição ou a extinção da punibilidade.

Retrocede-se, portanto, a novamente se exigir a conexão, quando doutrina e jurisprudência já trataram de, exaustivamente, demonstrar a inadequação da medida.

Ressalte, por oportuno, que o projeto encaminhado à Casa Legislativa pela comissão de juristas não continha esta disposição, a qual foi adicionada sob o argumento de que:

Quanto à detração, ela é possível ainda que relativa a crimes processados em ações penais distintas. Todavia, deve haver conexão entre os crimes, ao contrário do que sustentam setores de jurisprudência. Afinal, ainda que exista detração, a prisão cautelar não é pena antecipada e atende a finalidades lícitas, contidas na legislação processual penal. Destarte, não se torna injustificada nos casos em que, ao final, ocorrem absolvições ou extingue-se a punibilidade por fatores diversos.¹⁶⁴

De fato, é de se lamentar este incremento, de modo que nos resta apenas engrossar o coro pela imediata necessidade de mudanças no projeto legislativo.

¹⁶³ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. 4. ed. rev., atual e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 711. O posicionamento calcado nas disposições do referido dispositivo legal é referendado por Rogério GRECO Cf. GRECO, Rogério. **Curso de Direito penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 571.

¹⁶⁴ TAQUES, Pedro. **Parecer da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal**. 2013. Disponível em: <<http://goo.gl/VPHaOS>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

5.1.1 O Critério Temporal para a Aplicação da Detração em Processos Diversos

Estabelecida como legítima a hipótese de detração de pena em processos diversos, cabe agora delinear as condições para que esta operação seja possível.

Nesse viés, a questão mais relevante é a temporal. É dizer, cumpre indagar sobre o nexó cronológico entre as infrações.

Por exemplo, se uma pessoa é presa, preventivamente, por ter, em tese, cometido um crime A, pelo qual resta absolvida, ao passo que ainda tem de cumprir a pena resultante de um crime B, pelo qual restou condenada, seria possível a detração?

Sobre a questão, de um lado estão aqueles que, como Paulo QUEIROZ admitem o desconto da pena independentemente do crime B ter sido cometido antes ou depois da reclusão advinda do crime A:

Em hipótese de absolvição ou decretação da extinção da punibilidade em processo no qual esteve o réu preso provisoriamente, e condenação noutra, questiona-se se seria possível a detração.

[...]

Em verdade, porém, nada impede que se mantenha essa “conta corrente” com o criminoso, porque, ao se lhe decretar a absolvição ou ser extinta a punibilidade, não se está, propriamente, diante de um “criminoso”, mas diante de um cidadão não criminoso a quem se impôs uma prisão ilegal, o qual deve ser de alguma forma compensado, mesmo porque preconiza a Constituição da República que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo da sentença” (art. 5º, LXXV). E a detração é, certamente, a forma mais adequada e pronta de se lhe atenuar, ao menos em parte, o sofrimento.

Se assim é, deve a detração ocorrer em qualquer hipótese, pouco importando se há conexão processual, ou não, se houve absolvição ou se sua admissão implica estabelecer uma “conta corrente” com o sentenciado.¹⁶⁵

Defende, portanto, o autor que, presa injustamente pela pretensa comissão de um delito, a pessoa ficará com um crédito de pena a ser descontada de futuras e eventuais infrações que possa vir a cometer.

Não é difícil notar o absurdo da proposição defendida em tais termos, para tanto, tomemos um exemplo de uma pessoa que passa 07 meses recolhida provisoriamente pela suposta comissão de um homicídio, mas que, submetida ao

¹⁶⁵ QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 354-355.

Conselho de Sentença acaba por ser absolvida. Nesse caso, poderá esta pessoa cometer, após ser liberada, qualquer outro crime já contando que terá 07 meses a menos de pena? Ou ainda, poderá ela, livre e despreocupadamente, cometer um crime de dano simples, ou uma ameaça, já sabendo que não será punida por tais atos?

Obviamente que a resposta será negativa, pois direito a ser indenizada pela prisão injusta que sofreu não pode ser de tal modo estendido:

Este raciocínio não conduz ao absurdo de conferir a alguém o direito de cometer crime para aplicar eventual crédito. O tema envolve amplo desmembramento. Trata também desse aspecto de modo equilibrado e segundo padrões jurídicos. Não faz sentido compensar por compensar. Compensar, sim, todavia, segundo parâmetros de justiça e seriedade.¹⁶⁶

Contudo, Paulo QUEIROZ não é o único a tomar esta posição. Assim também com René Ariel DOTTI, que, ao comentar o art. 111 da LEP, conclui:

Não colhe a objeção fundada no argumento de que em tal hipótese haveria um tipo de conta corrente pela qual o réu absolvido em um processo teria um crédito contra o Estado relativamente à prática de uma infração futura [...] Com efeito, se a imputação pelo fato anterior tenha sido julgada improcedente, por falta de justa causa ou por outro fundamento, ou se, antes mesmo da denúncia, o inquérito foi arquivado pela demonstração da inocência ou causa diversa, a prisão cautelar caracterizou um erro judiciário que obriga o Estado a pagar uma indenização (CF, art. 5º, LXXV). Essa responsabilidade objetiva é fiadora da admissibilidade da detração [...]¹⁶⁷

E ainda, Alexis Augusto Couto de BRITO:

Nos parece mais correta a posição defendida por autores como o mestre René Ariel Dotti, de que a possibilidade de uma “conta corrente” não afasta a falta de necessidade da prisão provisória anterior a uma absolvição. A prisão cautelar, nestas hipóteses, caracterizou-se como um “erro judiciário”, que obriga o Estado a pagar uma indenização e essa responsabilidade objetiva é fiadora da admissibilidade da detração. Nos parece que o Estado estará diante da possibilidade de reparar uma prisão que indevidamente foi aplicada, e não poderá se abster de fazê-lo. Podendo atender ao interesse público de justiça descontando a prisão indevida em outra merecida, não seria legítimo exigir do prejudicado que trocasse sua liberdade por uma indenização em dinheiro, ou dos cofres públicos o ônus desnecessário por uma fictícia presunção de que o criminoso seria estimulado à prática de um novo crime e

¹⁶⁶ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Questões penais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 6.

¹⁶⁷ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. 4. ed. rev., atual e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 712.

a passar qualquer período que seja sem sua liberdade somente porque obteria um “desconto” caso viesse a ser preso.¹⁶⁸

Gize-se que o que se defende nesse trabalho não é que o Estado nunca deva proceder ao abatimento de pena em processos diversos, mas, sim, que somente poderá fazer isto quando a operação não implicar na criação deste crédito.

Em geral, defende-se que isto será possível sempre que as duas infrações em questão forem, pretensamente, cometidas **antes do período de segregação cautelar** proveniente do crime que resultou em absolvição.

Já em seu tempo, Roberto Joacir GRASSI sustentou que não há de se vedar a detração em processos distintos em razão da possibilidade da chamada “conta corrente”:

Para impugnar-se a fungibilidade “entre causas”, os esteios são três [...] o medo de criar-se uma “conta corrente” penal para o delinquente que ficaria – em situação ironizada por cáustico escritor - com “crédito” criminoso sobre o futuro [...]

O temor da “conta corrente” é descabido. Basta que o Estado, deferindo a fungibilidade da prisão suportada, limite-a a infrações anteriores à data em que se inicial o cômputo.¹⁶⁹

Esta mesma corrente é endossada por Júlio Fabbrini MIRABETE:

Evidentemente, deve-se negar à detração a contagem de tempo de recolhimento quando o crime é praticado posteriormente à prisão provisória, não se admitindo que se estabeleça uma espécie de “conta corrente”, de créditos e débitos do criminoso.¹⁷⁰

Assim também para Fernando GALVÃO:

Mas para que o réu não passe a ter uma espécie de conta corrente com a sociedade, a melhor interpretação desse princípio de compensação restringe sua aplicação aos fatos praticados antes da prisão que se quer considerar como tempo cumprido de pena. Assim, se o condenado ficar preso provisoriamente, em relação a fatos anteriores, apurados ou não no mesmo processo, dever-se-á aplicar a detração para diminuir o tempo de cumprimento das penas aplicadas em condenação. No entanto, a prisão cautelar em processo no qual o réu venha a ser absolvido não poderá ser

¹⁶⁸ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 252-253.

¹⁶⁹ GRASSI, Roberto Joacir. Detração Penal. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. vol. 24. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 352-353.

¹⁷⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 371.

utilizada para detrair tempo de pena imposta por fato posterior à restrição cautelar.¹⁷¹

E ainda, Warley BELO:

É consectário lógico, por outra, que, se o crime for posterior à restrição provisória, não se pode pleitear pela benesse. [...] Desse modo, chegamos à uma outra premissa: a detração deve ser efetivada quando a restrição provisória decorrer de um fato e a restrição definitiva de outro fato, desde que esse último fato seja anterior àquela restrição provisória. [...] quando se fala em possibilidade de detração entre crimes autônomos e processos autônomos exige-se o pré-requisito temporal.¹⁷²

Por fim, anote-se o entendimento de Rogério GRECO, o qual, logo após negar a possibilidade da criação de créditos de pena, justifica que:

Isto porque, segundo entendemos, para que haja detração os processos devem tramitar simultaneamente. Caso contrário, como bem alertou Damásio, o agente teria uma “carta de crédito” para infrações penais futuras. O fato de ter sido preso cautelarmente em processo no qual fora absolvido poderá gerar o direito a uma indenização pelo Estado. Isso, entretanto, não significa que fique com um crédito para com a Justiça Penal, para a prática de infrações futuras.¹⁷³

Apenas uma correção quanto a este último entendimento: a única necessidade, como se apontou acima, é de que as infrações tenham sido praticadas antes do período da segregação cautelar, não havendo nenhuma exigência quanto ao trâmite concomitante dos processos. Assim, por exemplo, pode ocorrer de a infração pela qual houver resultado a pena definitiva somente ser descoberta muito tempo após a absolvição pela infração que ensejou a restrição cautelar. Mesmo nesse caso a detração há que se operar.

Passamos agora a uma seleção de julgados sobre o assunto, a fim de demonstrar que nossas cortes superiores já sedimentaram o entendimento no sentido da vedação à conta corrente.

¹⁷¹ GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 586.

¹⁷² BELO, Warley. Detração penal. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília, v. 1, n. 17, p.170-191, jul/dez. 2004. p. 185-187.

¹⁷³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 571-572.

5.1.2 O Posicionamento Jurisprudencial Sobre o Tema

Começamos, então, por arestos do Supremo Tribunal Federal:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 33 DA LEI N. 11.343/06). DETRAÇÃO NA PENA RELATIVA A CRIME POSTERIOR DE PERÍODO DE PRISÃO PROVISÓRIA POR CRIME ANTERIOR, DO QUAL RESULTOU ABSOLVIÇÃO: INTERPRETAÇÃO DO ART. 42 DO CÓDIGO PENAL. 1. A detração pressupõe a custódia penal pelo mesmo crime ou por delito posterior, por isso que inadmissível empreender a operação do desconto em relação a delitos anteriores, como se lícito fosse instaurar uma conta-corrente delinquencial, viabilizando ao imputado a prática de ilícitos impuníveis amparáveis por créditos de não persecução. 2. O artigo 42 do Código Penal determinava, em seu parágrafo único, o desconto do tempo de prisão provisória indevidamente cumprido, relativo à condenação por crime posterior, invalidada em decisão judicial recorrível. 3. A detração, nesse caso, resultaria em uma espécie de bônus em favor do réu, ou seja, em um crédito contra o Estado, e representaria a impunidade de posteriores infrações penais. 4. A supressão do parágrafo único do artigo 42, inaugurou exegese que admite a detração por prisão em outro processo (em que houve absolvição ou extinção da punibilidade), desde que a prática do delito em virtude do qual o condenado cumprirá pena tenha sido anterior. 5. O artigo 42 do Código Penal, no seu parágrafo único, veiculava norma condizente com a realidade da época, mas inimaginável nos dias atuais, porquanto é, data venia, surrealista admitir a possibilidade de o réu creditar-se de tempo de prisão provisória para abater na pena relativa a crime que eventualmente venha a cometer. 6. A detração na pena de crime posterior do tempo de prisão provisória relativa a crime anterior, ainda que haja absolvição é tese já interdita pela jurisprudência da Suprema Corte: Rhc 61.195, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 23/09/83 e HC 93.979, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 19/06/98. 7. In casu, o paciente cumpre pena de 6 (seis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, por crime de tráfico de drogas praticado em 30/09/09, e requereu a detração dos períodos de 02/02/06 a 15/02/06 e 18/03/08 a 28/04/08, relativos à prisão provisória cumprida em outro processo. 8. Ordem denegada. (STF, HC: 111081 RS, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 28/02/2012)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. DETRAÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE NEXO PROCESSUAL. PRISÃO CAUTELAR ANTERIOR AOS FATOS ENSEJADORES DA CONDENAÇÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE DE SE CRIAR UM “BANCO DE HORAS DE PRISÃO OU CRÉDITO DE PENA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A detração (desconto da reprimenda penal) constitui importante instrumento de controle da legalidade da execução das penas privativas de liberdade. Isso por competir ao Juízo das Execuções Criminais decidir sobre o cômputo, na pena finalmente imposta, do tempo da prisão provisória eventualmente cumprida pelo agente. 2. A norma do art. 42 do Código Penal recebe da jurisprudência dos tribunais brasileiros uma leitura mais alargada para admitir a detração do período de prisão provisória, mesmo naqueles casos em que não se estabelece um vínculo causal entre o motivo da prisão cautelar e o fato ensejador da condenação. Isto naquelas situações fáticas em que o delito pelo qual o agente se acha condenado for anterior à prisão provisória (ou cautelar) em processo que resultar na absolvição do réu. 3. Não se pode descontar da

pena do paciente o período de prisão cautelar por fatos anteriores aos delitos ensejadores da condenação criminal. Com o que se evita a constituição de verdadeiros “bancos de pena” ou “créditos” passíveis de futura aplicabilidade.
4. Recurso ordinário a que se nega provimento.
(STF, RHC: 110576 DF, Segunda Turma, Rel. Min. Ayres Britto, Data de Julgamento: 06/03/2012)

Quanto a este último julgado, é preciso notar que após a Lei nº 12.736/12, que alterou a redação do §2º, do art. 387, do Código de Processo Penal, a operação de detração, mesmo que referente a processos diversos poderá ser realizada já pelo juiz sentenciante – nas condições adrede expostas - já que não é mais competência exclusiva do juízo da execução.

Portanto, pode o juiz sentenciante, considerando o período de pena indevidamente cumprido em outro processo, aplicar regime inicial de cumprimento de pena diverso.

Prosseguindo, também a quinta turma do Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado pela possibilidade da detração em processos diversos, sempre que, e desde que, a pena indevidamente cumprida tenha sido posterior ao cometimento do delito pelo qual o réu restou condenado:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. DETRAÇÃO. CRIMES COMETIDOS APÓS APRISÃO PROCESSUAL EM OUTRO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE.CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. 1. O entendimento deste Sodalício é no sentido da possibilidade da detração do tempo de prisão processual efetivada em outro processo em que o sentenciado foi absolvido ou teve declarada a extinção da sua punibilidade, desde que a data do cometimento do crime de que trata a execução seja anterior ao período pleiteado, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes. 2. Ordem denegada.
(STJ, HC: 188456 RS 2010/0195861-7, Quinta Turma, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu (desembargador convocado do TJ/RJ), Data de Julgamento: 21/06/2012)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. DETRAÇÃO. CRIME COMETIDO APÓS APRISÃO PROVISÓRIA EM OUTRO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 42 DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. Esta Corte Superior de Justiça firmou posicionamento no sentido de ser cabível a aplicação da detração em processos distintos, desde que o delito pelo qual o sentenciado cumpre pena tenha sido cometido antes de sua segregação cautelar. Precedentes. 2. Ordem denegada.
(STJ, HC: 188452 RS 2010/0195791-1, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, Data de Julgamento: 17/05/2011)

Em semelhante sentido o entendimento da sexta turma:

EXECUÇÃO PENAL. DETRAÇÃO PENAL. COMPUTO DE TEMPO DE PRISÃO IMPOSTA EM OUTRO PROCESSO. POSSIBILIDADE. CONDIÇÕES. CP, ART. 42. LEP, ART. 111. CF, ART. 5., XV E LXXV. A Constituição de República, em razão da magnitude conferida ao "*status libertatis*" (art. 5., XV), inscreveu no rol dos direitos 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. 5., 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 de que o tempo de prisão provisória, imposta em processo no qual o réu foi absolvido, seja computado para a detração de pena imposta em processo relativo a crime anteriormente cometido. - Recurso Especial conhecido e desprovido. (STJ, REsp: 61899 SP 1995/0010914-0, Sexta Turma, Rel. Min. Vicente Leal, Data de Julgamento: 26/03/1996)

RECURSO ESPECIAL. PENAL E EXECUÇÃO PENAL. DETRAÇÃO. ARTS. 42 DO CP E 111 DA LEP. PRISÃO EM FLAGRANTE. CÔMPUTO DE TEMPO. CRIME ANTERIOR. POSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. É admissível a detração do tempo de prisão processual ordenada em outro processo em que o sentenciado foi absolvido ou declarada a extinção da sua punibilidade, quando a data do cometimento do crime de que trata a execução seja anterior ao período pleiteado, como ocorre no caso concreto. 2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp: 594042 MG 2003/0165076-0, Sexta Turma, Rel. Min. Celso Limongi (desembargador convocado do TJ/SP), Data de Julgamento: 02/02/2010)

Interessante notar que, neste último caso restou consignado que: "*o aludido dispositivo [art. 111 da LEP] possibilita a detração penal em processos distintos, não exigindo que exista nexa de causalidade entre os crimes.*"

Antes de concluir, é preciso ressaltar a peculiar posição defendida no seguinte julgado:

AGRAVO EM EXECUÇÃO DEFENSIVO. DECISÃO QUE INDEFERE DETRAÇÃO PENAL DE PERÍODO DE PRISÃO PROVISÓRIA CUMPRIDA EM OUTRO PROCESSO QUE FOI EXTINTO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. A detração penal prevista no artigo 42 do Código Penal pode ocorrer pelo tempo em que o apenado restou segregado cautelarmente em processo por crime diverso da pena detraída, independentemente da data em que cumprida aquela prisão provisória. Precedentes da Câmara. O único óbice é o duplo proveito, do que não se cogita no caso concreto. RECURSO PROVIDO, POR MAIORIA.

(TJ-RS, Agravo Nº 70058542879. Terceira Câmara Criminal, Relator: João Batista Marques Tovo, Data de Julgamento: 03/04/2014)

Nele o Exmo. Desembargador Relator, João Marques Tovo, após explicar que vislumbra a questão do crédito de pena como um óbice não previsto em lei, dispõe que:

Os defensores do óbice edificado por jurisprudência e doutrina argumentam que a detração do tempo de prisão provisória cumprida antes da data do fato que originou a condenação por abater poderia gerar um “crédito em conta corrente” e garantida imunidade penal para crime em perspectiva, servindo como fator criminógeno. Ainda que não se tenha notícia de algum precedente nessa linha, a preocupação não pode ser tida como despropositada.

[...]

A dificuldade não reside no argumento, bastante ponderável em si, mas no uso que dele é feito. Com base em tão incomuns hipóteses, criou-se óbice inexistente no texto legal, forçando a interpretação restritiva onde não é recomendado fazê-lo. O melhor uso para o tão percuciente argumento é verificar se houve semelhante fenômeno em concreto e, tendo havido, negar a detração casuisticamente. De modo muito simples, resulta resolvida a questão.

O posicionamento não é de todo despropositado.

De fato, se o objetivo da vedação da chamada “conta corrente” for unicamente o de não passar uma mensagem negativa ao ex-detento, no sentido de que, em um determinado momento, poderá cometer outros delitos, já que terá uma pena reduzida ou inexistente, poderemos vislumbrar situações em que, mesmo cometendo o crime B – retomando o exemplo do início do capítulo – após a segregação cautelar do crime A, o sujeito jamais passará por referido momento.

Pensemos na seguinte hipótese: determinado sujeito, após notar que seu oponente no jogo de sinuca está mexendo nas bolas de bilhar com a mão, espera ele distrair-se, momento em que, de posse de uma arma de fogo, efetua vários disparos contra ele, que vem a falecer na presença das inúmeras testemunhas que acompanhavam o jogo. Em seguida o sujeito é preso em flagrante e seu flagrante é convertido em prisão preventiva. Durante a instrução processual ele confessa o deslinde dos fatos, versão que é corroborada pelas demais testemunhas. Entretanto, após a decisão de pronúncia, entendendo o magistrado que não mais subsistem as razões pela qual foi decretada a segregação cautelar, ao réu é concedida a liberdade provisória.

Eis que ao sair do cárcere este sujeito comete um furto qualificado, pelo qual resta condenado, ao passo que o homicídio, por um lapso dos agentes estatais, acaba por prescrever.

A pergunta é: é viável que se faça a detração da segregação cautelar do homicídio na pena do furto, visto que o réu não chegou a ter a consciência de que seria absolvido e poderia abater a pena do furto? Isto é, em momento algum ele pôde

cogitar de cometer o furto em razão de um abatimento da pena, que ele não sabia se realmente teria.

Se, como dissemos, a razão para a vedação da “conta corrente” é impedir é o fato de que o desincentivo ao cometimento de outro delito – consistente na pena - será menor ou, em alguns casos, inexistente, deveríamos aceitar a detração neste exemplo citado, pois jamais houve um momento em que o réu soubesse que seria absolvido num delito e que, logo, poderia praticar outro sem tanto custo.

Daí a conclusão do Desembargador, no sentido de que, não se pode criar, em abstrato, um óbice à detração que somente ocorrerá em alguns casos, que é a da criação de um crédito para futuras e eventuais infrações.

Seguindo esse raciocínio a detração em processos diversos seria sempre possível em relação a processos simultâneos. É dizer, o critério temporal passaria ser a decisão que deu fim, de qualquer modo a um dos processos, de modo que somente os crimes cometidos após esta decisão é que estariam impossibilitados de ter a pena provisória cumprida naquele crime computada em si.

5.1.3 Dos Demais Casos de Aplicação da Detração em Processos Diversos

Por fim, é importante esclarecer que, conquanto as decisões supramencionadas somente refiram à possibilidade de detração em casos de absolvição ou extinção da punibilidade, a hipótese deve ser estendida a outros casos.

Aliás deverá ser estendida a qualquer hipótese de extinção do processo, seja ela ensejadora de coisa julgada material ou formal, desde que, obviamente, adotemos o critério da vedação ao duplo proveito.

Assim para René Ariel DOTTI:

Com efeito, se a imputação pelo fato anterior tenha sido julgada improcedente, por falta da justa causa ou por outro fundamento, ou se, antes mesmo da denúncia, o inquérito foi arquivado pela demonstração da inocência ou causa diversa, a prisão cautelar caracterizou erro judiciário que obriga o Estado a pagar uma indenização.¹⁷⁴

¹⁷⁴ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. 4. ed. rev., atual e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 712.

Portanto, sem querer adentrar na discussão dos casos de arquivamento do inquérito, independentemente da hipótese de arquivamento ensejar coisa julgada material ou formal, o tempo passado em segregação cautelar no processo que tenha este destino deverá, para todos os efeitos ser equiparado ao caso da absolvição. O mesmo se diga em relação às hipóteses de rejeição da denúncia e impronúncia.

Obviamente, se, em qualquer destes casos o réu valer-se da detração em um processo pelo qual restou condenado e, após, o processo pelo qual foi impronunciado, por exemplo, for retomado, devido ao surgimento de novas provas, e culminar em condenação, o réu não poderá fazer, novamente, jus ao cômputo de sua pena provisória cumprida neste mesmo processo.

Deverá ser assim, pois, interpretação diversa seria extremamente prejudicial ao réu, já que não é possível antever quando ou se o processo será reaberto.

Relevante ainda consignar que, na hipótese de absolvição pouco importa o fundamento desta, somente sendo relevante o trânsito em julgado da decisão absolutória para a acusação, já que será exatamente neste momento em que se consagração a vedação da revisão *pro societate*.

Todas as hipóteses defendidas estão baseadas no princípio da presunção da inocência. Este deve ser o elemento balizador dos casos de aplicabilidade de detração em processos diversos.

É importante que se faça este apontamento, pois, nos casos de “pretensa” extinção da punibilidade, diferentes hipóteses ensejarão soluções diversas.

Explica-se. Embora o art. 107 do Código Penal, elenque um rol de situações como sendo todas elas de extinção de punibilidade, nem todas são efetivamente aflitivas da pretensão de punibilidade e, portanto, impedem que se afirme que o fato perseguido constitui crime. Em outras palavras, o dispositivo carece de coerência interna, pois, junto com causas de extinção da punibilidade, agrupa institutos díspares como condições de procedibilidade e incidentes de execução¹⁷⁵. Assim:

São causas legais de exclusão da pretensão de punibilidade a morte do agente (inciso I); a prescrição da pretensão punitiva (inciso IV), exceto a forma retroativa, que depende do trânsito em julgado da sentença

¹⁷⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 584.

condenatória; o perdão do ofendido (inciso V); a retratação do agente (inciso VI); e o perdão judicial¹⁷⁶ (inciso IX)¹⁷⁷.

O caso de morte do agente, obviamente é irrelevante para fins de detração, de modo que, eventual erro judiciário na aplicação da pena provisória poderá ainda ter alguma repercussão no campo civil em favor dos familiares do ex-detento, mas o tema desborda deste trabalho.

Já a prescrição da pretensão punitiva tornará ilegal eventual segregação cautelar, visto que não se comprovou, nem se chegará a comprovar, a culpa do detento. Contudo, não se poderá aplicar o mesmo raciocínio ao caso da prescrição da pretensão executória, tratada esta como mero incidente processual.

E ainda. Nas hipóteses de perdão do ofendido e retratação do agente (embora os delitos a que remetem dificilmente possam ensejar uma segregação cautelar), se houver a prisão e, após, for concedido o perdão do ofendido, por exemplo (obviamente antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória), a prisão deverá ser reputada injusta e a pena poderá ser detraída de outro processo, nas condições supramencionadas.

Por fim, o perdão judicial, quando concedido, por se tratar de causa extintiva de punibilidade que, como tal, impede até mesmo que o réu seja declarado culpado, também tornará possível que a prisão cautelar sofrida nesse processo seja detratável, nos termos e condições acima expostos¹⁷⁸.

De outro, novamente segundo Paulo César BUSATO:

¹⁷⁶ Quanto ao perdão judicial, é o teor da súmula 18 do STJ: “A sentença concessiva do perdão judicial é **declaratória da extinção de punibilidade**, não subsistindo qualquer efeito condenatório” (grifo nosso).

¹⁷⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 584.

¹⁷⁸ É de se reconhecer que tal posição, ainda minoritária, somente encontra sentido a partir de uma teoria do delito fundada em um sistema significativo de ação, porquanto, nessa visão, a pretensão de punibilidade é componente da estrutura do crime. Em sentido contrário, porém, e a partir de uma perspectiva clássica da teoria do delito, Fernando GALVÃO e Luiz Regis PRADO afirmam que o perdão judicial somente é concedido após o reconhecimento da prática de um fato típico, ilícito e culpável. Desde esse ponto de vista, não há como qualificar a segregação cautelar como injusta. Entretanto, mesmo nesse campo, há posicionamento jurisprudencial que dispensa o prévio juízo condenatório para a concessão do perdão judicial, caso em que, de acordo com as premissas aqui estabelecidas, a prisão cautelar prévia seria detratável em outro processo. Cf. GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 949; PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 365 e TRF-4 - ENUL: 3225 PR 2005.70.04.003225-5, Quarta Seção, Relator: Élcio Pinheiro de Castro, Data de Julgamento: 17/07/2008.

Não são causas legais de exclusão da pretensão de punibilidade, mas meros incidentes processuais: a anistia, a graça e o indulto (inciso II), incidentes sobre o processo de execução; a decadência, a preempção (afitivas do direito à persecução) e a prescrição da pretensão executória (inciso IV); e a renúncia do direito de queixa nos crimes de ação penal privada (inciso V)¹⁷⁹.

Nos casos de aplicação do chamado poder de graça, somente será possível considerar como digna de ser detratável em processo diverso, a pena provisória aplicada num caso em que, a graça, seja ela anistia ou indulto, for concedida antes do reconhecimento da culpa, isto é, do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Mas fato é que, se o sujeito permanecer preso cautelarmente e for beneficiado, após o trânsito em julgado, com a anistia ou indulto, não haverá que se falar em ofensa ao princípio da culpabilidade, e, logo, a prisão cautelar que não poderá ser reputada como injusta, não sendo passível de ser computada em processo diverso.

Prosseguindo, *“Na decadência e na preempção o que é atingido é respectivamente o direito de deflagrar ou prosseguir com a persecução sem que seja afetado em seu conteúdo, a essência do crime, portanto, são afitivos apenas dos requisitos persecutórios¹⁸⁰”*. Aqui, ainda com mais razão a prisão sofrida poderá ser detraída em outro processo, já que não há determinação da culpa. O mesmo se diga da renúncia ao direito de queixa.

Todavia, a prisão não poderá ser reputada como ilegal no caso da *abolitio criminis*, ou da lei penal posterior à segregação que, diminuindo a pena máxima em abstrato, torna inviável a prisão preventiva, ou ainda, retira o crime do rol das hipóteses de prisão temporária. Anote-se apenas que estes casos não se tratam de extinção da punibilidade, mas antes de afastamento da própria pretensão de relevância¹⁸¹.

Mas se, em sentido inverso, uma lei criar um delito, ou majorar uma pena ou ainda incluir um crime no rol do art. 1º, inciso III, da Lei 7.960/89, e, em seguida, for declarada inconstitucional, obviamente a prisão deverá ser reputada como injusta.

¹⁷⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 585.

¹⁸⁰ *Ibid.* p. 587.

¹⁸¹ *Ibid.* p. 585.

A questão não encontra aplicabilidade, porém, no caso de absolvição declarada em revisão criminal, em virtude da unificação das penas.

Para explicar a afirmação pensemos na seguinte hipótese: um sujeito comete um crime A e outro B; é preso após o cometimento do crime B e é condenado por ambos os crimes a uma pena de 2 anos e 4 anos, respectivamente.

Como a pena será unificada, será irrelevante o fato de que ele seja absolvido posteriormente, pelo crime A, por exemplo, em um revisão criminal. Isso porque se, no momento da absolvição, ele tiver cumprido menos de 4 anos, considerar-se-á que cumpriu somente uma pena devida, porquanto dentro do limite da condenação do crime B. Outrossim, se, no momento da absolvição, tiver cumprido mais de 4 anos, deverá ser prontamente colocado em liberdade, e o excesso de tempo no cárcere deverá ser civilmente indenizado. Enfim, não haverá como compensar isto no campo penal.

Anote-se que, evidentemente, a eventual absolvição em sede de revisão criminal irá ensejar uma enorme gama de efeitos, no que diz respeito à redefinição de prazos para progressão de regime, livramento condicional, comutação, entre outros benefícios, mas a detração penal não teria nenhum efeito a operar.¹⁸²

Ademais, a última hipótese possível seria a de o sujeito ter sido condenado e preso pelo delito A e depois condenado pelo delito B, mas como se viu, neste caso não estaria presente o pré-requisito temporal da detração em processos diversos.

Por fim, todas as considerações acerca da possibilidade de detração em processos diversos devem, igualmente, ser aplicadas aos casos de aplicação de medida de segurança. Deste modo, se o sujeito for absolvido de uma imputação pela qual restou internado provisoriamente, por exemplo, o tempo passado em segregação cautelar deverá ser computado em outro processo que ele, eventualmente, venha a suportar, quer seja aplicada outra medida de segurança, caso em que deverá compor o limite máximo de pena (súmula 527 do STJ), quer seja aplicada uma pena de prisão, obedecido, em qualquer caso, o requisito temporal que se adote.

¹⁸² A menos que nossa legislação consagrasse, tal como previsto no art. 186-A, do PLS 513/2013, a compensação diferenciada de dias em razão do tempo passado em um regime de cumprimento de pena inadequado.

6 CONCLUSÃO

O estudo do instituto da detração penal nos leva a arguir a indispensabilidade de sua presença em qualquer ordenamento jurídico que consagre os princípios mais basilares do direito penal, como o da igualdade e o da legalidade.

Em que pese a aparente simplicidade de sua aplicação, a prática forense enseja inúmeras situações nas quais, ainda que sem previsão legal, a detração penal deve ser considerada, por questões de equidade.

Nesse sentido, o presente trabalho pretendeu abordar os principais casos de aplicação da detração, a partir de uma leitura detalhada do art. 42 do Código Penal, mas que, não se mantendo adstrita a ele, cuidou de analisar o modo como as diversas reformas das legislações penais, processuais e constitucional, refletiram no tema.

Inicialmente, a exposição foi feita no intuito de demonstrar que tanto o juiz do processo de conhecimento, quanto o juiz da execução, são os destinatários da norma do art. 42, de modo que aquele somente poderá efetuar a operação quando verifique desde logo a possibilidade de alteração do regime inicial de cumprimento de pena, sob pena de invadir a competência deste.

Em seguida, demonstrou-se que o conceito de prisão provisória é atécnico, dada a ausência desta figura em nosso ordenamento jurídico. Entretanto, a doutrina tem entendido que a expressão refere-se a um gênero, dentro do qual estariam as prisões preventiva, temporária e em flagrante, de modo que todas elas devem, indiscutivelmente, ser consideradas para efeitos de detração penal.

Prosseguindo no conceito legal, indicou-se que boa parte da doutrina considera insubsistente a figura da prisão administrativa. Ademais, embora haja alguma discordância quanto a figura da prisão do estrangeiro para fins de extradição, as exposições doutrinárias levam a crer que não se trata mesmo de prisão administrativa, mas sim de uma prisão cautelar processual penal e, como tal, submetida a todos os seus requisitos, devendo, portanto, ser considerada na detração, o mesmo se podendo dizer em relação à “prisão do falido”.

De outro, na figura da prisão disciplinar, verificou-se que sempre que ela tenha caráter provisório deverá ser considerada quando da fixação da sanção definitiva.

Já a prisão civil divide ainda opiniões perante a doutrina. De um lado estão aqueles que não admitem que ela seja considerada para efeitos de detração penal.

De outro, os que, admitindo-a, especificam que tal aplicação somente subsiste no caso de posterior condenação pelo crime de abandono material.

Amplio estudo foi dedicado à hipótese de detração em relação à medida de segurança, seja em sua modalidade de internamento, seja na de tratamento ambulatorial. Ao cabo, demonstrou-se a possibilidade de detração penal nesses casos, embora haja alguma controvérsia quanto a possibilidade medida de segurança ser descontada da pena privativa de liberdade, ou vice-versa. Enfim, o cômputo, realizar-se-ia não só para efeitos de determinar o período de realização do primeiro exame de cessação de periculosidade, como também, após o advento da súmula 527 do STJ, para limitar o tempo máximo de permanência sob a restrição de liberdade.

De acordo com a doutrina apontada, é viável, e até mesmo recomendável que se detraia o período de segregação cautelar das medidas restritivas de direito aplicadas ao final do processo. Outrossim, as medidas cautelares diversas da prisão também devem, embora se tenha anotado alguma divergência em relação a isto, ser consideradas na pena final, seja ela uma medida restritiva de direito, seja privativa de liberdade. No particular, destacou-se ainda a pertinência das disposições do PLS 513/2013, que preveem um modo especial de compensação entre penas privativas de liberdade cumpridas em diferentes regimes.

Quanto à relação entre detração e progressão de regime, assentou-se que o período de segregação cautelar deve ser considerado como integrante do requisito objetivo da progressão, e que, ademais, esta pode ser decretada pelo próprio juiz do processo de conhecimento se, após fixar a pena, verificar que o requisito objetivo já está satisfeito, sem embargo da divergência apresentada no que tange à necessidade de verificação do requisito subjetivo da progressão. Em suma, a detração não torna menor a pena aplicada, mas apenas enseja o cômputo da pena provisória na pena total definitiva.

Ao cabo, após breves considerações históricas sobre o instituto, nos debruçamos sobre a possibilidade de detração em processos diversos, anotando que prevalece a doutrina e jurisprudência que admite esta modalidade de detração, mas desde que não se crie a chamada “conta corrente” de pena. É dizer, a detração penal somente será possível em processos diversos quando o crime que ensejou a segregação cautelar, mas restou em absolvição e o que ensejou a pena definitiva, tenham sido cometido antes da prisão provisória, sem olvidar de fundados posicionamentos contrários sobre a questão.

Em suma, damos continuidade ao estudo de uma questão em relação a qual doutrina e jurisprudência pátria ainda não se debruçaram de forma detida, quiçá abrindo espaço para que se promova um amplo debate sobre o assunto, que, considerando desde os fundamentos da existência do instituto, busque determinar sua correta abrangência.

REFERÊNCIAS

BELO, Warley. Detração penal. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília, v. 1, n. 17, p.170-191, jul./dez. 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **A nova disciplina legal da detração penal**. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-17/cezar-bitencourt-disciplina-legal-detracao-penal>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Medidas cautelares: nova lei peca nas chances de detração penal**. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jul-01/nao-detracao-casos-cautelar-aplicada-distinta-prisao>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN - Junho de 2014**. Divulgação: Jun/2015. 148 p. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2015.

BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Reflexões sobre o sistema penal de nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal: parte geral, volume II**. Edição Saraiva. São Paulo: Saraiva, 1957. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra.

CARVALHO, Jeferson Moreira de. **Prisão e liberdade provisória**. São Paulo: Juarez Oliveira, 1999.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Questões penais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

COSTA Jr., Paulo José da Costa. **Comentários ao código penal**: parte geral (Lei n. 7.201 de 11-7-1984). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

DEMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 5. ed. aum. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1984.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. 4. ed. rev., atual e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FARIA, Bento de. **Código penal brasileiro (comentado)**. Vol II. 2.ed. Rio de Janeiro: Récord Editora, 1958.

FRANCO, Alberto Silva, et al. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**, volume 1, tomo 1. 6.ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRASSI, Roberto Joacir. Detração Penal. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. vol. 24. São Paulo: Saraiva, 1977.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2012. Epub.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Código de Processo Penal Anotado**. 22ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Direito penal**: parte geral. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V.1.

LEÃO Jr., 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: 4 fev. 2015.

LYRA, Roberto. **Comentários ao código penal**. Vol II. Arts. 28 a 74. Editora Forense: Rio de Janeiro, 1958.

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____ **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva. 2014.

_____ **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas**: de acordo com a Lei n. 12.403, de 4-5-2011. São Paulo: Saraiva, 2011.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PEREIRA, Marivaldo. **A nova lei de detração na sentença penal condenatória**. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-22/lei-127362012-detracao-sentenca-penal-condenatoria>>. Acesso em: 09 jul. 2015.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**, volume III. Campinas: Millennium, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**: parte general. 7. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2007.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1998.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas.

PEREIRA, Marcelo Matias. Detração penal (Lei nº 12.736/12): progressão antecipada. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4381, 30 jun. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/40264>>. Acesso em: 6 jul. 2015.

PEREIRA, Marivaldo. **A nova lei de detração na sentença penal condenatória**. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-22/lei-127362012-detracao-sentenca-penal-condenatoria>>. Acesso em: 09 jul. 2015.

PINTO, Ronaldo Batista. **Provisória deve ser contada na progressão de regime**. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-08/ronaldo-pinto-prisao-provisoria-contada-progressao-regime>>. Acesso em: 09 jul. 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, volume 1: parte geral: arts. 1º a 120. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ROSA, Antonio José Miguel Feu. **Execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Descumprimento da transação penal e detração**. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2005/marcelogoncalvessaliba/descumprimento.htm>>. Acesso em: 03 fev. 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba, Lumen Juris, 2008.

SILVA, Antônio José da Costa e. **Comentários ao código penal**. Vol I. São Paulo: s.n., 1943.

SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. Prisão do extraditando no ordenamento jurídico brasileiro: novas perspectivas. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 83, p. 335-347, abr. 2013.

TAQUES, Pedro. **Parecer da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal**. 2013. Disponível em: <<http://goo.gl/VPHaOS>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

TEIXEIRA, Rejane Zenir Jungbluth. **Lei 12.736/12 e a nova detração penal**. 2012. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2012/lei-12-736-12-e-a-nova-detracao-penal-juiza-rejane-zenir-jungbluth-teixeira>>. Acesso em: 09 jul. 2015.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2004. v.1.

TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de processo penal**. Tomo III. São Paulo: José Kofino, 1967.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.