

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

GABRIELA MARIA RUARO SENA

A MONITORAÇÃO ELETRÔNICA DA LEI 12.403/2011 E A DETRAÇÃO PENAL

**CURITIBA
2018**

GABRIELA MARIA RUARO SENA

A MONITORAÇÃO ELETRÔNICA DA LEI 12.403/2011 E A DETRAÇÃO PENAL

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, do
Centro Universitário Curitiba.**

**Orientadora: Professor Doutor Rodrigo Chemim
Guimarães**

**CURITIBA
2018**

GABRIELA MARIA RUARO SENA

A MONITORAÇÃO ELETRÔNICA DA LEI 12.403/2011 E A DETRAÇÃO PENAL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: _____

Prof. Membro da banca

Curitiba, de de 2018

Let all that you do be done in love"

(1 Coríntios, 16:14).

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai, por ter sonhado a faculdade de direito por mim, comigo e com tudo que ela há de proporcionar. Por ter me tornado forte e persistente, por ter me ensinado a não desistir, a correr atrás dos meus sonhos e principalmente por me dar todas as oportunidades para que eu os realize. Por ser o exemplo de profissional que eu quero me tornar. Obrigada.

À minha mãe, que foi a maior incentivadora quando decidi começar a faculdade, que sonhou comigo todas as minhas conquistas, que chorou comigo todas as minhas dores. Mãe: sem você não haveria faculdade de direito, não haveria monografia, não haveria uma formatura. Sua força e coragem enchem o meu coração de orgulho e alegria por ter você em minha vida. À você, toda a minha gratidão, e o amor de sempre.

As minhas irmãs, Paula e Laura, que com toda a delicadeza de um (coração) gigante, viveram comigo minhas dores e conquistas. Por existirem. Por fazerem parte de mim.

Ao meu namorado que tenho a sorte de ter, Gabriel. Obrigada por aguentar todos os meus dias de mau humor sem perder todo esse amor e carinho que transbordam de você. Obrigada por sempre me apoiar. Você tantas vezes significou paz para os meus dias turbulentos. Apesar da distância dos meus olhos, você nunca está longe dos meus pensamentos.

Às minhas tias, Roseli Ruaro e Lucimeris e minha melhor amiga, Bruna, por serem um exemplo de dedicação, por fazerem parte de quem eu sou e por nunca me deixarem desistir, por sempre me mostrarem o lado bom da vida e por estarem comigo independente da situação. Obrigada, por me mostrarem o real significado das palavras empatia e amizade.

Finalmente, mas não menos importante, ao meu querido professor e orientador, que com paciência conseguiu corrigir os meus textos, por ter sido muito mais que um orientador e por me dar o privilégio de ser sua orientanda. Obrigada por fazer parte de tudo isso.

RESUMO

O novo Código de Processo Penal ao ser implementando, trouxe diversas mudanças no sistema processual penal, como por exemplo, as medidas cautelares menos gravosas, que deverão ser aplicadas quando se revelarem mais adequadas ao caso concreto. De acordo com o Código Penal, a restrição da liberdade pode ser cautelar (antes de uma sentença penal transitada em julgado) ou definitiva (após a sentença penal condenatória transitada em julgado). Quando houver uma medida cautelar que limite a liberdade do indivíduo, ela deve ser passível de compensação, tanto no âmbito penal quanto no civil. Para que a compensação possa ser realizada, foi criado o instituto no âmbito penal, da detração, que vem regulamentada nos artigos 41 e 42, do Código Penal (CP). Acontece que, a Lei n. 12.403/2011, criou as medidas cautelares, que reprimem a liberdade do indivíduo com menor veemência. Assim, surge a controvérsia doutrinária, quanto à aplicação do período de cumprimento de medida cautelar diversa da prisão para diminuição da pena definitiva a ser cumprida pelo apenado, ou seja, a detração penal. Ressalto que, nosso ordenamento não tem um regramento específico a respeito da detração penal no âmbito das medidas cautelares. Diante do exposto e tendo em vista que, um dos fundamentos da detração é o princípio da isonomia, torna-se impossível aceitar que se desconte da pena privativa de liberdade o período em que o agente cumpriu medidas cautelares diversas da prisão, pois estaríamos equiparando tal situação àquela do sentenciado que permaneceu todo o processo em segregação cautelar, ou seja, que teve uma restrição muito maior ao seu direito de locomoção e à sua liberdade. Em outras palavras, seria justo detrair, por exemplo, três meses do tempo de monitoração eletrônica da pena privativa final de um réu, enquanto o seu comparsa permaneceu estes mesmos três meses preso preventivamente?

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Medidas cautelares alternativas. Lei n. 12.403/11. Monitoração Eletrônica. Detração.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO	10
2.1	SURGIMENTO E APLICABILIDADE	10
2.2	CARACTERÍSTICAS DAS MEDIDAS CAUTELARES.....	12
2.2.1	Provisoriidade	12
2.2.2	Substitutividade	13
2.3	REQUISITOS GÉNERICOS DAS MEDIDAS CAUTELARES:.....	14
3	REQUISITOS ESPECÍFICOS INERENTES ÀS MEDIDAS CAUTELARES ..	16
3.1	ESPÉCIES.....	19
4	NÃO APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES	25
5	MONITORAÇÃO ELETRÔNICA	26
5.1	NOÇÕES	26
5.2	ANTECEDENTES HISTÓRICOS	29
5.3	EVOLUÇÃO DA MONITORAÇÃO ELETRÔNICA DO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL PARA MEDIDA CAUTELAR.....	30
5.4	PRAZO RAZÓVEL DE DURAÇÃO DA MONITORAÇÃO ELETRÔNICA.....	33
5.5	CONSEQUÊNCIAS EM CASO DE DESCUMPRIMENTO.....	34
6	DETRAÇÃO	37
6.1	DETRAÇÃO NAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO	42
7	ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA DETRAÇÃO PENAL:	51
8	CONCLUSÃO.....	58
	REFERÊNCIAS.....	62

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda o tema da Detração Penal no âmbito da sua aplicação nas medidas cautelares diversas da prisão, em específico, a monitoração eletrônica. O instituto da detração penal vem regulamentado no artigo. 42, do Código Penal e, é entendido como uma espécie de compensação concedida ao preso pelo período em que foi privado de sua Liberdade antes do cumprimento da pena decorrente da sentença condenatória definitiva.

Um dos propósitos do Estudo é, fazendo menção a origem e função da detração penal, demonstrar o choque que o instituto sofreu com a publicação da lei nº 12.403/2011. A mencionada lei alterou o Código de Processo Penal (CPP), alterando assim o regime jurídico das medidas cautelares, atingindo assim alguns princípios fundamentais da detração penal, visto que, antes da Lei n. 12.403 de 2011, o Código de Processo Penal, só tinha a previsão de duas espécies de medidas cautelares pessoais, quais sejam, a prisão cautelar e a liberdade provisória, isto é, ou o acusado permanecia preso com total restrição de sua liberdade (prisão cautelar) ou ele ficava em liberdade provisória, tendo como obrigação comparecer a todos os atos processuais sob pena de revogação do benefício. A detração em tal disposição legal era de fácil aplicação, tendo em vista que existia a cautelar de prisão provisória, assim, o indivíduo que fosse condenado definitivamente a pena de prisão, teria o direito de ser descontado da pena que deveria cumprir àquele tempo em que ficou preso provisoriamente.

Objeto específico do presente estudo, o monitoramento eletrônico vem para oferecer mais uma alternativa à prisão provisória. A monitoração eletrônica é hoje uma das medidas cautelares mais relevantes. A sua introdução no direito brasileiro se deu com a Lei nº 12.258/2010, como incidente de execução da pena, e o Poder Executivo regulamenta a matéria por meio do Decreto nº 7.627/2011, sem contudo, esclarecer sobre o meio técnico de execução da medida.

Acontece que, a Lei n. 12.403 de 2011 constituiu outras nove medidas cautelares alternativas a prisão e não calculou a possibilidade da detração penal nesses casos. Por conta disso, a detração dentro das cautelares é alvo de discussões e diversas interpretações, quanto à sua aplicação e à necessidade de seu abatimento da pena de prisão imposta ao réu condenado.

Por isso, dentre outras, surgem questões: é possível a detração em face da medida cautelar alternativa a prisão? Se sim, deverá ser feito da mesma forma que a detração aplicada a prisão provisória?

Assim, justifica-se a realização do presente estudo diante da ausência no nosso ordenamento de regramento específico a respeito da detração penal no âmbito das medidas cautelares.

2 DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

2.1 SURGIMENTO E APLICABILIDADE

O Código de Processo Penal em sua redação original de 1941 estabelecia que a prisão em flagrante significava presunção de culpabilidade e assim, a prisão se convertia automaticamente em prisão cautelar, sem qualquer decisão judicial.

Ainda, trazia, originalmente cinco tipos de prisão cautelar, sendo elas: prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão temporária, prisão decorrente de pronúncia e prisão decorrente de sentença recorrível. As últimas duas eram evidentemente contrárias ao princípio da presunção de inocência, antecipando o Juízo de culpabilidade.¹

Com o advento das Leis 11.689/2008 e 11.719/2008 passaram a existir apenas três espécies de prisão cautelar: a prisão em flagrante, a preventiva e a temporária.

Desde a entrada em vigor da Lei 12.403/2011, que promoveu nova reforma ao Código de Processo Penal, apenas a prisão preventiva e a prisão temporária são consideradas hipóteses de prisão cautelar, pois a prisão em flagrante, quando presentes os requisitos necessários, deve ser convertida em prisão preventiva.²

“A maior **inovação desta** reforma do Código de Processo Penal em 2011, ao lado da revitalização da fiança, é a criação de uma polimorfologia cautelar, ou seja, o **estabelecimento de medidas cautelares diversas da prisão**, nos termos do artigo 319, **rompendo com binômio prisão-liberdade, até então vigente**”.³ (grifo nosso).

Com isso, a prisão cautelar deve ocupar sua posição de *ultima ratio*, que é o direito penal, em outras palavras “a prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua **substituição por outra medida cautelar**” (art. 282,

¹ GOMES, Luiz Flavio; MARQUES, Ivan Luís. **Prisão e Medidas Cautelares**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012., 2012. p. 21-22.

² GOMES, loc. cit.

³ LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual penal. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 145.

parágrafo 6º do CPP).⁴

Conclui-se assim, que a Lei 12.403/2011 trouxe diversas mudanças no sistema processual penal, como por exemplo, as medidas cautelares menos gravosas, que devem ser aplicadas quando se revelarem mais adequadas ao caso concreto. Estas medidas, no contexto atual, apresentam-se como uma alternativa à superlotação das Penitenciárias e Delegacias do País.

As inovações introduzidas, na maioria das hipóteses, estão em perfeita harmonia com o texto constitucional de 1988 e com a reforma processual penal de 2008. Por outro lado, a superlotação dos presídios, em particular, dos locais que abrigam presos provisórios, esperava a modificação do Código de Processo Penal para que houvesse maior coerência na aplicação de medidas cautelares eficientes, sem necessidade de automática segregação. A sociedade em geral somente tem a ganhar com a aprovação do texto ora comentado. Seus eventuais equívocos serão, certamente, suplantados pelos acertos (NUCCI, 2013, p. 30)⁵.

A medida cautelar tutela o processo e não o direito material, tendo em vista que esse é tutelado pelo processo de conhecimento, assim, a medida cautelar é o meio utilizado para se atingir o objetivo colimado pelo processo de conhecimento, qual seja: a solução do caso penal. Contudo, a cautelar não possui apenas a função de assegurar o processo de conhecimento, conforme entendimento Galeno Lacerda

A finalidade do processo cautelar consiste em obter segurança que torne útil e possível a prestação jurisdicional de conhecimento ou de execução. Nessa perspectiva, três necessidades podem surgir: a de garantir-se a prova, a de assegurar-se a execução quanto aos bens e a de outorgar-se desse logo a antecipação provisória e necessária.⁶

A medida cautelar não pode ser vista como uma forma de antecipação da culpa, pois o juízo realizado é de periculosidade e não culpabilidade. O estado para que possa atingir o objetivo de sua atuação ou seja, o bem comum, exige do sujeito sacrifícios para sua consecução e um exemplo é a prisão preventiva desde que

⁴ GOMES, 2012, p. 23-24.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**: De acordo com a Lei 12.403/2011. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁶ LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil, arts. 796-812. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001 15-16.

comprovada a extrema necessidade⁷.

[...] todas as restrições de direitos pessoais e à liberdade de locomoção previstas em nosso Código de Processo Penal, antes do trânsito em julgado e a partir da Lei nº. 12.403/11, recebem a alcunha ou a designação de medidas cautelares.⁸

2.2 CARACTERÍSTICAS DAS MEDIDAS CAUTELARES

2.2.1 Provisoriedade

As medidas cautelares têm como finalidade a efetividade do processo, assim, são medidas provisórias, vinculadas à necessidade de sua aplicação.

Por exemplo, uma das medidas cautelares que podem ser aplicadas é a prevista no art. 319, IV, a saber, a proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução. Note-se que a providência referida só é cabível quando “a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução” (BONFIM, 2012, p. 465)⁹

Findo os motivos que levaram a aplicação das medidas, desnecessárias elas se tornam.

2.1.1. Revogabilidade

Também possui a característica de revogabilidade, ou seja, de revogação: uma vez não sendo mais necessária sua aplicação se estabelece sua revogação.

⁷ RANGEL, Paulo; **Direito Processual Penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 753.

⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 496.

⁹ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal** – 7.ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 465.

O Código de Processo Penal em seu artigo 282, §5 estabelece que: “O Juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.

Dessa forma, ancora-se a revogabilidade – como a provisoriedade – em uma necessidade de decretação ou manutenção da medida. Assim, reaparecendo o pressuposto ensejador da imposição da mesma, ou, ainda, outra situação fática que se amolde a quaisquer das providências estabelecidas no art. 319 do CPP, poderá a cautelar ser imposta novamente pelo juiz, desde que tenha relação com a razão que delimita seus contornos e lhe confere eficácia e validade (BONFIM, 2012, p. 466).¹⁰

2.2.2 Substitutividade

As cautelares possuem a característica de serem substituíveis a qualquer tempo por outras cautelares, observada, apenas, a restrição da prisão preventiva.

Conforme previsto no artigo 282, §5º e 6º: § 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

2.1.2. Excepcionalidade

Por serem restrições de liberdade, possuem o caráter excepcional, por isso, são estabelecidas em um rol taxativo pelo Legislador.

Isso porque, se a imposição da medida vier a caracterizar efetiva antecipação da pena, inverter-se-ia o princípio da não culpabilidade,

¹⁰ BONFIM, 2012, p. 466.

passando-se a ter o acusado como presumidamente culpado enquanto não definitiva a decisão sobre o processo no qual o figure como réu. Tal orientação efetivamente acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, ao entender que todos os recursos contra decisão condenatória, no curso do processo penal, possuirão efeito suspensivo, mantendo-se o status quo do indivíduo até que, em última instância, decida-se sobre sua culpabilidade (BONFIM, 2012, p. 467)¹¹

2.3 REQUISITOS GÉNERICOS DAS MEDIDAS CAUTELARES:

Eugênio Pacelli, elenca que em tema de medidas cautelares é comum o recurso às expressões Latinas *fumus boni iuris* e *periculum in mora* (ou *libertatis*), significando a aparência do bom direito e o perigo da demora, valendo também, em matéria penal, o *fumus comissi delicti*, a ser traduzido pela aparência do fato delituoso.

E, em toda e qualquer restrição a direitos individuais, além da exigência de ordem escrita e fundamentada do juiz, levar-se-á em conta a *necessidade* e *adequação* da medida, a serem definidas a partir da garantia da aplicação da lei penal e conveniência da investigação ou da instrução criminal.

Aury Lopes Júnior, sustenta que o princípio da proporcionalidade é a base de sustento das prisões cautelares, e em decorrência disso, as medidas cautelares pessoais estão localizadas no ponto mais crítico do difícil equilíbrio entre dois interesses opostos, sobre os quais gira o Processo Penal: o respeito ao direito de liberdade e a eficácia na repressão dos delitos. O princípio da proporcionalidade irá conduzir a atuação da conduta do juiz no caso concreto, pois jamais uma medida cautelar poderá se converter em uma pena antecipada, sob pena de evidente violação à presunção de inocência. Dessa forma a proporcionalidade está ligada à adequação da medida a ser verificada segundo a gravidade do crime e as circunstâncias do fato (meios e modos de execução).¹²

No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o

¹¹ BONFIM, 2012, p. 467.

¹² LOPES JUNIOR, 2016. p. 505.

requisito para decretação de uma prisão cautelar é a existência ***do fumus comissi delicti***, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, nas sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (LOPES JUNIOR, 2011, p. 14; [grifo do autor]).¹³

¹³ LOPES JUNIOR, 2016, p.501.

3 REQUISITOS ESPECÍFICOS INERENTES ÀS MEDIDAS CAUTELARES

As medidas cautelares previstas na Lei 12/403/2011 para serem aplicadas devem obedecer ao binômio: necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos em lei, para evitar a prática de infrações penais com a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, conforme art. 282, incisos I e II do Código de Processo Penal.

Nesse sentido é o entendimento jurisprudencial:

Encontra-se na jurisprudência este entendimento: TJPB: “Conforme consta do art. 282 do CPP, consoante as alterações trazidas pela Lei 12.403/2011, a medida cautelar deve ser aplicada com observação da necessidade de aplicação da lei penal e também com a adequação à gravidade do crime, suas circunstâncias e condições pessoais do acusado, o que não se coaduna com o caso analisado”.(HC 20020110311640004 – PB, Câm.Crim., rel. João Benedito da Silva, 31.05.2012).

A necessidade e adequação são, portanto os referencias fundamentais na aplicação das medidas cautelares pessoais no Processo Penal e ambas se reúnem no princípio da *proporcionalidade*, postulado implícito na Constituição Federal, por dedução do conjunto geral das garantias individuais, exercendo uma dupla função no direito, como sustenta Eugênio Pacelli:

- a) Na primeira, desdobrando-se, sobretudo, na proibição do excesso, mas, também, na máxima efetividade dos direitos fundamentais, serve de efetivo controle da validade e do alcance das normas, autorizando o intérprete a recusar a aplicação daquela (norma) que contiver sanções ou proibições excessivas e desbordantes da necessidade de regulação;
- b) Na segunda, presta-se a permitir um juízo de ponderação na escolha da norma mais adequada em caso de eventual tensão entre elas, ou seja, quando mais de uma norma constitucional, se apresentar como aplicável a um mesmo fato.¹⁴

Nas palavras de Bonfim, a necessidade para a aplicação da lei penal advém

¹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 496.

da análise de cada caso, se visualizado que o acusado tem prática na reiteração criminosa, bem como sua presença se faça necessária, devendo ser balizada pela adequação/gravidade do crime, às circunstâncias do fato e condições pessoais¹⁵

Necessária, pode ser. Já que todos os meios disponíveis escolheu-se o menos restritivo de direitos; adequada também pode se revelar, já que o meio mostra-se idôneo ao fim a que se propõe. Mas pode ser que no “balanço final de valores” (sintonia fina) se entenda ser demasiada a medida para o quanto ela se proponha a preservar, tendo em vista “a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e a personalidade do agente” (BONFIM, 2012, p. 472).¹⁶

O segundo requisito, qual seja, o da adequabilidade, estabelece que a medida cautelar imposta deve ser a mais adequada perante o caso concreto, devendo o Juiz observar o fato e o autor em detalhes.

Finalmente, cumpre ressaltar que as medidas devem sempre ser aplicadas visando evitar a decretação da prisão, seja ela temporária ou preventiva. Não obstante, se quaisquer das medidas não se revelar, em abstrato, útil (juízo de adequação/necessidade) para a finalidade a que se destina, poderá a prisão ser decretada imediatamente, seja na fase do inquérito ou durante o próprio curso processual (BONFIM, 2012, p. 474).¹⁷

Os doutrinadores Marco Antônio Ferreira Lima e Ranieri Ferraz Nogueira no livro *Prisões e medidas liberatórias*, enumeram os requisitos cautelares, quais sejam:

- a) pressupostos *stricto sensu*, consistente na prova da existência do crime e indícios de autoria, comumente denominado pela doutrina de *fumus comissi delicti* (art. 312, Código de Processo Penal);
- b) fundamento apto a demonstrar a necessidade da prisão (*periculum libertatis*), cujas hipóteses estão previstas alternativamente no art. 312 do Código de Processo Penal:
 - b.1) garantia da ordem pública;
 - b.2) garantia da ordem econômica;
 - b.3) Conveniência da instrução criminal;
 - b.4) assegurar a aplicação da lei penal.

¹⁵ BONFIM, 2012, p.472

¹⁶ Ibid, loc. cit.

¹⁷ Ibid, loc. cit.

c) condições de admissibilidade, que devem ser analisadas a *contrário sensu*.¹⁸

As medidas cautelares diversas da prisão, também conhecidas como medidas alternativas, podem ser impostas tanto na fase de investigação quanto na fase processual, possuindo como escopo a diminuição da utilização da prisão cautelar, uma vez que essa nem sempre é necessária ao fim que se destina.

E quando pode ser empregada a medida cautelar diversa?

A qualquer tempo, no curso da investigação ou do processo, quando se fizer necessária a medida de controle;

A qualquer tempo, no curso da investigação ou do processo, como medida alternativa à prisão preventiva decretada e que se revele desproporcional ou desnecessária à luz da situação fática de perigo;

Aplicada juntamente com a liberdade provisória, no momento da homologação da prisão em flagrante pelo juiz, como medida de contracautela (alternativa à prisão em flagrante);

A qualquer tempo está permitida a cumulação das medidas alternativas, quando se fizer necessário.¹⁹

A regra é, portanto, que deverão ser preferencialmente impostas as medidas cautelares, deixando a prisão preventiva para casos de maior gravidade, cujas circunstâncias sejam indicativas de maior risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa. A possibilidade de decretação de prisão preventiva também é delimitada à prática dos delitos e nas circunstâncias elencadas no artigo 313 do CPP, a saber: crimes dolosos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos; condenação por outro crime doloso com sentença transitada em julgado; e pela prática de delitos com violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência. A legislação vigente exige, além da materialidade do crime, indícios suficientes de autoria e a necessidade da medida para a garantia da ordem pública e/ou econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal - além do preenchimento das situações acima elencadas não oferecer risco concreto à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal a justificar a

¹⁸ LIMA, Marco Antonio Ferreira; NOGUEIRA, Ranieri Ferraz. **Prisões e Medidas Liberatórias**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 154

¹⁹ LOPES JUNIOR, 2016, p. 501.

manutenção de sua segregação.

3.1 ESPÉCIES

A Lei nº 12.403/2011 criou dez medidas cautelares diversas da prisão, nove elencadas no artigo 319 do Código de Processo Penal e uma no artigo 320 (entrega do passaporte).

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica. [...]

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

De forma resumida será tratada cada espécie de medida cautelar com base no entendimento de Aury Lopes Junior²⁰, quais sejam:

²⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 507.

Comparecimento periódico em Juízo, no prazo e nas condições fixadas, para informar e justificar atividades:

A finalidade da medida é exigir que o acusado demonstre senso de responsabilidade comparecendo em juízo para informar e justificar suas atividades, ou seja, não basta apenas comparecer em juízo, mas sim justificar o que está fazendo, no prazo fixado pelo juiz. O juiz pode determinar comparecimento mensal, semanal ou até mesmo, em situações extremas que a necessidade de controle assim exija, que o imputado compareça diariamente no fórum. É uma medida que permite, a um só tempo, o controle da vida cotidiana e também certificar-se do paradeiro do imputado, servindo como instrumento para tutela da eficácia da aplicação da lei penal.

a) Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações:

A ideia central da proibição não é só impedir que o acusado volte a frequentar o lugar onde praticou a infração, mas, sim, de todo e qualquer ambiente que tenha relação com o fato. É uma medida que encontrará ampla incidência em relação a imputados que, por exemplo, integrem torcidas organizadas e pratiquem atos violentos. Ou ainda, que habitualmente envolvam-se em delito em bares e boatos ou mesmo em situações de violência doméstica²¹.

b) Proibição de manter contato com pessoa determinada quando por circunstâncias relacionadas ao fato, deve o indiciado ou acusado dela permanecer distante (normalmente proibição de contato com a vítima):

²¹ LOPES JUNIOR, 2016. p. 507

Aqui diz respeito a uma pessoa determinada, em regra a vítima, a testemunha e até mesmo um coautor do crime, mas sempre alguém individualizado. Essa medida acaba cumprindo uma função cautelar de tutela da prova. Possui uma forma mais concreta de efetividade uma vez que a pessoa protegida poderá informar ao Juízo eventual descumprimento da ordem²².

c) Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução:

Também reflete uma forma de tutela da prova, e conseqüentemente da própria eficácia da lei penal (risco de fuga). Por fim, poderá ser conciliada com o disposto no art. 320: Art. 320. A proibição de ausentar-se do país será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de vinte e quatro horas. Caberá ao juiz comunicar às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o imputado para entregar o passaporte no prazo de 24 horas. O descumprimento desta determinação será considerado como descumprimento da própria medida cautelar, cabendo, inclusive, a decretação da prisão preventiva²³.

d) Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos:

É uma medida cautelar que pode servir a diferentes fins, desde minorar o risco de fuga (ainda que com pouca eficácia), tutela da prova (já que o imputado ficará nos limites trabalho-domicílio) e até mesmo escopos metacautelares (e, por isso, censuráveis), como prevenção especial e geral. Ainda que fundada no senso

²² LOPES JUNIOR, 2016, p. 507.

²³ Ibid., p. 508.

de responsabilidade e autodisciplina do imputado, a medida poderá vir cumulada com o monitoramento eletrônico, por exemplo, para assegurar-lhe a máxima eficácia. Da mesma forma, poderá ela ser chamada, como medida secundária, para reforçar os incisos I e II, por exemplo²⁴.

e) Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

É medida extremamente gravosa e que deverá ser utilizada com suma prudência, sendo inclusive de discutível constitucionalidade. Não se tutela o processo ou seu objeto, aproximando-se tal medida a uma (ilegal) antecipação da função de prevenção especial da pena. Pretende tutelar o risco de reiteração, não recepcionado expressamente na redação final do art. 312, mas constante no projeto originário (daí, talvez, a incongruência). Terá como campo de aplicação os crimes econômicos e aqueles praticados por servidores públicos no exercício da função, ou seja, propter officium, sempre com vistas a impedir crimes futuros (perigosa futurologia...). Não se descarta a utilização nos crimes ambientais, como interdito de caráter preventivo²⁵.

f) Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração;

Mais uma inovação sem similar no modelo atual, busca estabelecer uma espécie de medida de segurança cautelar para os casos de crime praticado com

²⁴ LOPES JUNIO, 2016. p. 507.

²⁵ Ibid., p. 508.

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 criminosa²⁶.

g) Fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

Em síntese, a Lei nº 11403/2011, trouxe algumas mudanças acerca do instituto da fiança, apresentada de forma sucinta por Marco Antonio Ferreira LIMA e Ranieri Feraz NOGUEIRA:

A lei em comento adaptou as hipóteses de crimes inafiançáveis conforme as previsões constitucionais. É possível falar em uma constitucionalização das hipóteses de inafiançabilidade no âmbito da legislação ordinária; Aumentou o valor da fiança, podendo chegar, hoje, a até R\$ 108 milhões (...). O fato de réu ser vadio deixou de ser causa de não concessão de fiança; Da mesma forma, o clamor público não é mais causa de concessão de fiança; Outrossim, o fato de o réu estar no gozo de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional não mais está entre a hipóteses de não concessão da fiança; Ademais, a lei 11.430/2011, permitiu-se à autoridade policial conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade seja inferior a 4 anos. Antes da lei em comento, somente era possível a concessão de fiança pela autoridade policial nos crimes punidos com detenção ou prisão simples, o que acabava por enfraquecer o instituto sub examine²⁷.

h) A monitoração eletrônica:

²⁶ LOPES JUNIOR, 2016. p. 509.

²⁷ LIMA, Marco Antonio Ferreira; NOGUEIRA, Ranieri Ferraz. **Prisões e Medidas Liberatórias**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

O monitoramento eletrônico é uma medida cautelar alternativa, subordinada também ao *fumus commissi delicti* e, principalmente, à necessidade de controle que vem representada pelo *periculum libertatis*. Seu uso, por ser dos mais gravosos, deve ser reservado para situações em que efetivamente se faça necessário tal nível de controle e, em geral, vem associado ao emprego de outra medida cautelar diversa (como a proibição de ausentar-se da comarca, art. 319, IV). Em geral é utilizado para tutela do risco de fuga, mas também poderá contribuir para a efetivação de outras medidas cautelares de tutela da prova, tais como a proibição de manter contato com pessoa determinada (exemplo típico da ameaça a testemunhas, vítima etc.), ou mesmo de tutela da ordem pública, quando concebida no viés de risco de reiteração. Em suma, é um instrumento bastante útil de controle, mas que deve ser reservado para casos graves, como último passo antes da decretação da prisão preventiva, sob pena de sua banalização gerar um expansionismo ilegítimo de controle penal, com sérios riscos à liberdade individual e à própria dignidade da pessoa humana²⁸.

i) Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas:

Assim como para a aplicação das demais cautelares, a proibição de se deixar o país deve ser decretada de modo fundamentado, quando a presença do investigado ou acusado em território nacional seja indispensável para a instrução processual ou para a aplicação da lei penal. Uma vez decretada a medida, o investigado ou acusado será intimado a apresentar o seu passaporte, que ficará depositado em juízo até o fim do processo ou a eventual revogação da proibição.²⁹

²⁸ LOPES JUNIOR, 2016. p. 509.

²⁹ GODOI, Antonio. **LEI 12.403/11 – Comentários § Art. 320, CPP §**. Jurisprudência de Guerrilha, Disponível em: < <https://pineapplelaws.wordpress.com/2011/07/10/lei-12-40311> />. Acesso em: 31 ago. 2017.

4 NÃO APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES

Por força do §1º, do artigo 283 do Código de Processo Penal: “§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. ”

Ou seja, se o fato em análise não for punido com pena privativa de liberdade é impossível a aplicação de qualquer cautelar, pois, se a pena não é de prisão torna-se excessiva a referida medida durante o andamento do processo.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES TENTADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PRINCÍPIO DA HOMOGENEIDADE. OFENSA. EXCESSO DE PRAZO. RECONHECIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE. 1. A prisão cautelar só se legitima quando, além de presentes os requisitos e as hipóteses autorizadoras descritas no art. 312 do Código de Processo Penal, não exceder o mal que pode ser causado pela imposição da reprimenda a ser aplicada em caso de eventual condenação. Precedentes. 2. Sendo caso de tentativa de furto simples, cuja pena máxima em abstrato não poderá ultrapassar 2 anos e 8 meses de reclusão, a contrariedade ao princípio da homogeneidade é evidente, na medida em que se pode antever, com segurança, que o início do cumprimento da reprimenda se dará em modo menos rigoroso que atual em que o paciente se encontra recolhido (fechado). 3. Constitui evidente constrangimento ilegal, por excesso de prazo, o fato de o acusado permanecer preso há um ano e quatro sem que haja notícia de quando será prolatada sentença, mormente quando tal lapso muito possivelmente é superior ao que poderá ser imposto como pena ao cabo da ação penal. 5. Ordem concedida, determinando-se a expedição de alvará de soltura clausulado em favor do paciente, se por outro motivo não estiver preso.(STJ - HC: 117535 DF 2008/0219942-5, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 17/11/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2010)

5 MONITORAÇÃO ELETRÔNICA

5.1 NOÇÕES

A vigilância eletrônica surgiu como uma consequência do crescimento das sociedades e a necessidade de controle, assim, viu-se necessário a utilização de mecanismos de gestão mais velozes, precisos e com baixo custo. A monitoração eletrônica não surgiu de forma acidental, segundo Rodríguez- Margariños³⁰, foram os postulados filosóficos empíricos utilitaristas que patrocinaram a vigilância telemática.

“A popularização do sistema de posicionamento global (GPS) barateou muito a tecnologia empregada, tornando-se amplamente acessível e de baixo custo. Atualmente é uma forma de controle empregada em vários países, tanto como instrumento de tutela cautelar, em qualquer fase da persecução criminal, como também na execução penal, auxiliando no controle do apenado nas diferentes fases do sistema progressivo de cumprimento da pena”.³¹

Os meios de controle a distância já são empregados em outros países há vários anos, portanto, a terminologia monitoração eletrônica não foi criada originalmente no Brasil.³²

Com base no The New Shorter Oxford English Dictionary (1993), Nuno Caiado apresenta distinções semânticas úteis entre “supervisão”, “vigilância” e “monitorização”.

“Supervisão” significa dirigir ou coordenar alguém ou alguma coisa, assim como orientar, mas sem a conotação de ser regulamentar. “Vigilância” implica regras, sendo definida por observação para efeitos de prevenção ou

³⁰ RODRÍGUES-MARGARIÑOS, Faustino Gudín. **Cárcel electrónica para la creación del sistema penitenciário del siglo XXI**. Disponível em: <<http://www.tirant.com/editorial/libro/carcel-electronica-bases-para-la-creacion-del-sistema-penitenciario-del-siglo-xxi-faustino-gudin-rodriguez-magarinos-9788484567844>> Acesso em: 24 out. 2017.

³¹ LOPES JUNIOR, 2016, p 359-360.

fiscalização, ou mesmo precaver-se constantemente perante um suspeito. Em inglês, a palavra “monitorização” partilha a mesma raiz etimológica que a palavra advertência. O monitor poderá, então, ser a pessoa que admoesta alguém, adverte ou aconselha relativamente à sua conduta. Monitorizar pode ser utilizado como verbo significando aferir ou testar regularmente, especialmente para efeitos de regulamentação ou controle e como substantivo como instrumento ou ferramenta para o mesmo efeito³³.

No Brasil, nos dias de hoje, a monitoração eletrônica é uma das espécies de medidas cautelares diversas da prisão, como decorrência das modificações advindas do novo Código de Processo Penal, em 2011, e servindo como instrumento de fiscalização indireta de condenados, na prisão domiciliar e nas saídas temporárias em regime semiaberto e na prisão domiciliar.

Neste novo dispositivo legal, consagra-se o monitoramento como medida cautelar, em que a possibilidade de vigilância ininterrupta serve como tutela para o risco de fuga e a prática de novas infrações. Ao permitir o permanente controle sob a circulação do acusado, também serve de útil instrumento para dar eficácia às demais medidas cautelares diversas, tais como a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, a proibição de ausentar-se da comarca ou país e o recolhimento domiciliar. Cumpre assim, diferentes dimensões de tutela cautelar.³⁴

A sua introdução no direito brasileiro se deu com a Lei nº 12.258/2010, como incidente de execução da pena, e o Poder Executivo regulamenta a matéria por meio do Decreto nº 7.627/2011, sem, contudo, esclarecer sobre o meio técnico de execução da medida.

Segundo Renato Brasileiro de LIMA, o monitoramento eletrônico pode ser utilizado para três finalidades, a detenção, a restrição e a vigilância.³⁵

A vigilância deve ser executada por meio eletrônico e, para ser instrumentalizada, serão utilizados a telemática e os meios técnicos conexos. Compreende-se por telemática, o conjunto de serviços informáticos fornecidos através de uma rede de telecomunicação.³⁶

³³Nuno Caiado foi revisor da tradução de: NELLIS, Mike. O monitoramento eletrônico e a supervisão de delinquentes na comunidade. Porto Alegre: Revista Síntese, nº 65, dez-jan/2011, p. 38

³⁴ LOPES JUNIOR, 2016, p. 865.

³⁵ LIMA, Renato Brasileiro. **Código de Processo Penal comentado**. 18ª ed. Salvador: Jus Podivim, 2016. , p. 485.

³⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 1658.

Os meios técnicos conexos são os fundamentais para que a informática em conjunto com as telecomunicações consiga assistir aos fins de vigilância a distância, ou seja, os meios devem ser capazes de através da emissão e recepção de algum tipo de sinal, realizar a localização *on line* da pessoa sob vigilância. Nas palavras de Aury Lopes JUNIOR, a cada dia a tecnologia aperfeiçoa o sistema de monitoramento por GPS, diminuindo o tamanho dos aparelhos e o incômodo por eles gerado ao estarem fixados no corpo do réu.³⁷

Cesar Mariano, ao analisar a Lei n.º 12.258/2010, entende que “monitoração eletrônica nada mais é do que um método de controle da pena imposta ao sentenciado que se encontra fora da unidade prisional”.³⁸ Percebe-se que o padrão até aquele momento era a utilização dos mecanismos de vigilância na fase de execução penal a distância.

Como uma espécie de medida cautelar, a monitoração eletrônica, atingiu um novo nível, porque, de agora em diante, atingirá pessoas que não foram condenadas de forma definitiva e merece ser bem entendida para que conceba o máximo de efeito possível, até para que não caia em descrença.

A monitoração eletrônica, portanto, caracteriza qualquer forma de vigilância decursivo de ordem judicial, a qual utiliza de meios tecnológicos para precisar em qual lugar uma estipulada pessoa se encontra, ou os lugares em que ela não pode estar. As tornozeleiras proporcionam a localização do usuário, com precisão, já que emitem sinais eletrônicos (GSMM), os mesmos utilizados pela rede de telefonia celular; possuem baterias com duração de 24 horas aproximadamente, necessitando serem recarregadas pelo próprio usuário na rede elétrica.

Nas palavras de Paulo Rangel:

“A finalidade do monitoramento eletrônico é a descaracterização para criminoso que podem permanecer em liberdade, mas ainda têm contas a acertar com o Estado. Alivia o sistema carcerário, contribui com a gradual reinserção do condenado à sociedade de forma, ainda vigiada e diminui o custo do Estado na sua tutela. Sem contar que evita o processo de estigmatização do preso que, em vez de permanecer no cárcere nas

³⁷ LOPES JUNIOR, 2016, p. 161.

³⁸ MARIANO DA SILVA, César Dario. **Monitoração eletrônica de sentenciados**. Disponível em: <www.apmp.com.br > Acesso em: 24 out. 2017.

condições que dispensam comentários, pode ser solto, monitoradamente”.

39

5.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A ideia do monitoramento eletrônico nasce na I Guerra Mundial, porém, foi criada efetivamente no início da década de sessenta, nos EUA. *Electronic rehabilitation system*⁴⁰ foi intitulado o primeiro instrumento primitivo de monitoração eletrônica, desenvolvido por Ralph Schwitzgebel, professor de Harvard. Assim, diante do fato da falta de tecnologia a época, somente na década de oitenta que houve sua efetiva aplicação.

De acordo com a história, o juiz americano Jack Love, do Estado do Novo México, buscava por alternativas para a prisão desde a década de setenta, porém, só na década de oitenta, influenciado pela leitura de um gibi do *Homem Aranha*, descobriu que o chefe do crime, na revista em quadrinhos, pôs um bracelete no homem aranha para monitorar seus passos. Encantando com a ideia, o juiz propôs a ideia a várias empresas, e posteriormente, em 1983 a NIMCOS (*National Incarceration Monitor and Control Services*)⁴¹ fabricou um bracelete eletrônico que utilizava um sistema que indicava a localização do usuário em determinado local.

Em 1983, cinco elementos perigosos da cidade de Albuquerque, a maior cidade do Estado Americano à época, já estavam sendo monitorados eletronicamente. Em 1988, já havia 2300 presos monitorados eletronicamente nos Estados Unidos.

Após, nos anos 90, como uma forma de diminuir a superlotação carcerária, como projetos-pilotos, a monitoração eletrônica começou a ser adotada na Europa.

No Brasil, o legislador implementou o monitoramento eletrônico, a priori, como medida da fase de execução penal (Lei nº 12.258/10 que alterou a Lei de Execuções Penais), contemplando, posteriormente, como medida cautelar (Lei nº 12.403/11 que

³⁹ RANGEL, 2013, p.504.

⁴⁰ IGLESIAS RIO, Miguel Angel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico. Net, México, 2006. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-1.pdf>>. Acesso em 21 out. 2017.

⁴¹ Ibid.

alterou o Código de Processo Penal).

5.3 EVOLUÇÃO DA MONITORAÇÃO ELETRÔNICA DO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL PARA MEDIDA CAUTELAR

Como apresentado anteriormente, o monitoramento eletrônico era aplicado somente como medida na fase de execução penal, posteriormente com advento no novo Código de Processo Penal, passou a ser aplicado também como medida cautelar. Ainda que simbolize uma mudança específica, a monitoração eletrônica trouxe um avanço legislativo pois permitiu a aplicação de medidas cautelares menos evasivas que o cárcere.

Ressalta-se que, o uso da monitoração eletrônica na fase de execução penal não cria qualquer conflito com o seu uso como medida cautelar, pois, altera-se o momento processual de sua utilização e as autoridades envolvidas na implantação e gerenciamento do sistema, mesmo porque, a tecnologia utilizada é a mesma.

“Em verdade, na execução o juiz também desenvolve uma atividade substitutiva à das partes, realizando atos materiais tendentes a tornar efetiva a satisfação prática da pretensão acolhida no processo de conhecimento...”. JARDIM, Afrânio Silva. Direito processual penal. 11. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 36.

Nas palavras de Theodoro Júnior, em lição trazida do processo civil, mas com aplicação ao processo penal:

“A função de distribuição de justiça ou de tutela jurídica não se propõe lograr fins simplesmente teóricos, senão alcançar resultados positivos e tangíveis, o que, todavia, nem sempre é possível obter com os processos de cognição e de execução. É assim que, de par com a instituição da cognição e da execução, como remédios definitivos para a realização

concreta da vontade da lei, dispõem os órgãos jurisdicionais também do poder cautelar, como função inerente à própria atividade jurisdicional.⁴²

A lei 12.258/2010 em seu projeto inicial, continha diversas possibilidades de fiscalização indireta por meio do monitoramento eletrônico, ficando apenas o emprego na saída temporária em regime semiaberto e prisão domiciliar, após o veto parcial à lei.

Nas palavras de Ricardo Andreucci, “Antes do veto, a redação originária permitia a vigilância indireta por monitoração eletrônica aos presos provisórios, na medida em que o art. 146 – A (vetado) estabelecia a possibilidade de o juiz determina-la ‘para fiscalização das decisões judiciais’ referindo-se, ainda, no artigo 146 – D (não vetado), inciso II, ‘ao acusado ou condenado’.⁴³

Portanto, a fiscalização das liberdades processuais (liberdade provisória e suspensão condicional do processo, por exemplo) não pode ser feita indiretamente por meio de monitoração eletrônica, tendo o legislador pátrio perdido uma excelente oportunidade de inserir essa interessante ferramenta, de vez, no sistema judiciário brasileiro.⁴⁴

A preocupação do Poder Legislativo com o veto da Lei nº 12.258/2010, se mostrou incongruente, vez que um ano após, sancionou a nova legislação que relacionou as medidas cautelares.

A implementação da monitoração eletrônica como medida cautelar, vem aumentar as hipóteses diversas à prisão preventiva e ao cárcere, como uma alternativa, a um sistema penitenciário falido, de forma a evitar que sujeitos sem culpa formada convivam em estabelecimento penal com aqueles condenados definitivamente, pois, apesar do contido no artigo 84 da Lei de Execuções Penais, infelizmente a administração pública através dos órgãos penitenciários não consegue fazer essa distinção e os presos provisórios, por falta de estabelecimentos

⁴² Prieto-Castro, Leonardo; Ferrandiz. **Derecho concursal, procedimientos sucesorios, jurisdicción voluntaria, medidas cautelares**, 1ª ed. 1974, nº 184, p. 254 apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo cautelar, p. 42.

⁴³ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Monitoração eletrônica e fiscalização indireta do condenado**. Apontamentos sobre a Lei 12.258/10. Revista da Associação Paulista do Ministério Público, São Paulo, n. 53, mai-dez-2010, p. 22-3. Anota-se que o texto é anterior à previsão legal de monitoração eletrônica como medida cautelar.

⁴⁴ Ibid.

adequados, acabam convivendo com os já condenados.

“Enfim, diante das mazelas do Sistema carcerário, verdadeira fábrica de reincidência, que não protege a integridade física e moral do preso, sujeitando- a uma série de sevícias sexuais, á transmissão de doenças como aids e tuberculose, **qualquer instrumento que venha a servir como substitutivo do encarceramento cautelar deve ser acolhido pelo Sistema**”.⁴⁵ (Grifo nosso).

A monitoração eletrônica, é regulamentada no Estado do Paraná pelo Decreto nº 12.015, de 01 de setembro de 2014, que dispõe:

Art. 1º Fica criada no âmbito da Secretaria de Estado da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos – SEJU – a Central de Monitoração Eletrônica, visando a aplicação das Leis Federais n. 12.258, de 15 de junho de 2010 e 12.403, de 04 de maio de 2011; Decreto Federal nº 7.627, de 24 de novembro de 2011 e demais disposições legais aplicáveis.

[...] § 2º As indicações para que o juiz competente possa definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica dar-se-á em relação aos presos passíveis de medida cautelar (art. 319, IX do Código de Processo Penal); prisão domiciliar, quando não existente na comarca estabelecimento penal adequado ao cumprimento da pena em regime semiaberto ou na ausência de vagas; nas situações previstas na Lei de Execução Penal e outras que sejam passíveis de monitoração, dentre estas aos idosos; deficientes; gestantes; portadores de doença grave e aos autores de crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa. - grifei.

Por fim, demonstram-se algumas diferenças entre a utilização da monitoração eletrônica na fase de execução penal e como medida cautelar. A monitoração eletrônica na fase de execução penal visa garantir o cumprimento da pena decorrente de sentença penal condenatória; na aplicação como medida cautelar a monitoração eletrônica tem os requisitos específicos e finalidades diversas: 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.⁴⁶

⁴⁵ LIMA, Renato Brasileiro. **Código de Processo Penal comentado**. 18ª ed. Salvador: Jus Podivim, 2016. p. 925

⁴⁶ Destaca-se que, em regra deverão ser preferencialmente impostas as medidas cautelares, deixando a prisão preventiva para casos de maior gravidade, cujas circunstâncias sejam indicativas de maior risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa. A possibilidade de decretação de prisão preventiva também é delimitada à prática dos delitos e nas circunstâncias elencadas no artigo 313 do CPP, a saber: crimes dolosos com pena privativa de liberdade máxima superior a

5.4 PRAZO RAZÓAVEL DE DURAÇÃO DA MONITORAÇÃO ELETRÔNICA

O lapso temporal da monitoração eletrônica, assim como o das demais medidas cautelares como devidamente explicado acima, deve obedecer ao binômio: necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos em lei, para evitar a prática de infrações penais com a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, conforme art. 282, incisos I e II do Código de Processo Penal.

A necessidade e adequação são portanto os referencias fundamentais na aplicação das medidas cautelares pessoais no Processo Penal e ambas se reúnem no princípio da *proporcionalidade*, postulado implícito na Constituição Federal, por dedução do conjunto geral das garantias individuais, exercendo uma dupla função no direito, como sustenta Eugênio Pacelli:

- a) Na primeira, desdobrando-se, sobretudo, na proibição do excesso, mas, também, na máxima efetividade dos direitos fundamentais, serve de efetivo controle da validade e do alcance das normas, autorizando o intérprete a recusar a aplicação daquela (norma) que contiver sanções ou proibições excessivas e desbordantes da necessidade de regulação;
- b) Na segunda, presta-se a permitir um juízo de ponderação na escolha da norma mais adequada em caso de eventual tensão entre elas, ou seja, quando mais de uma norma constitucional, se apresentar como aplicável a um mesmo fato⁴⁷.

quatro anos; condenação por outro crime doloso com sentença transitada em julgado; e pela prática de delitos com violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência. A legislação vigente exige, além da materialidade do crime, indícios suficientes de autoria e a necessidade da medida para a garantia da ordem pública e/ou econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal - além do preenchimento das situações acima elencadas não oferecer risco concreto à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal a justificar a manutenção de sua segregação.

⁴⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17^a ed. São Paulo: Atlas, 2013.

No paraná, de acordo com o item 2.1.4 da Instruo Normativa n. 09/2015 da Corregedoria-Geral da Justiça:

O prazo máximo de uso do equipamento de monitorao eletrônica para os presos provisórios será de 90 (noventa) dias, podendo ser renovado quantas vezes forem necessárias, desde que justificada a renovao por meio de decisão fundamentada".

5.5 CONSEQUÊNCIAS EM CASO DE DESCUMPRIMENTO

O próprio legislador se encarregou de relacionar algumas sanoes em caso de descumprimento das medidas cautelares, conforme disposto no art. 282.  4o:

No caso de descumprimento de qualquer das obrigaoes impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulao, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo nico)

Nesse sentido:

Calca-se o novo sistema de medidas restritivas  liberdade, diversas da prisão, na eficácia e concretude. **Se o indiciado ou réu deixa de cumprir a cautelar alternativa, termina por desafiar a autoridade estatal, fazendo com que outra medida, mais drástica, deva ser adotada.** Assim ocorrendo, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério, do assistente de acusao ou do querelante, pode **substituir a medida por outra mais severa, ou aplicar mais uma medida em cumulao, ou, ainda, decretar a prisão preventiva.** Sustentamos que, para qualquer situao, em que haja o descumprimento de medida cautelar, o magistrado pode impor a preventiva, mesmo nos casos dos delitos que fujam ao regramento do art. 313, I, do CPP. Noutros termos, para a decretao originária da preventiva, o magistrado precisa focar crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos; porém, para a conversão da medida cautelar em prisão preventiva inexistente restrio. Afinal, todo mecanismo das medidas cautelares se baseia em eficiência; do contrário, volta-se  estaca zero, quando a preventiva era a única medida da investigao ou do processo. (*in* Código de Processo Penal Comentado. 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2012, p. 610) - grifei.⁴⁸

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 11^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2012. p. 610.

Com isso, o legislador processual penal repete a advertência de que a prisão cautelar deve ocupar sua posição de *ultima ratio*, que é o direito penal, em outras palavras “a prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar” (art. 282, parágrafo 6º do CPP). 49A regra é que deverão ser preferencialmente impostas as medidas cautelares, deixando a prisão preventiva para casos de maior gravidade, cujas circunstâncias sejam indicativas de maior risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa.

O descumprimento imediato da medida cautelar mais restritiva antes da prisão, que é a monitoração eletrônica, acaba por revelar que não há como manter o réu em liberdade sem risco à aplicação da lei penal e à ordem pública. Se mesmo monitorado contrariou as regras impostas, os requisitos para a prisão preventiva exsurtem novamente.

Tais conclusões encontram amparo nos artigos 282 e 312 do Código de Processo Penal:

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

I – (...)

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único) - grifei.

Art. 312. (...)

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares - grifei.

Na jurisprudência:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO, LESÃO CORPORAL NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR, FUGA DO LOCAL DO ACIDENTE E CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR COM CAPACIDADE PSICOMOTORA ALTERADA EM RAZÃO DA INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL OU DE OUTRA SUBSTÂNCIA PSICOATIVA QUE DETERMINE DEPENDÊNCIA. DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA.

⁴⁹ GOMES, 2012, p. 23-24.

DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR ANTERIORMENTE IMPOSTA. MONITORAMENTO ELETRÔNICO. PACIENTE QUE, DEPOIS DE SOLTO, AFASTOU-SE DO PERÍMETRO DE SUA RESIDÊNCIA DE FORMA INJUSTIFICADA FORA DO HORÁRIO AUTORIZADO, ALÉM DE OBSTAR O BOM FUNCIONAMENTO DA TORNOZELEIRA ELETRÔNICA, DEIXANDO A BATERIA DO APARELHO DESCARREGAR. DESCUMPRIMENTO QUE, POR SI SÓ, JUSTIFICA A DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR.PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRISÃO DOMICILIAR.PACIENTE PORTADOR DO VÍRUS HIV. EXTREMA DEBILIDADE POR MOTIVO DE DOENÇA, NOS TERMOS DO ART. 318, INC. II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, NÃO COMPROVADA. "EXCESSO DE PRAZO" PARA O "FORMAÇÃO DA CULPA". TESE AFASTADA. INSTRUÇÃO ENCERRADA EM 05.11.15. ALEGAÇÕES FINAIS APRESENTADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 52 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.Ordem DENEGADA. (TJPR - 4ª C.Criminal - HCC - 1464365-9 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Sônia Regina de Castro - Unânime - - J. 03.12.2015) - grifei.

E na doutrina:

Calca-se o novo sistema de medidas restritivas à liberdade, diversas da prisão, na eficácia e concretude. Se o indiciado ou réu deixa de cumprir a cautelar alternativa, termina por desafiar a autoridade estatal, fazendo com que outra medida, mais drástica, deva ser adotada. Assim ocorrendo, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério, do assistente de acusação ou do querelante, pode substituir a medida por outra mais severa, ou aplicar mais uma medida em cumulação, ou, ainda, decretar a prisão preventiva. Sustentamos que, para qualquer situação, em que haja o descumprimento de medida cautelar, o magistrado pode impor a preventiva, mesmo nos casos dos delitos que fujam ao regramento do art. 313, I, do CPP. Noutros termos, para a decretação originária da preventiva, o magistrado precisa focar crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos; porém, para a conversão da medida cautelar em prisão preventiva inexistente restrição. Afinal, todo mecanismo das medidas cautelares se baseia em eficiência; do contrário, volta-se à estaca zero, quando a preventiva era a única medida da investigação ou do processo. (*in* Código de Processo Penal Comentado. 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2012, p. 610) - grifei⁵⁰.

⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2012. p. 610

6 DETRAÇÃO

O instituto da detração penal está previsto no artigo 42 do Código Penal que dispõe, in verbis:

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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

A detração decorre dos princípios da **isonomia e da vedação ao excesso**, a constituição em seu artigo 5º, inciso I consagra que:

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, a liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes

Ou seja, perante a lei todos os seres humanos nascem iguais e por isso, possuem as mesmas oportunidades de tratamento. Essa igualdade, pode ser dividida em igualdade formal e material, a formal é a igualdade diante da lei vigente, impedindo privilégios a qualquer grupo; a material presume que deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades. A material portanto, serve de meio para efetivação da igualdade formal.

O art. 5º, caput, consagra que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a igualdade material, na medida em que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Isso porque, no Estado social ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada perante a lei (2009, p. 679)⁵¹.

⁵¹ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado: Igualdade Formal e Material. 14ª São Paulo: Saraiva, 2010. p. 679.

No tocante ao princípio da igualdade em relação à Justiça Penal, Fernando Capez enuncia que:

As partes devem ter, em juízo, as mesmas oportunidades de fazer valer suas razões, e ser tratadas igualmente, na medida de suas igualdades, e desigualmente, na proporção de suas desigualdades. Na execução penal e no processo penal, o princípio sofre alguma atenuação pelo, também constitucional, princípio favor rei, postulado segundo o qual o interesse do acusado goza de alguma prevalência em contraste com a pretensão punitiva⁵²

Roberto LYRA, discorre acerca do princípio da isonomia, 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 crime e quase sempre decorrente de motivos não-imputáveis ao réu, mas de precaução judicial.⁵³

Com relação ao princípio da vedação ao excesso, trata-se da vedação da atividade realizada pelo Estado ir além do necessário, ou seja, ser em excesso, acabando por afetar direitos fundamentais, como a liberdade. Nesse sentido, Fernanda Mambrini, conceitua como sendo, (...) o princípio da proibição de excesso de proibição (übermassverbot) – o Estado não pode ir além do necessário e adequado⁵⁴ (...)

Nesse sentido é a referência que faz Alexis Augusto Couto de BRITO, fundado, por sua vez, no magistério de René Ariel DOTT⁵⁵:

⁵² CARPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, vol. 4, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 19.

⁵³ LYRA, Roberto. **Comentários ao código penal**. Vol II. Arts. 28 a 74. Editora Forense: Rio de Janeiro, 1958. p. 154.

⁵⁴ RUDOLFO, Fernanda Mambrini. **Proporcionalidade: do excesso de proibição e da proteção deficiente**. Empório do direito. Disponível em:< <http://emporiiododireito.com>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

⁵⁵ “*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.*” DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 711

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 pena⁵⁶.

Cabe ressaltar que o instituto da detração foi criado em 11 de julho de 1984, por força da Lei nº 7.209, ou seja, anteriormente a reforma do Código Penal e antes da inclusão das medidas cautelares diversas da prisão.

Por conta disso, a redação do artigo, que expõe o instituto, é alvo de diversas críticas apontadas pela doutrina e pela jurisprudência.

Nessa lógica, 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.⁵⁷

Para apoiar 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

⁵⁶ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 251.

⁵⁷ FRANCO, Alberto Silva, et al. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 785-786.

integração analógica exigindo da doutrina e jurisprudência um esforço a mais para delimitar o instituto.⁵⁸

Observa-se que, a competência antes da vigência do novo Código de Processo Penal, era exclusivamente do Juízo da Execução Penal, com a reforma, permitiu-se ao magistrado do processo de conhecimento 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.

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.⁵⁹

Portanto, quando aplicado o instituto da detração se não houvesse o desconto do período de prisão provisória ou administrativa, medida de segurança ou

⁵⁸ 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.

⁵⁹ 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-detacao-penal>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

internamento da pena final, um réu que permaneceu preso durante todo o processo teria uma restrição maior da sua liberdade, comparativamente a outro, condenado a mesma sanção, que permaneceu em liberdade.

O período em que o réu permaneceu recolhido provisoriamente, não importa a que título, será descontado da pena imposta na sentença, cabendo tal dedução ao juiz da execução penal; por exemplo: se o sentenciado permaneceu preso por seis meses e, ao final, foi definitivamente condenado a três anos de detenção, deverá cumprir somente o saldo (dois anos e meio).⁶⁰

Nesse sentido, relevante a contribuição dada por Donizete de Arruda Gordiano em monografia específica sobre o tema:

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”.

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 DOTTI:

“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”.

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**

⁶⁰ LENZA, Pedro. **Direito Penal Esquematizado – Parte Geral**. 1ªed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 512.

não há qualquer fundamento de medida cautelar que justifique⁶¹
(GORDIANO, Donizete de Arruda. *Limites técnico-jurídicos da detração penal. Monografia de graduação apresentada no Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná. Orientador: Prof. Dr. Paulo César Busato. Curitiba, 2015).*

A detração tem como um dos seus fundamentos, o princípio do *bis in idem*, como explica Pedro Lanza:

O instituto da detração possui diversos fundamentos, dentre os quais se encontra, sem dúvida, o princípio do *bis in idem*; afinal, se alguém permanecesse encarcerado provisoriamente por longo período (por exemplo, um ano) e este prazo não fosse considerado na pena imposta (imagine-a inferior ao encarceramento cautelar: dez meses de detenção), acabaria o agente, em razão de um único delito, sofrido na prática duas punições.⁶²

Conclui-se que, o abatimento da pena será promovido em face da prisão provisória⁶³, cumprida pelo réu no Brasil ou no Estrangeiro.

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 aplicada⁶⁴.

6.1 DETRAÇÃO NAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

Ainda que, a doutrina trate de modo simultâneo a detração nas penas restritivas de direito e a detração das medidas cautelares diversas da prisão, será tratado de modo distinto a aplicação da detração das medidas cautelares diversas

⁶¹GORDIANO, Donizete de Arruda. *Limites técnico-jurídicos da detração penal*. 100 folhas. Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

⁶²LENZA, 2012, p. 515.

⁶³Abrangendo assim, todas as espécies de prisão: A prisão em flagrante, a temporária, a preventiva, a administrativa, a prisão disciplinar e a prisão civil.

⁶⁴BITENCOURT, 2012.

das prisões, às quais, observa-se uma grande divergência doutrinária.

Nesta linha, como já citado, a medida cautelar prevista no inciso VII do art. 319 do CPP, ou seja, a internação provisória, deverá ser detraída do tempo de prisão ou medida de segurança em razão do disposto no artigo 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”⁶⁵.

A jurisprudência tem aceitado a imposição de tratamento ambulatorial como medida cautelar, mas, com nesta situação, o abatimento da cautelar vai depender do posicionamento geral sobre a detração das medidas cautelares diversad da prisão.

Nessa linha, Renato MARCÃO sustenta 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 *vénia*, 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 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 detração⁶⁶.

A jurisprudência tem admitido a detração em vários casos, ainda que sem previsão legal. Esse posicionamento é natural, uma vez que, a compensação por ofensa ao *status libertatis* pode ser feita de inúmeras formas, uma delas, a detração penal, que desde os primórdios, vem sendo utilizada como instrumento de diminuição daquele que sua liberdade privada.

A compensação pelos danos causados ao preso cautelarmente, vem sendo feita por meio do abatimento proporcional na pena a ser cumprida ou por meio de indenização pecuniária, historicamente, na atualidade, o instituto da detração teve seu alcance ampliado, uma vez que tem como função principal, a proteção ao direito fundamental da liberdade.

Como uma forma de ampliação do alcance da detração penal, a lei nº

⁶⁵ MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 774

⁶⁶ Ibid., p. 774-775.

12.736/2012, por exemplo, exige do magistrado que para fins do estabelecimento do regime inicial de cumprimento da pena, deve ser considerado a pena. O art. 1º da Lei n. 12.736/2012 dispõe que: —A detração deverá ser considerada pelo juiz que proferir a sentença condenatória, nos termos desta Lei.

O STJ, no HC 3109/RJ, realizou uma interpretação extensiva da detração, quando resultado de uma severa restrição a liberdade:

PENAL. EXECUÇÃO PENAL. DETRAÇÃO DA PENA. PERÍODO SUJEITO A GRAVES RESTRIÇÕES À LIBERDADE INDIVIDUAL. CP, ART. 42 O Código Penal arrola de modo exaustivo, as hipóteses de detração da pena condenatória - prisão provisória, prisão administrativa e internação em estabelecimento hospitalar ou equivalente. Sendo, todavia, imposto ao réu severas restrições ao direito de locomoção, antes de decretar-lhe o édito de condenação, há de se efetuar a detração desse lapso temporal dos gravames consequentes do castigo antecipado. Habeas corpus concedido(HC 3.109/RJ - REG.9439052-1, Rel. Min. Adhemar Maciel 6ª turma do STJ; DJ. 24.06.1995).

Estendendo, ainda mais, os casos de cabimento da detração, o STJ, praticando os art. 5º, LXXV CRFB/88 e art. 630 CP, admitem a detração penal cruzada, entendida como a qual o condenado, que foi mantido preso indevidamente por um fato anterior, mas que diante da superveniente condenação por um crime, tem compensada na pena, o período que que foi mantido preso indevidamente, ainda que os fatos não tenha conexão, é possível a diminuição do cumprimento da pena decorrente da condenação.

Julio Fabbrini Mirabeti :

A orientação mais liberal é a mais aceitável, sendo de boa política criminal que seja computado em favor do condenado o tempo de prisão que, afinal, não deveria ter cumprido. Aliás, a Constituição Federal prevê que deve ser indenizado o condenado por erro judiciário, assim como aquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença (art. 5º, inc. LXXV) e não há indenização mais adequada para o tempo de prisão provisória que se julgou indevida pela absolvição do que ser ele computado no tempo da pena imposta por outro delito. São inúmeras as decisões, aliás, de que, se não houve solução de continuidade entre o cumprimento da pena que se pretende compensar e aquela que se pretende reduzir, é de se admitir a compensação do tempo em que o acusado esteve preso em virtude de processo do qual veio a ser ao final absolvido⁶⁷.

⁶⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 786

Superior Tribunal de Justiça:

EXECUÇÃO PENAL, DETRAÇÃO PENAL. COMPTODE TEMPO DE PRISÃO IMPOSTA EM OUTRO PROCESSO, POSSIBILIDADE. COMDIÇÕES. CP, ART 42. LEP ART 111. CF, ART. 5º, XV E LXXV. A constituição da república, em razão da magnitude conferida ao status libertatis (art. 5º, XV), inscreveu no rol de direito e garantias individuais regra expressa que obriga o Estado a indenizar o condenado por erro judiciário ou quem permanecer preso por tempo superior ao fixado na sentença (art. 5º, LXXV), situações essas equivalentes a de quem foi submetido a prisão processual e posteriormente absolvido. Em face desse preceito constitucional, o art. 42 do Código Penal, e o art. 111 da Lei das execuções Penais, devem ser interpretados de modo a abrigar a tese no qual o réu foi absolvido, seja computado para a detração de pena imposta ao processo relativamente a crime anteriormente cometido. Recurso especial conhecido e desprovido. (Resp. 618991/SP; Rel. Min. Vicente Leal da 6ª turma do STJ; DJ. 03.06.1996)⁶⁸

Em consequência do disposto no artigo 42, do Código Penal e da opinião da doutrina e jurisprudência, não há dúvida de que a detração penal deve ser aplicada nos casos de privação da liberdade, no entanto, quando se trata da compensação da imposição das medidas cautelares diversas da prisão, a lei é omissa.

Assim, com relação a detração das medidas cautelares diversas prisão, observa-se uma grande divergência doutrinária. O novo Código de Processo Penal, ao ser implementado não estipulou nada a respeito da possibilidade de detração das medidas cautelares diversas da prisão previstas nos arts. 319 e 320 do CPP e, por conta dessa ausência de legislação específica, a detração com relação ao tempo de cumprimento das medidas cautelares é alvo de discussões e diversas interpretações.

⁶⁸ Em sentido contrário: DETRAÇÃO PENAL. CRIME POSTERIOR. PRISÃO CAUTELAR. A Turma denegou a ordem de habeas corpus, reafirmando a jurisprudência deste Superior Tribunal de ser inviável a aplicação da detração penal em relação aos crimes cometidos posteriormente à custódia cautelar. No writ, a Defensoria sustentava constrangimento ilegal na decisão de não concessão da detração ao paciente que permaneceu preso cautelarmente em outro feito criminal no período de 27/9/2006 a 7/9/2007 e buscava a detração da pena pela prática de crime perpetrado em 27/11/2007. Precedentes citados do STF: HC 93.979-RS, DJe 19/6/2008; do STJ: REsp 6S0.40S-RS, DJ 29/8/2005; HC 157.913-RS, DJe 18/10/2010, e REsp 1.180.018-RS, DJe 04/10/2010. HC 197. 112-RS, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 19/5/2011. (tnJo 473)

O STJ⁶⁹, em 1995, muito antes da lei que criou as medias cautelares alternativas a prisão, reconhecia a possibilidade da detração em face da limitação da da liberdade diversa da prisão, tendo como argumento, o fato do art. 42, CP, não ser *numerus clausus* e de ser coerente que se compense o condenado em razão do “castigo” antecipado.

Renato MARCÃO, que é fortemente contrário a detração das cautelares, reconhece 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 condenação⁷⁰.

Warley BELO, defende 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.⁷¹

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

⁶⁹ HC 3109/RJ - DJ 24/06/1996

⁷⁰ MARCÃO, Renato. Curso de processo penal. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 774

⁷¹ BELO, 2004, p. 178.

na pena final, o que parece inadequado. Se a detração da prisão tem por fundamento o princípio da equidade e a vedação ao bis in idem, deve o instituto ser estendido a qualquer hipótese de intervenção do Estado em direitos do cidadão, seja a liberdade de locomoção, seja outro qualquer. 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.⁷²

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.⁷³

Segundo Fernando Capez, não cabe o instituto da detração penal nas medidas alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, pois o Código Penal é claro: só cabe detração da prisão provisória (art. 42), não sendo possível nas providências acautelatórias de natureza diversa. *“Convém notar que o caput do art. 319 do CPP é expresso ao dizer que tais providências são “medidas cautelares diversas da prisão”. Ora, sendo diversas da prisão provisória, com ela*

⁷² 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-detacao-casos-cautelar-aplicada-distinta-prisao>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

⁷³ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Questões penais**. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 5-6.

não se confundem.”⁷⁴

Para Norberto Avena, para aplicar o instituto da detração é necessário que a pena privativa de liberdade imposta tenha sido substituída por restritivas de direito e que essa pena aplicada apresente identidade ou, compatibilidade lógica com a medida cautelar restritiva a que submetido o réu no curso da investigação ou do processo.⁷⁵

Não se deve admitir, por outro lado, a detração da monitoração eletrônica (art. 319, IX, do CPP), pois as hipóteses que autorizam o uso do equipamento eletrônico na fase da execução penal têm por objetivo permitir ao juiz o controle do apenado nas situações previstas no art. 146-B da Lei 7.210/1984 – saída temporária no regime semiaberto e cumprimento de pena em prisão domiciliar. A ausência de menção à detração para cautelares distintas da prisão no ordenamento não impede sua aplicação pelo juiz, que por analogia pode beneficiar o réu com uma interpretação amplie a abrangência do instituto para além da prisão. Nos parece possível, por exemplo, descontar o tempo passado em prisão domiciliar da eventual pena de prisão definitiva em regime aberto, ou o período processual no qual o réu foi proibido de freqüentar determinados lugares da pena restritiva da mesma natureza, se essa for a condenação. 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.⁷⁶

Cezar Roberto Bitencourt⁷⁷, dissertando sobre a aplicabilidade do princípio da detração penal, aborda as penas restritivas de direito:

[...] A nova disciplina sobre as alternativas à pena privativa de liberdade, trazida pela Lei n. 9.714/98, provavelmente apresenta aqui uma das mais significativas e positivas de suas inovações, corrigindo uma das mais flagrantes injustiças que a disciplina da Reforma Penal de 1984, neste particular, apresentava, pois, atendendo aos reclamos dos operadores especializados desta seara do Direito, a nova legislação adotou, acertadamente, o chamado princípio da detração penal, autorizando a

⁷⁴ CARPEZ, Fernando. **Prisão preventiva, medidas cautelares e detração penal**. 2011. Disponível em: <<http://www.fernandocapez.com.br/sala-de-imprensa/artigos/prisao-preventiva-medidas-cautelares-e-detracao-penal/>> Acesso em: 05 abr. 2018.

⁷⁵ AVENA, Norberto. **Medidas cautelares diversas da prisão e detração penal**. Disponível em: <<http://www.norbertoavena.com.br/detalhes-noticias-norberto-avena.php?menu=noticias&id=58>> Acesso em: 05 abr. 2018.

⁷⁶ BOTTINI, 2011.

⁷⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 117ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1863.

dedução do tempo cumprido de pena restritiva de direitos. Assim, fazendo-se necessária a conversão da pena restritiva em privativa de liberdade, essa conversão operar-se-á somente pelo restante da pena a cumprir, desde que não inferior a trinta dias. [...]

No Paraná, a matéria foi regulamentada pela Instrução Normativa do Tribunal de Justiça 9/2015 que estabelece a detração do período submetido a monitoração eletrônica:

CAPÍTULO II DO CABIMENTO DA MONITORAÇÃO ELETRÔNICA SEÇÃO I NA PRISÃO PROVISÓRIA

2.1.1. A monitoração eletrônica para os presos provisórios(8) poderá ser utilizada:

I - como medida cautelar diversa da prisão, nos termos do inciso IX do art.319 do Código de Processo Penal;

II - para monitoramento da prisão domiciliar determinada nos termos dos artigos 317 e 318 do Código de Processo Penal ou de recolhimento domiciliar no período noturno, finais de semana e feriados quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos, estipulados nos termos do inciso V do art. 319 do Código de Processo Penal.

2.1.2. A monitoração eletrônica deverá ser aplicada apenas na ocasião em que o preso cautelar não preencher os requisitos para a concessão das demais medidas alternativas à prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

2.1.3. A existência de decisão que denega a concessão de liberdade provisória ou a revogação de prisão preventiva não impedirá que o juiz, examinando as circunstâncias do caso, conceda o benefício da fiscalização por meio da monitoração eletrônica.

2.1.3.1 Na hipótese de ter sido revogada a prisão preventiva e concedida a medida cautelar de monitoração eletrônica, deverá ser expedido pelo Sistema eMandado o contramandado de prisão e o mandado de monitoração eletrônica.

2.1.3.2. Na hipótese do item anterior, a Escrivania/Secretaria deverá alterar, no Sistema PROJUDI, o motivo da prisão para prisão domiciliar com monitoração eletrônica ou recolhimento domiciliar noturno, nos finais de semana e nos feriados, com monitoração eletrônica.

2.1.4. O prazo máximo de uso do equipamento de monitoração eletrônica para os presos provisórios será de 90 (noventa) dias, podendo ser renovado quantas vezes forem necessárias, desde que justificada a renovação por meio de decisão fundamentada.

2.1.4.1. Caso a decisão pela renovação do monitoramento tenha ocorrido antes de expirado o prazo do mandado de monitoramento, deverá ser anotado no Sistema eMandado o novo prazo, sem a expedição de outro mandado.

2.1.4.2. Na hipótese da decisão de renovação ter ocorrido após expirado o prazo do mandado de monitoramento deverá ser expedido novo mandado de monitoração no Sistema eMandado.

2.1.5. Os dias de monitoração eletrônica com prisão domiciliar e/ou recolhimento domiciliar noturno, nos finais de semana e feriados, serão levados em consideração para fins de detração penal.

2.1.6. A data a ser levada em consideração para o início da monitoração é o do dia da instalação da tornozeleira, e para o final é a do término do prazo estipulado pelo juiz ou a data da determinação da retirada.

2.1.6.1. Na hipótese de fuga do monitorado, no caso de retirada indevida ou de violação que inviabilize o funcionamento da tornozeleira, será considerada a data da ocorrência. (Grifo nosso).⁷⁸

⁷⁸ Instrução normativa 9.2015 capítulo ii do cabimento da monitoração eletrônica Seção i na prisão provisória.

7 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA DETRAÇÃO PENAL:

O presente estudo buscou realizar uma análise da aplicação do instituto da detração penal nas medidas cautelares diversas da prisão em outros sistemas processuais, porém, devido à falta de material necessário, realizou-se uma análise jurisprudencial dentro do ordenamento jurídico Brasileiro em suas instâncias.

Como já mencionado anteriormente, no Paraná a matéria vem sendo regulamentada pela Instrução normativa 9/2015 que estabelece a detração do período submetido a monitoração eletrônica.

Em recente decisão, o Juiz Lionardo José de Oliveira, substituto na 3ª Vara Criminal de Goiânia, deferiu o pedido de detração penal, interposto por um sentenciado, referente ao período em que ele esteve em prisão domiciliar com monitoração eletrônica, com base na nossa instrução normativa.

Lionardo José (foto) explicou que, apesar de a monitoração eletrônica ser diversa da prisão, o uso da tornozeleira eletrônica restringe a liberdade do acusado. Isso porque, ao usar o dispositivo, ele não pode violar áreas de inclusão, devendo permanecer todo o período noturno em sua residência. Ressaltou, ainda, que está em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 156, proposto no Senado Federal, que prevê a alteração do Código de Processo Penal, para que seja inclusa a computação do período da prisão domiciliar no cumprimento da pena privativa de liberdade⁷⁹.

Os tribunais de Justiça dos Estados de Rondônia, Minas Gerais e do Distrito Federal:

Apelação criminal. Ameaça, violação de domicílio e constrangimento de menor. 1. Recurso defensivo. Nulidade. Não realização da audiência preliminar (art. 16, da lei 11.340/06). Desnecessidade. Ato destinado à vítima. Nulidade não configurada. Absolvição. Impossibilidade. Conjunto probatório harmônico. Palavra das vítimas roboradas por outros elementos. Recurso desprovido. 2. Recurso ministerial. Substituição da pena privativa de liberdade e detração de período em que o réu ficou submetido a monitoração eletrônica. Desconstituição. Possibilidade. Requisitos não preenchidos. Recurso provido. I - A audiência preliminar prevista no art. 16, da lei 11.340/06 é ato destinado apenas à ratificação da representação da vítima, não havendo nulidade em sua não realização quando não se vislumbra seu interesse na retratação. II - Mantém-se a condenação por

⁷⁹ Uso de tornozeleira eletrônica deve ser levado em conta para detração penal. Tribunal de Justiça de Goiás. 2017. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/index.php/home/imprensa/noticias/119-tribunal/14543-uso-de-tornozeleira-eletronica-deve-ser-levado-em-conta-para-detracao-penal>> Acesso em: 05 abr. 2018.

ameaça, violação de domicílio e constrangimento de menor quando o conjunto probatório dos autos for harmônico neste sentido, principalmente pelas palavras das vítimas roboradas por outros elementos. III - Havendo a constatação de que o delito foi praticado mediante grave ameaça, resta demonstrada a ausência dos requisitos legais para ser o réu beneficiado com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, em obediência ao art. 44, I, do Código Penal. IV - É vedada a concessão de detração do período em que o réu ficou submetido a medida cautelar diversa da prisão consistente em monitoração eletrônica por ausência de previsão legal. Inteligência do art. 42, do CP. (Apelação, Processo nº 0005029-90.2015.822.0010, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Criminal, Relator (a) do Acórdão: Desª Marialva Henriques Daldegan Bueno, Data de julgamento: 13/10/2016) (TJ-RO - APL: 00050299020158220010 RO 0005029-90.2015.822.0010, Relator: Desembargadora Marialva Henriques Daldegan Bueno, Data de Julgamento: 13/10/2016, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 25/10/2016.)

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE DETRAÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AO TEMPO DE LIBERDADE PROVISÓRIA, COM A IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO, NA ESPÉCIE O RECOLHIMENTO DURANTE O PERÍODO NOTURNO - IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. Não há que se falar em detração penal em relação ao tempo em que o acusado permaneceu em gozo de liberdade provisória com o estabelecimento de medidas cautelares diversas da prisão - como o recolhimento noturno -, visto que referida benesse permitiu a manutenção da liberdade do agente, e não representa antecipação do cumprimento da pena, além de não se encaixar em quaisquer das hipóteses previstas no artigo 42 do Código Penal, que dispõe acerca do instituto da detração. (PRECEDENTES) (TJ-DF 20160020494059 0052376-35.2016.8.07.0000, Relator: ROMÃO C. OLIVEIRA, Data de Julgamento: 09/03/2017, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 15/03/2017 . Pág.: 294/317)

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. TEMPO DE SUBMISSÃO À MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA DE RECOLHIMENTO DOMICILIAR NO PERÍODO NOTURNO. DETRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A detração no cômputo da pena privativa de liberdade ou da medida de segurança é cabível nos casos de prisão provisória ou administrativa e de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Inteligência do artigo 42 do Código Penal. 2. A Lei nº 12.403/2011, que introduziu as medidas cautelares diversas da prisão no processo penal, não previu a possibilidade da detração penal em face de medida cautelar alternativa. 3. Recurso conhecido e desprovido. (TJDFT. Acórdão n.1013423, 20160020489135RAG, Relator: DEMETRIUS GOMES CAVALCANTI 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 27/04/2017, Publicado no DJE: 05/05/2017. Pág.: 273/288).

EMENTA: RECURSO DE AGRAVO - DETRAÇÃO PENAL - CÔMPUTO DO PERÍODO PELO QUAL O SENTENCIADO PERMANECEU SUBMETIDO AO CUMPRIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS AO CÁRCERE - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - RECURSO DESPROVIDO. - Não obstante seja possível reconhecer que o cumprimento de algumas das medidas cautelares pode ocasionar algumas limitações à ampla liberdade de ir, vir e permanecer do sentenciado, certo é que estas sequer podem ser comparadas ao cerceamento completo da liberdade de locomoção gerado pela prisão provisória, razão pela qual os

institutos não podem ser considerados equivalentes para fins de detração penal, para a qual, somente deve ser considerado o tempo de prisão, conforme previsão legal.(TJ-MG - AGEPN: 10145160028877001 MG, Relator: Beatriz Pinheiro Caires, Data de Julgamento: 08/03/2018, Data de Publicação: 19/03/2018)

Assim como no STJ e STF, o atual entendimento é de que a consideração de tempo para fins de contagem de detração penal deve ser aquela em que o condenado esteve sob efetiva custódia, sendo vedada a concessão de detração do período em que o réu ficou submetido a medida cautelar diversa da prisão por ausência de previsão legal, sob o argumento de que a Lei nº 12.403/2011, que introduziu as medidas cautelares diversas da prisão no processo penal, não previu a possibilidade da detração penal em face de medida cautelar alternativa.

Para o STF:

HABEAS-CORPUS. DETRAÇÃO DA PENA. CÔMPUTO DO PERÍODO EM QUE O PACIENTE ESTEVE EM LIBERDADE PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. Detração penal considerando-se o lapso em que o paciente esteve em liberdade provisória. Impossibilidade, por ausência de previsão legal. A regra inscrita no artigo 42 do CPB prevê o cômputo de período relativo ao cumprimento de pena ou de medida restritiva de liberdade. Habeas-corpus indeferido. (STF - HC: 81886 RJ, Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 14/05/2002, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 21-06-2002 PP-00130 EMENT VOL-02074-03 PP-00531)

DETRAÇÃO PENAL. ART-34 DO C.P. - INADMISSIBILIDADE DO COMPUTO, PARA OS EFEITOS DO ART-34 DO CÓDIGO PENAL, DO PERÍODO EM QUE O PACIENTE ESTEVE NO GOZO DE LIBERDADE, EMBORA PARA TRATAMENTO AMBULATORIAL, O QUAL NEM SE SABE SE FOI FEITO, TANTO QUE, ANTES DO SEU TERMINO, NOVA PRISÃO SOFREU ELE POR ENVOLVIMENTO EM TÓXICOS. "HABEAS CORPUS" INDEFERIDO. RECURSO DESPROVIDO.(STF - RHC: 58375 DF, Relator: SOARES MUNOZ, Data de Julgamento: 31/10/1980, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 21-11-1980 PP-09806 EMENT VOL-01193-01 PP-00227)

No HC 81.886, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão, tratava-se de caso em que o réu foi condenado a nove anos de reclusão e três meses de detenção. No curso do processo havia sido concedida liberdade provisória ao réu com os seguintes ônus: pagamento de fiança e as condições de comparecimento quinzenal em Juízo e necessidade de autorização judicial para ausentar-se do distrito da culpa. Foi impetrado HC no STF buscando justamente a detração do

período em que o réu ficou sob liberdade provisória mediante tais ônus na pena privativa de liberdade, ao final aplicada. O STF indeferiu o pleito sob o argumento de ausência de previsão legal, uma vez que o art. 42 do CP não prevê tal possibilidade. Ademais, entendeu-se que somente nas situações em que há absoluta locomoção é que se pode falar em detração.

Em outro precedente, RHC 58.375, o STF se manifestou pela impossibilidade de detração do período em que o réu esteve em liberdade para tratamento ambulatorial.

Para o STJ:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. DETRAÇÃO. CONTAGEM DO TEMPO DO PERÍODO EM QUE O PACIENTE ESTEVE EM LIBERDADE PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

1. A consideração do tempo para fins de contagem de detração penal deve ser aquela em que o condenado esteve sob efetiva custódia ou submetido a medida restritiva de direito, sendo descabida a soma do tempo em que o paciente esteve em liberdade provisória, por ausência de expressa previsão legal. 2. Precedentes do Excelso Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça. 3. Ordem denegada. (STJ - HC: 25183 CE 2002/0142954-0, Relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Data de Julgamento: 27/04/2004, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 28/06/2004 p. 419)

RECURSO ESPECIAL. CRIME DE INCÊNDIO. ART. 250, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PENA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CÁLCULO DA DETRAÇÃO À RAZÃO DE 24 HORAS DE TRABALHO PARA CADA DIA DE PRISÃO CAUTELAR. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 C.C. O ART. 46, § 3.º, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. 1. O Tribunal a quo, sob o fundamento de aplicação do princípio da proporcionalidade, computou de forma diferenciada o período de prisão cautelar do Recorrido, de modo que, para cada dia de prisão, efetuou a detração de 24 horas de prestação alternativa. 2. Evidencia-se a falta de razoabilidade da tese atacada, uma vez que a detração, nos moldes propostos pela Corte a quo, torna possível a absurda hipótese de que o Acusado que permaneceu preso provisoriamente, mesmo por curto lapso de tempo, tenha a pena cumprida em sua totalidade quando da sua efetiva condenação. 3. O art. 42 do Código Penal preceitua o desconto do período cumprido a título de prisão provisória do total da pena privativa de liberdade fixada na condenação e, não, a conversão direta e integral do tempo de segregação cautelar em horas de prestação de serviços à comunidade, como propôs o aresto objurgado. 4. Deduzido o tempo de segregação cautelar, a substituição do saldo da pena deve ser efetuada à razão de 1 (uma) hora de prestação de serviços à comunidade para cada dia de condenação, nos termos do art. 46, § 3.º, do Código Penal. 5. Recurso provido. (STJ - REsp: 1326520 SP 2012/0115404-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 03/04/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/04/2014)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME HEDIONDO. LIBERDADE PROVISÓRIA. DETRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 42, CP. PROGRESSÃO DE REGIME. DIREITO CONSTITUCIONAL À INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. RECURSO PROVIDO. 1. A privação ou restrição ao direito de ir e vir que, por analogia ao disposto no artigo 42, do CP, autoriza a medida é aquela que decorre da execução de pena propriamente dita como, verbis gratia; a prisão em regime aberto e as penas restritivas de direitos. 2. A restrição à progressão do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade - cuja constitucionalidade está sendo reexaminada pela Suprema Corte - deve vir expressa na sentença de forma clara, precisa e indubitosa, exatamente porque se trata de exceção à norma geral do Código Penal. 3. A ambigüidade, a obscuridade do julgado ou a omissão, no que respeita à fixação do regime para o cumprimento da pena, devem ser resolvidas em favor da norma geral inculpada nos artigos 33, § 3º, e 59, inciso III, do Código Penal, ou seja: o regime fixado na sentença é o regime inicial. 4. A vedação à execução progressiva da pena, nos moldes no que dispõe a Lei 8.072/90, é discriminatória e, por isso, violadora dos princípios constitucionais da legalidade, da individualização, da isonomia e da humanidade da pena. 5. Recurso provido para afastar a proibição quanto à progressão de regime. (STJ - RHC: 17501 SP 2005/0050247-5, Relator: Ministro PAULO MEDINA, Data de Julgamento: 23/08/2005, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 06/03/2006 p. 442)

PROCESSO PENAL – DESOBEDIÊNCIA – TRANCAMENTO - PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO - AÇÃO PENAL – CONDUTA MANIFESTAMENTE ATÍPICA – INEXISTÊNCIA DE DOLO GENÉRICO. - A denúncia, ao descrever o fato supostamente criminoso, asseverou que as pacientes, funcionárias da empresa de telefonia celular fluminense, e que ocupavam apenas cargo de auxiliar administrativo, solicitaram, em 31.07.2000, ao órgão competente da empresa, que procedesse ao requerido pela autoridade judicial. Tal circunstância é corroborada com o efetivo envio dos documentos, embora tardio, pois operou-se em 12.09.2000, pela TELERJ CELULAR S.A. Se não houve eficiência na conduta das pacientes, daí não se pode afirmar que tenha sido criminosa. - Destarte, no caso ora sub judice, a atipicidade da conduta das pacientes é evidente, porquanto, como supostas destinatárias, elas não tinham o dever jurídico de obedecer, já que competia à Presidência da TELERJ CELULAR S.A. o cumprimento da medida, uma vez que à pessoa jurídica foi dirigida a ordem. Assim, trata-se de auxiliares administrativas que transmitiram a ordem judicial, não demonstrando, com tal atitude, a intenção de se oporem à sobredita determinação. - Ordem concedida para determinar o trancamento do inquérito policial e, na eventualidade de já haver sido recebida a denúncia, o trancamento da ação penal.(STJ - HC: 17697 RJ 2001/0091249-7, Relator: Ministro JORGE SCARTEZZINI, Data de Julgamento: 04/12/2001, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 02.09.2002 p. 212)

HABEAS CORPUS. DETRAÇÃO. COMPETÊNCIA. COMPARECIMENTO QUINZENAL A JUÍZO. AUSÊNCIA DE RESTRIÇÃO AO DIREITO DE LOCOMOÇÃO. 1. A competência para apreciar pedido de detração, consoante entendimento pretoriano, é do Juízo das Execuções Criminais, não se viabilizando pleito manejado diretamente ao Superior Tribunal de Justiça, ainda que preventivamente. 2. O abatimento de pena pressupõe lógica e juridicamente o trânsito em julgado da decisão condenatória. 3. Não se vislumbra restrição ao direito de locomoção na simples condição de comparecimento quinzenal a Juízo, sem qualquer outra formalidade, que autorize sua inclusão no rol do art. 42 do Código Penal, mesmo se adotando

posicionamento liberalizante. 4. Precedentes. 5. Ordem de habeas corpus conhecida em parte e, nesta extensão, denegada.(STJ - HC: 16048 RJ 2001/0020231-4, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 22/11/2001, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 04/03/2002 p. 297 LEXSTJ vol. 152 p. 266)

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. DETRAÇÃO. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO. COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO. IMPOSSIBILIDADE. EQUIVALÊNCIA MATERIAL COM A PRISÃO DOMICILIAR. INOCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. VIA INADEQUADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem, de ofício. II - Não cabe a detração do tempo em que o paciente esteve submetido a medidas cautelares pessoais alternativas, no caso, ao recolhimento domiciliar noturno e à obrigação de comparecimento periódico em juízo, que, por expressa previsão legal, não se confundem com a prisão provisória, a despeito de representarem, sempre, algum grau de restrição à liberdade do acautelado. III - Havendo a instância a quo concluído que não haveria equivalência material, no caso, entre o instituto do recolhimento domiciliar noturno e a prisão domiciliar substitutiva da preventiva, não é possível a reforma desse juízo de fato, na via estreita, de cognição sumária, do writ. Habeas corpus não conhecido.(STJ - HC: 380370 DF 2016/0312718-7, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 07/03/2017, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/03/2017).

No mesmo sentido, nas decisões do Superior Tribunal de Justiça supracitadas, vislumbra-se que o atual entendimento é de que a consideração de tempo para fins de contagem de detração penal deve ser aquela em que o condenado esteve sob efetiva custódia, sendo descabida a soma do tempo em que a paciente esteve em liberdade provisória, tendo em vista a ausência de previsão legal.

Para o STJ, não se vislumbra restrição ao direito de locomoção quando se trata das medidas cautelares alternativas, como por exemplo o comparecimento quinzenal em Juízo, sem qualquer outra formalidade que autorize sua inclusão no roldo art. 42 do Código Penal, mesmo se adotando posicionamento liberalizante.

Além disso, no atual entendimento do STF, as restrições inerentes à medida de liberdade provisória, além de não se enquadrarem na definição expressa do art. 42, não correspondem às hipóteses autorizadas na analogia, uma vez que há total ausência de compatibilidade e semelhança entre a gravidade das medidas

cautelares e a pena privativa de liberdade.

PENAL. EXECUÇÃO PENAL. DETRAÇÃO DA PENA. PERÍODO SUJEITO A GRAVES RESTRIÇÕES A LIBERDADE INDIVIDUAL. CP, ART. 42. - O CÓDIGO PENAL ARROLA DE MODO EXAUSTIVO, AS HIPÓTESES DE DETRAÇÃO DA PENA CONDENATORIA - PRISÃO PROVISÓRIA, PRISÃO ADMINISTRATIVA E INTERNAÇÃO EM ESTABELECIMENTO HOSPITALAR OU EQUIVALENTE. - SENDO, TODAVIA, IMPOSTO AO REU SEVERAS RESTRIÇÕES AO DIREITO DE LOCOMOÇÃO, ANTES DE DECRETO-LHE O EDITO DE CONDENAÇÃO, HA DE SE EFETUAR A DETRAÇÃO DESSE LAPSO TEMPORAL DA PENA IMPOSTA, COMO FORMA RAZOÁVEL DE COMPENSAÇÃO EM FACE DOS GRAVAMES CONSEQUENTES DO CASTIGO ANTECIPADO. - HABEAS-CORPUS CONCEDIDO. (STJ - HC: 3109 RJ 1994/0039052-1, Relator: Ministro ADHEMAR MACIEL, Data de Julgamento: 28/03/1995, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 24.06.1996 p. 22806 RT vol. 732 p. 574, DJ 24.06.1996 p. 22806 RT vol. 732 p. 574).

Entretanto, conforme decisão supra, há precedente em sentido contrário do STJ, afirmando que, se as restrições ao direito de locomoção forem tamanhas, será possível a detração, como uma forma razoável de compensação em face dos gravames consequentes do castigo antecipado.

8 CONCLUSÃO

De acordo com o presente estudo pode-se chegar as seguintes conclusões.

Primeira conclusão. O Código de Processo Penal em sua redação original, previa que a prisão em flagrante significava presunção de culpabilidade e assim, a prisão se convertia automaticamente em prisão cautelar, sem qualquer decisão judicial. Ainda, o Código de Processo Penal trazia, originalmente cinco tipos de prisão cautelar, sendo elas: prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão temporária, prisão decorrente de pronúncia e prisão decorrente de sentença recorrível. As últimas duas eram evidentemente contrárias ao princípio da presunção de inocência, antecipando o Juízo de culpabilidade. Com o advento das Leis 11.689/2008 e 11.719/2008 passaram a existir apenas três espécies de prisão cautelar: a prisão em flagrante, a preventiva e a temporária.

Desde a entrada em vigor da Lei 12.403/2011, que promoveu nova reforma ao Código de Processo Penal, apenas a prisão preventiva e a prisão temporária são consideradas hipóteses de prisão cautelar, pois a prisão em flagrante, quando presentes os requisitos necessários, deve ser convertida em prisão preventiva. Com isso, a prisão cautelar deve ocupar sua posição de *extrema ratio da ultima ratio*, que é o direito penal, em outras palavras “a prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar” (art. 282, parágrafo 6º do CPP).

Diante disso, conclui-se que a Lei 12.403/2011 trouxe diversas mudanças no sistema processual penal, como por exemplo, as medidas cautelares menos gravosas, que deverão ser aplicadas quando se revelarem mais adequadas ao caso concreto e permitem ao magistrado proteger o Processo Penal por outros meios menos gravosos que a privação de liberdade. Estas medidas, no contexto atual, apresentam-se como uma alternativa à superlotação das Penitenciárias e Delegacias do País.

Segunda conclusão, a aplicação das medidas cautelares previstas na Lei 12/403/2011 deve obedecer ao binômio: necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos em lei, para evitar a prática de infrações penais com a adequação da medida à

gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, conforme art. 282, incisos I e II do Código de Processo Penal.

A necessidade e adequação são portanto os referencias fundamentais na aplicação das medidas cautelares pessoais no Processo Penal e ambas se reúnem no princípio da *proporcionalidade*, postulado implícito na Constituição Federal. A regra é que deverão ser preferencialmente impostas as medidas cautelares, deixando a prisão preventiva para casos de maior gravidade, cujas circunstâncias sejam indicativas de maior risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa.

Atualmente, a monitoração eletrônica constitui-se como uma das medidas cautelares mais relevantes, pois é capaz de diminuir a massa carcerária, proporcionando não só a melhora das condições daqueles que permanecem encarcerados, mas também de facilitar a reintegração do agente, sem a perda da capacidade de vigilância do Estado sobre o indiciado.

Com a descrição necessária, o monitorado terá de certa forma condições de circular com relativa liberdade, exercendo suas atividades regulares, ao mesmo tempo em que vigiado pelo Estado.

A monitoração eletrônica, portanto, caracteriza qualquer forma de vigilância decursivo de ordem judicial, a qual utiliza de meios tecnológicos para precisar em qual lugar uma estipulada pessoa se encontra, ou os lugares em que ela não pode estar. As tornozeleiras proporcionam a localização do usuário, com precisão, já que emitem sinais eletrônicos (GSM), os mesmos utilizados pela rede de telefonia celular; possuem baterias com duração de 24 horas aproximadamente, necessitando serem recarregadas pelo próprio usuário na rede elétrica.

O autor Paulo Rangel, define o monitoramento eletrônico como uma forma de descaracterização feita para um criminoso que pode permanecer em liberdade, mas de certa forma, ainda tem “contas” a acertar com o Estado. O monitoramento alivia o sistema carcerário, contribui ainda que parcialmente com a reinserção do condenado à sociedade de forma, ainda vigia e diminui os custos do Estado.

O novo Código de Processo Penal, ao ser implementado não estipulou nada a respeito da possibilidade de detração das medidas cautelares diversas da prisão previstas nos arts. 319 e 320 do CPP e, por conta disso, a detração com relação ao tempo de cumprimento das medidas cautelares é alvo de discussões e diversas

interpretações.

O instituto da detração penal vem regulamentado no artigo. 42, do Código Penal e, é entendido como uma espécie de compensação concedida ao preso pelo período em que foi privado de sua Liberdade antes do cumprimento da pena decorrente da sentença condenatória definitiva. Ressalta-se que o instituto da detração foi criado em 11 de julho de 1984, por força da Lei nº 7.209, ou seja, anteriormente a reforma do Código Penal e antes da inclusão das medidas cautelares diversas da prisão.

Terceira e última conclusão, observando o produzido no presente trabalho, durante o tempo em que, não existir norma expressa acerca do tema, ao se deparar com um réu que tenha sua liberdade restrita por uma medida cautelar, o juiz deve considerar que, como um dos fundamentos da detração é o princípio da isonomia, torna-se impossível aceitar que se desconte da pena privativa de liberdade o período em que o agente cumpriu medidas cautelares *diversas* da prisão, pois estaríamos equiparando tal situação àquela do sentenciado que permaneceu todo o processo em segregação cautelar, ou seja, que teve uma restrição muito maior ao seu direito de locomoção e à sua liberdade. Em outras palavras, seria justo detrair, por exemplo, três meses do tempo de monitoração eletrônica da pena privativa final de um réu, enquanto o seu comparsa permaneceu estes mesmos três meses preso preventivamente? Tal situação revela o equívoco em igualar situações tão díspares, vez que fere os princípios da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade.

Desse modo, correto o entendimento de que a detração, nos moldes em que está prevista no artigo 42 do Código Penal, só pode levar em consideração sanções que importem em restrição da liberdade deambulatória, como a prisão preventiva, a prisão administrativa, medida de segurança ou internamento (somente neste último caso uma cautelar diversa da prisão, artigo 319,VII, do Código de Processo Penal, pode ser utilizada para tais cálculos).

Estender tal entendimento à restrições de direitos que não impliquem em limites à liberdade deambulatória, além de afrontar a vontade do legislador, equipara situações completamente díspares, gerando injustiças.

Com base no autor Renato Marcão, entende-se que ainda que haja essa omissão do legislador, ela não pode ser suprimida pelas variadas proposições que o tema apresenta. Tem-se a impossibilidade da detração das medidas cautelares

diante do fato de que elas não tem natureza de privação de liberdade. Em sentido semelhante é o magistério de Guilherme de Souza Nucci, o qual só considera possível a detração das hipóteses do artigo 319 do Código de Processo Penal em relação às penas restritivas de direito (artigo 43 do Código Penal), desde que guardem natureza semelhante, do contrário, não.

Ante o exposto, mesmo para a doutrina que considera possível a detração das medidas cautelares diversas da prisão, isso só pode acontecer em face das penas restritivas de direito, já que estas não têm caráter prisional – como as hipóteses do artigo 319 do Código de Processo Penal – nunca em relação às penas privativas de liberdade, por ausência de paralelismo.

Tal entendimento encontra adeptos em nosso Legislativo, uma vez que o PLS 156/2009, que discute um novo Código de Processo Penal, somente possibilita a detração de medidas cautelares diversas da prisão em relação às penas restritivas de direito, nunca em relação à pena privativa de liberdade, justamente porque não há semelhança entre tais sanções:

Art. 607. O tempo de recolhimento domiciliar será computado no cumprimento da pena privativa de liberdade, na hipótese de fixação inicial do regime aberto na sentença condenatória. Parágrafo único. **Substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nesta será computado o tempo de duração das medidas cautelares previstas nos arts. 588, 591, 595, 597 e 598.**

Portanto, entende-se ser inadequado detrair da pena privativa de liberdade o período em que alguém permanece sob monitoração eletrônica.

Por fim, cumpre destacar que eventual evocação do **item 2.1.5 da Instrução Normativa n. 09/2015**⁸⁰, que autoriza a detração do período de monitoração eletrônica, é **ilegal**, já que estende o benefício a hipóteses não previstas pelo artigo 42 do Código Penal: tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, prisão administrativa ou internação.

⁸⁰ 2.1.5. Os dias de monitoração eletrônica com prisão domiciliar e/ou recolhimento domiciliar noturno, nos finais de semana e feriados, serão levados em consideração para fins de detração penal.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Monitoração eletrônica e fiscalização indireta do condenado**. Apontamentos sobre a Lei 12.258/10. Revista da Associação Paulista do Ministério Público, São Paulo, n. 53, mai-dez-2010, p. 22-3.

AVENA, Norberto. Medidas cautelares diversas da prisão e detração penal. Disponível em: <<http://www.norbertoavena.com.br/detalhes-noticias-norberto-avena.php?menu=noticias&id=58>> Acessado em 05 abr. 2018.

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. **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 06 nov. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 117^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas Cautelares. Nova lei peca nas chances de detração penal. Revista Consultor Jurídico, 2011. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2011-jul-01/nao-detracao-casos-cautelar-aplicada-distinta-prisao>> Acessado em 05 abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995. **Lex**: legislação federal e marginalia, São Paulo, v. 59, p. 1966, out./dez. 1995.

BRASIL. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 31.12.1940, p. 2391.

BRASIL. Lei nº 12.043, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 05.05.2011, p. 1.

BRASIL. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13.07.1984.

BRASIL. Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010. Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 16.0.6.2010. p. 4.

BRASIL. Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 10.06.2008. p. 1.

BRASIL. Lei nº 12.736, de 30 de novembro de 2012. Dá nova redação ao art. 387 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, para a detração ser considerada pelo juiz que proferir sentença condenatória. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 03.12.2012. p.1.

BRASIL. Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 23.06.2008. p. 4.

BRASIL. Decreto nº 7.627, de 4 de novembro de 2011. Regulamenta a monitoração eletrônica de pessoas prevista no Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e na Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 15.11.2011. p. 2.

BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CARPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, vol. 4. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARPEZ, Fernando. **Prisão preventiva, medidas cautelares e detração penal**. 2011. Disponível em: <<http://www.fernandocapez.com.br/sala-de-imprensa/artigos/prisao-preventiva-medidas-cautelares-e-detracao-penal/>> Acessado em 05 abr. 2018.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Questões penais**. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FRANCO, Alberto Silva, et al. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GODOI, Antônio. **LEI 12.403/11 – Comentários § Art. 320, CPP §.** Jurisprudência de Guerrilha, Disponível em: < [https://pineapplelaws.wordpress.com/2011/07/10/lei-12-40311 />. Acesso em 31 de agosto de 2017.](https://pineapplelaws.wordpress.com/2011/07/10/lei-12-40311/)

GOMES, Luiz Flavio; MARQUES, Ivan Luís. **Prisão e Medidas Cautelares.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GORDIANO, Donizete de Arruda. **Limites técnico-jurídicos da detração penal.** 100 folhas Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

IGLESIAS RIO, Miguel Angel; PÉREZ PARENTE, Juan Antonio. La pena de localización permanente y su seguimiento com medios de control electrónico. Net, México, 2006. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Juridicas de la Universidad Autónoma de México. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-1.pdf>>. Acesso em 21 out. 2017.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**, arts. 796-812. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LENZA, Pedro. **Direito Penal Esquematizado – Parte Geral.** 1º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado: Igualdade Formal e Material.** 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Marco Antonio Ferreira; NOGUEIRA, Ranieri Ferraz. **Prisões e Medidas Liberatórias.** 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro. **Código de Processo Penal comentado.** 18ª ed. Salvador. Jus Podivim, 2016

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LYRA, Roberto. **Comentários ao código penal**. Vol II. Arts. 28 a 74. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014

MARIANO DA SILVA, César Dario. **Monitoração eletrônica de sentenciados**. Disponível em: <www.apmp.com.br> Acesso em 24 de outubro de 2017.

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

NELLIS, Mike. **O monitoramento eletrônico e a supervisão de delinquentes na comunidade**. Porto Alegre: Revista Síntese, nº 65, dez-jan/2011, p. 38.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**: De acordo com a Lei 12.403/2011. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11ª ed. São Paulo: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RODRÍGUES-MARGARIÑOS, Faustino Gudín. **Cárcel electrónica para la creación del sistema penitenciário del siglo XXI**. Disponível em: <<http://www.tirant.com/editorial/libro/carcel-electronica-bases-para-la-creacion-del-sistema-penitenciario-del-siglo-xxi-faustino-gudin-rodriguez-magarinos-9788484567844>> Acesso em 24 de outubro de 2017.

RUDOLFO, Fernanda Mambrini. **Proporcionalidade: do excesso de proibição e da proteção deficiente.** Empório do direito. Disponível em:<<http://emporiododireito.com>>. Acesso em 03 nov. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar.** 23^a ed. São Paulo: Leud, 2006. p. 42.