I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-085-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

A pandemia do novo coronavírus exigiu de todos nós, neste ano de 2020, adaptação. Com o CONPEDI, não foi diferente. Precisamos nos reinventar e transformar o contato físico em virtual. O Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito entrará para a história como o primeiro evento a reunir, em ambiente eletrônico, pesquisadores da pós-graduação jurídica de todo o Brasil em suas muitas salas virtuais, nas quais temas de altíssima relevância foram amplamente debatidos.

Nesse sentido, temos a honra de apresentar, aqui, aquelas pesquisas que foram apresentadas no âmbito do Grupo de Trabalho "Direito Penal, Processo Penal e Constituição II", na tarde do dia 29 de junho de 2020.

O artigo de Marcello Doria Costa e Carlos Alberto Menezes, intitulado "A NECESSIDADE DE REFORMA CONSTITUCIONAL DOS PRECEITOS APLICÁVEIS AOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA" aborda os crimes contra a ordem tributária e as disposições específicas relacionadas ao Direito Tributário na Constituição do Brasil de 1988, atendo-se ao atual modelo neoconstitucionalista.

José Antonio Remedio, Davi Pereira Remedio e Wagner Rogério De Almeida Marchi abordam a efetivação do direito à saúde na esfera dos presídios brasileiros no artigo "O DIREITO À SAÚDE DOS DETENTOS NO ÂMBITO DOS PRESÍDIOS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO".

Por sua vez, o artigo "O MÉTODO APAC DIANTE DO PRINCÍPIO DA HUMANIDADE", de autoria de Matheus de Araújo Alves e Jorge Heleno Costa, analisa o sugimento das APACs como uma alternativa ao sistema prisional convencional, focado na pessoa humana e pautado em direitos fundamentais.

O artigo de Airto Chaves Junior – "PROTEÇÃO PENAL DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: DUAS CRÍTICAS" – salienta que a Saúde Pública é um bem aparentemente falso para figurar como objeto de tutela penal e que há desproporcionalidade na resposta do Estado para esses delitos, cominando-se penas diferentes para fatos semelhantes e penas mais rigorosas para fatos de menor (ou nenhuma) danosidade social.

Por seu turno, sob o título “VERDADES IMPROVÁVEIS: DISTORÇÕES DA IMPUTAÇÃO PENAL NOS HOMICÍDIO PELA POLÍCIA EM SERVIÇO”, Diogo José da Silva Flora destaca que os procedimentos judiciais inaugurados pela comunicação do crime de homicídio decorrente de intervenção policial, popularmente denominados autos de resistência, demonstram um tipo de imputação peculiar, particularmente frágil e sem mecanismos de controle de erros judiciais, a que se atribui uma distribuição de responsabilidades criminais incompatíveis com os fatos apuráveis.

No artigo “UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O PROJETO DE LEI “ANTICRIME”: É POSSÍVEL RESSIGNIFICAR UMA MUDANÇA NA FORMA DE CONCEBER O CRIME E AS RESPOSTAS A ELE?”, Cristian Kiefer Da Silva apresenta reflexões críticas sobre o projeto de lei “anticrime”, destacando, primordialmente, que diante do populismo penal, de uma lei “ultrapunitivista” e de um pacote de profilaxias, a proposta ostenta um endurecimento da legislação penal e a diminuição das garantias processuais dos réus.

Em suas “NOTAS ACERCA DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA”, Rodrigo Lima e Silva e Victor Américo Alves de Freitas empreendem uma análise crítica da colaboração premiada e dos institutos que gravitam em seu entorno, de forma a permitir uma melhor compreensão do tema, não só a partir do ordenamento jurídico brasileiro, mas também do contexto estadunidense e alemão.

Ana Lúcia Tavares Ferreira, no artigo “INDULTO PRESIDENCIAL E SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA: LIMITES E POSSIBILIDADES DA ATRIBUIÇÃO DE GRAÇA” aborda o uso da graça coletiva como instrumento governamental de política criminal para a redução da população carcerária em situações de superpopulação prisional.

No texto intitulado “PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA FRENTE A TEORIA DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA, ANÁLISE DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 43”, Witan Silva Barros e Mellina Lopes Corrêa Gueiros abordam o princípio de presunção de inocência, a partir do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43 perante o Supremo Tribunal Federal, o qual assentou a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Rafael Silva de Almeida, no artigo “PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE NO PROCESSO PENAL: A SÚMULA 70 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO”, salienta que a Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro admite a condenação no processo penal quando a prova oral produzida seja exclusivamente composta pelo depoimento de agentes policiais, propondo uma abordagem

alternativa do valor da prova oral policial sem preconcepções que permita avaliar sua credibilidade nos casos concretos.

Em “OLHOS QUE CONDENAM: PRECONCEITO RACIAL, SELETIVIDADE PUNITIVA E RELEVÂNCIA DO ESTADO DE INOCÊNCIA”, Eduardo Puhl e Matheus Felipe De Castro, a partir da repercussão da minissérie “Olhos que condenam”, analisam como o preconceito racial influencia a seletividade punitiva.

O artigo “O TRÂNSITO EM JULGADO DAS AÇÕES PENAIS: SOBRE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, EXECUÇÃO (PROVISÓRIA) DA PENA E OS SEUS REFLEXOS NO ENCARCERAMENTO EM MASSA BRASILEIRO”, de Caroline Previato Souza e Gustavo Noronha de Avila, com base na Presunção de Inocência, avalia as consequências de sua inaplicabilidade e como seus reflexos contribuem para o número crescente de presos provisórios e para o aumento do encarceramento em massa no Brasil.

Por sua vez, o artigo de Cláudia da Rocha e Elve Miguel Cenci – “O PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM E A IMPOSSIBILIDADE DE SOBREPOSIÇÃO DE SANÇÕES PENAL E ADMINISTRATIVA EM CRIMES TRIBUTÁRIOS” - avalia as implicações da concepção de independência de instâncias no que se refere à possibilidade de cumulação de sanções administrativas e penais para o mesmo fato, sob a perspectiva do princípio do ne bis in idem, a fim de demonstrar que, no campo dos crimes tributários, há uma administrativização do Direito Penal, que deixa de ser aplicado como ultima ratio e passa a assumir a função de braço de apoio da Administração.

“O ARTIGO 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMO MECANISMO DE CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA”, de autoria de Bruno Dadalto Bellini e Sergio De Oliveira Medici, discute o tema da Justiça Penal Consensual, a qual, no entender dos autores, propicia o restabelecimento da pacificação social, fomentando um maior índice de cumprimento da pena.

No artigo intitulado “DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NOS CASOS DE DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA: A SEGREGAÇÃO COMO MEIO DE COMBATE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER”, Mell Mota Cardoso Conte e Murilo Justino Barcelos discutem a necessidade da segregação nos casos de descumprimento de Medidas Protetivas no âmbito da Violência Doméstica contra a mulher.

Roger Lopes da Silva avalia a viabilidade da aplicação do acordo de não persecução penal estabelecido no artigo 28-A do Código de Processo Penal nos crimes de organização criminosa no âmbito do artigo intitulado “O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A VIABILIDADE DE APLICAÇÃO NO CRIME DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA”.

Ythalo Frota Loureiro, por sua vez, aborda a adoção, pela legislação brasileira, do “Modelo de Protocolo Latino-Americano de Investigação das Mortes Violentas de Mulheres por Razões de Gênero (femicídio/feminicídio)” no artigo “FEMINICÍDIO E SEUS PROTOCOLOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL”

O texto “LEI Nº 13.968/19: REFLEXÕES ACERCA DO CRIME DE INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO AO SUICÍDIO OU À AUTOMUTILAÇÃO”, de Thiago Gomes Viana, analisa as profundas alterações promovidas pela Lei nº 13.968/19 no art. 122, do Código Penal brasileiro, explorando os conceitos relativos ao suicídio e à automutilação, bem como os dados empíricos de sua ocorrência.

O texto “DO POSITIVISMO À SOCIOLOGIA DO BEM JURÍDICO PENAL: UMA ATUALIZAÇÃO CENTRADA NA CONSTRUÇÃO DA ORDEM PÚBLICA FUNDADA EM UMA DIMENSÃO CIDADÃ ATIVA”, de Claudio Alberto Gabriel Guimaraes e Davi Uruçu Rego, propõe uma melhor configuração teórica do que seja um bem jurídico penal que, em razão de tal qualidade, seja merecedor de proteção através do sistema formal de controle social e, por via de consequência, pelo Direito Penal.

Carlos Henrique Meneghel De Almeida e Daniel Ferreira De Melo Belchior, no artigo intitulado “QUESTÃO DE PROVA: O DIREITO PROBATÓRIO NAS AÇÕES DE HABEAS CORPUS E MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL NO PROCESSO PENAL”, analisam como se comporta o direito probatório nas ações autônomas de impugnação de habeas corpus e de mandado de segurança contra ato judicial no processo penal.

O artigo “ATIVISMO JUDICIAL E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO CASO ADO 26 E MI 4733”, de Amanda Greff Escobar e Willde Pereira Sobral, debruça-se sobre a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e no Mandado de Injunção nº 4733, sobre a criminalização da homofobia no Brasil, avaliando a expansão da atuação judicial frente às disposições da Constituição Federal de 1988 e confrontando a decisão judicial e o princípio constitucional da legalidade estrita (reserva legal), de observância obrigatória na criminalização de condutas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

“AS TEORIAS DA PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA RESPOSTA SEGUNDO AS CONJECTURAS DO DIREITO PENALLIBERTÁRIO”, escrito por Marcos Paulo Andrade Bianchini e Felipe de Almeida Campos, analisa qual teoria das finalidades da pena é mais consentânea com o paradigma do Estado Democrático de Direito segundo a ótica do Direito Penal Libertário.

Carlos Eduardo Barreiros Rebelo e Luciana Silva Ramalho, em “CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA DETRAÇÃO E AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO”, discutem o cabimento ou não do instituto da detração penal nos casos de condenações finais a penas restritivas de direitos de réus que permaneceram todo o processo ou até mesmo parte dele em liberdade, porém cumprindo cautelares alternativas.

“A EXCLUSÃO DA ILICITUDE E OS LIMITES DA DISPOSIÇÃO DO DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA NA ATIVIDADE DE DESPORTO”, de autoria de Lya Maria de Loiola Melo, Lia Mara Silva Alves e Francisco Clayton Brito Junior, questiona os limites da renúncia à integridade física no contexto desportivo.

Dani Rudnicki e Ana Carolina da Luz Proença realizam uma reflexão sobre a sexualidade e a importância da visita íntima no sistema prisional, discorrendo sobre a relação entre as mulheres visitantes, seus companheiros e a instituição prisional, no artigo “A SEXUALIDADE NO SISTEMA PRISIONAL: VISITA ÍNTIMA NO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE”.

Por fim, no artigo “A POSSIBILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL” Marcello Doria Costa e Carlos Alberto Menezes refletem sobre como a Justiça Restaurativa pode ser aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente na persecução penal de crimes contra a ordem tributária, estabelecendo-se critérios e procedimentos específicos.

O(a) leitor(a), por certo, perceberá que os textos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos(as) autores(as) na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação ao texto constitucional e às demandas da contemporaneidade, dentro de um modelo integrado de Ciências Criminais.

Tenham todos(as) ótima leitura, é o que desejam os organizadores!

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ/UNISINOS

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso De Jesus – CEUMA/UEMA

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA DETRAÇÃO E AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO.

CONSIDERATIONS ABOUT THE INSTITUTE OF "DETRAÇÃO" AND RESTRICTIVE PENALTIES.

Carlos Eduardo Barreiros Rebelo [1]
Luciana Silva Ramalho [2]

Resumo

Este artigo pretende apresentar uma análise do cabimento ou não do instituto da detração penal nos casos de condenações finais a penas restritivas de direitos de réus que permaneceram todo o processo ou até mesmo parte dele em liberdade, porém cumprindo cautelares alternativas.

Palavras-chave: Detração, Penas restritivas de direito, Cautelares alternativas

Abstract/Resumen/Résumé

This article intends to present an analysis of the appropriateness or not of the institute of criminal offense in cases of final convictions to restrictive penalties of defendants rights that remained the whole process or even part of it at liberty, while complying with precautionary alternatives.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Detraction, Restrictive penalties of law, Alternative precautions

[1] Doutorando em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor Assistente da Universidade Candido Mendes e Professor Auxiliar do IBMEC/RJ. Advogado Criminal.

[2] Mestre em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Candido Mendes. Graduada em Direito pela Universidade Candido Mendes. Professora Assistente da Universidade Candido Mendes e Professora Auxiliar do IBMEC/RJ. Advogada Criminal

Introdução

O instituto da Detração Penal, previsto pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 3º do Decreto nº 774, de 20 de setembro de 1890, hoje consagrado no artigo 42 do Código Penal, estabelece a possibilidade de abatimento, na pena privativa de liberdade, do tempo em que o condenado esteve preso cautelarmente durante o processo. O dispositivo legal também contempla instituto para o caso de imposição de medida de segurança.

A doutrina sempre admitiu a possibilidade de detração na pena restritiva de direitos imposta com o trânsito em julgado da condenação, do período de prisão cautelar.

Neste sentido, vale trazer o entendimento de Paulo Queiroz:

> Não obstante a lei faça referência à pena privativa de liberdade, dando a entender que somente incide nessa modalidade de pena, em verdade, a detração deve ser também aplicada às penas restritivas de direito. Por isso que se o agente ficou preso em flagrante durante dois meses e vem a ser condenado a prestação de serviços à comunidade por doze meses, terá que prestar serviços por dez meses apenas. Não fosse assim, dar-se-ia uma inversão do princípio da proporcionalidade: penas mais brandas teriam um tratamento mais rigoroso, é dizer, condenados em tese mais perigosos teriam um tratamento mais suave. Também por esse motivo é de se admitir a detração inclusive quando houver aplicação de pena de multa, substitutiva ou autonomamente, para reduzir a quantidade de dias-multa. (QUEIROZ, 2008, p. 365)

O questionamento que ora se pretende enfrentar é acerca do cabimento ou não da detração penal nos casos de condenações finais a penas restritivas de direitos de réus que passaram o processo inteiro ou parte dele em liberdade, mas cumprindo cautelares alternativas.

As cautelares alternativas foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 2011, por força da Lei nº 12.403, que alterou o texto do artigo 319 do Código de Processo Penal, admitindo a substituição da prisão cautelar por uma série de medidas que serão analisadas mais à frente.

Uma vez que tais medidas representam inequivocamente o cerceamento de direitos daquele que responde a uma ação penal, surge a indagação acerca da possibilidade ou não de ser descontado, na pena restritiva de direitos imposta ao condenado ao término da ação penal, o tempo em que ele esteve cumprindo as restrições de natureza cautelar a ele impostas em substituição à pena de prisão.

A semelhança entre as cautelares do artigo 319 do Código de Processo Penal e as penas restritivas direitos é, inclusive, destacada por Renato Brasileiro e Lima:

> Como se pode perceber pela leitura dos incisos do artigo 319 do CPP, não se trata de medidas desconhecidas da legislação penal e processual penal, porquanto, em sua grande parte, tais medidas já são previstas como penas

> restritivas de direitos ou como condições para a suspensão condicional da pena. (LIMA, 2011, p. 1425)

Para solucionar essa dúvida, faz-se necessário discorrer sobre os institutos.

1. Da Detração Penal

Etimologicamente, a palavra detração decorre da palavra detrair, que significa desvalorizar o mérito, a importância de (HOUAISS, 2015, p. 332).

Em apartada síntese, é isso que o instituto faz com a pena privativa de liberdade imposta após o trânsito em julgado, na medida em que subtrai dela a quantidade de pena que o condenado já teria cumprido a título cautelar durante o processo.

As hipóteses que admitem a prisão no curso do processo e que, diante do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, possuem caráter cautelar são três: prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva.

A prisão em flagrante está prevista nos artigos 301 e seguintes do Código de Processo Penal. Ela se caracteriza por não ter um prazo determinado para a sua duração, mas é certo que o artigo 310 estabelece que tão logo receba os autos da prisão em flagrante, a autoridade judicial deve decidir pelo seu relaxamento (caso a prisão seja ilegal); pela sua conversão em prisão preventiva, caso presentes os requisitos para tanto ou conceder ao preso a liberdade provisória com ou sem o arbitramento de fiança.

A prisão temporária está prevista na Lei nº 7960/89, sendo certo que o seu artigo 1º estabelece as hipóteses nas quais ela será admitida. Diferentemente da prisão em flagrante, a prisão temporária tem prazo certo de duração, estabelecido pelo artigo 2º, que é de 5 dias prorrogáveis por mais 5 em caso de extrema e comprovada necessidade.

No ano de 1990, com o advento da Lei nº 8072, que trata dos crimes hediondos, passou-se a admitir que para tais crimes a prisão temporária pudesse ter a duração de 30 dias prorrogáveis por mais 30, também em caso de necessidade, nos termos do § 4º do artigo 2º da lei.

Além das duas anteriores, também integra a lista das prisões cautelares a prisão preventiva. Encontra-se prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal e pode ser decretada com base em quatro fundamentos, quais sejam: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal.

Por ter motivos determinantes, a prisão preventiva tem a sua duração atrelada à demonstração, por parte da defesa, de que não mais subsistem as razões que podem ter determinado a sua decretação. Não são raros os casos em que o acusado passa o processo inteiro

preso preventivamente, o que, sem dúvida, faz com que se perceba nesta modalidade de prisão cautelar, uma verdadeira antecipação de pena.

Todo esse tempo que o acusado pode ficar preso durante a instrução processual deve ser abatido da pena final imposta, seja ela privativa de liberdade ou mesmo restritiva de direitos.

Até 2011, a detração penal deveria ser empreendida pelo juízo da execução. No entanto, com o advento da Lei nº 12.736/2012, responsável pela inclusão do § 2º do artigo 387 do CPP, a detração deve ser feita pelo próprio juízo do qual emanou o decreto condenatório. A esse respeito vale trazer a lição de Cleber Masson:

> Agora, a detração penal é matéria de competência do juiz de 1ª instância (ou do Tribunal), a ser reconhecida na fase de conhecimento, e não somente na esfera de execução. Exemplificativamente, se o acusado permaneceu preso preventivamente durante 1 ano, e ao final do processo foi condenado à pena de 9 (nove) anos de reclusão, o magistrado deverá aplicar a detração na própria sentença, fixando o regime inicial semiaberto para início de cumprimento da pena privativa de liberdade, correspondente ao restante da pena (8 anos), e não o regime fechado, relativo ao total da pena imposta. O legislador consagrou, explicitamente, o princípio segundo o qual 'pena cumprida é pena extinta'. (MASSON, 2016, p. 706)

A partir do momento em que será competência do juiz do qual emanou o decreto condenatório a análise da detração, a questão objeto do presente estudo ganha ainda mais relevo, diante do fato de que também terá sido ele a aplicar as cautelares alternativas, podendo perfeitamente analisar o cabimento ou não da detração em relação à pena restritiva de direitos ao final imposta.

A respeito das cautelares, como já mencionado acima, no ano de 2011 o legislador houve por bem incluí-las, como forma de obstar a decretação da medida extrema, consistente na imposição da privação da liberdade a alguém. Passemos agora a analisar quais são essas medidas cautelares alternativas à prisão.

2. Cautelares alternativas à prisão – artigo 319 do Código de Processo Penal

A Lei nº 12.403/2011 alterou o Código de Processo Penal e passou a prever no artigo 319 do CPP uma série de medidas de caráter cautelar que têm por escopo evitar a segregação da liberdade do agente. A despeito de possuir natureza diversa da prisão, não se pode perder de vista que a imposição das cautelares deve ter por parâmetro a possibilidade de ser decretada a prisão do agente, ou seja, as cautelares alternativas só serão impostas para aqueles casos em que se vislumbre a possibilidade de decretação da prisão, mas que o magistrado perceba que

pode evita-la, através da imposição de cautelares. Nesse sentido, vale trazer a lição de Aury Lopes Júnior:

> Importante sublinhar que não se trata de usar tais medidas quando não estiverem presentes os fundamentos da prisão preventiva. Nada disso. São medidas cautelares e, portanto, exigem a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, não podendo, sem eles, serem impostas. Inclusive, se durante uma prisão preventiva desaparecer completamente o requisito e/ou fundamento, deve o agente ser libertado sem a imposição de qualquer medida alternativa. Em tese, se alguém foi preso, por exemplo, para a tutela da prova, uma vez que essa foi colhida, deverá o juiz conceder a liberdade plena, pois desapareceu o fundamento da prisão preventiva.
> A medida alternativa somente deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, mas, em razão da proporcionalidade, houver outra restrição menos onerosa que sirva para tutelar aquela situação. (LOPES JR, 2014, p. 878)

Percebe-se, assim, a estreita relação que possuem as medidas cautelares alternativas à prisão e a própria prisão de natureza cautelar. Esta relação não é diferente daquela existente entre a prisão em razão de sentença condenatória transitada em julgado e as penas restritivas de direitos que podem ser aplicadas em substituição.

Como será visto a seguir, as cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal são dotadas de evidente natureza de restrição de direitos daqueles a quem são impostas, sendo certo que isto resta mais evidenciado em umas do que em outras, dotadas de maior restrição àquele que as recebe.

2.1. comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar suas atividades;

Amplamente aplicada, esta cautelar não se assemelha às modalidades de penas restritivas de direitos previstas no artigo 43 do Código Penal, apesar de representar, de forma inequívoca, a imposição de uma obrigação limitadora ao acusado, por trazer uma imposição positiva.

Por não indicar de forma categórica a periodicidade do comparecimento, ou seja, se será mensal, semanal ou diário, ficará a critério do juiz a definição do intervalo de tempo entre um comparecimento e outro. O mais usual é que a imposição se dê de forma mensal, determinando que o acusado compareça uma vez por mês em juízo, alcançando, assim, a finalidade de controle a que se destina.

O comparecimento mensal deve, no entanto, se dar de forma a não comprometer a atividade laboral desempenhada pelo acusado. Nesse sentido, vale trazer mais uma vez a lição de Aury Lopes:

> Esse comparecimento periódico também deve atentar para o horário da jornada de trabalho do imputado, de modo a não prejudica-la. Toda medida cautelar deve pautar-se pela menor danosidade possível, inclusive no que tange à estigmatização social do imputado.
> 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. (LOPES JR, 2014, p. 881)

2.2. 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;

Ao analisar a cautelar acima, Eugenio Pacelli de Oliveira assim dispõe:

> A segunda cautelar, atinente à proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, que tanto poderá impedir a prática de novas infrações, quanto se mostrar conveniente para a investigação ou para a instrução, explica-se por si mesma, conquanto não se ofereça, nela mesma, instrumentos adequados para a fiscalização do cumprimento da medida. (OLIVEIRA, 2015, p. 697)

Esta cautelar representa, concretamente, uma antecipação de pena restritiva de direitos, na medida em que ela vem prevista no artigo 47 do Código Penal como um dos exemplos de interdição temporária de direitos, insculpido no inciso IV do artigo em questão, que trata do instituto, posto que o acusado fica proibido de frequentar lugares, o que se revela uma flagrante interdição a um direito.

Daí surge o primeiro questionamento: Será que o acusado ao qual foi estipulada a cautelar em tela, que passou meses cumprindo a restrição imposta poderá, em caso de condenação final a pena restritiva de direitos, descontar o tempo em que esteve solto cumprindo tal medida?

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

Apesar de não estar listada no rol do artigo 44 nem tampouco do artigo 47, não se pode retirar desta cautelar um evidente condão de restrição de direitos, uma vez que restringe as pessoas com as quais o acusado pode ter contato.

Não resta dúvida que, diante das circunstâncias do caso concreto, esta cautelar pode ser imperiosa no que tange à obtenção de provas ou mesmo para evitar constrangimento de testemunhas. O que também parece alheio a dúvidas é o fato de que, em razão da sua natureza

restritiva, subsiste o questionamento acerca da possibilidade ou não de aplicar a detração em caso de condenação final a pena restritiva de direitos.

2.4. proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

Esta limitação de caráter cautelar, que impede que o acusado deixe a comarca, apresenta idêntica característica restritiva de direitos enfrentada na análise do item 2.2, por proibir o agente de frequentar lugares, sendo, no entanto, ainda mais grave, na medida em que não determina quais sejam, ou seja, é uma restrição para lugares indeterminados!

A despeito da observação acima, merece comentário o fato de a redação do dispositivo ser, no mínimo, inconsistente, uma vez que se faz desnecessária a manutenção do acusado na comarca com o fito de proteger a investigação ou instrução, diante do fato de que o acusado pode permanecer calado durante todos os atos processuais. Melhor seria que a redação do dispositivo previsse a referida cautelar com o escopo de garantir a aplicação da lei penal em caso de eventual condenação.

2.5. recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado tenha residência e trabalho fixos;

O caráter de restrição de direitos na cautelar acima é evidente, por impedir que o agente frequente lugares que funcionem à noite, tais como bares e boates, o que se assemelha à análise feita nos itens 2.2 e 2.4, mas pode ser ainda mais grave, uma vez que poderá fazer com que o agente fique impedido de exercer uma profissão, nos casos em que o acusado trabalhe durante a noite em estabelecimentos comerciais ou não, atingindo as hipóteses elencadas nos incisos II (proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público) e IV (proibição de frequentar determinados lugares) do artigo 47 do Código Penal, que descreve os casos de interdição temporária de direitos como pena restritiva.

Apesar de guardar semelhanças com o instituto da prisão domiciliar, prevista nos artigos 317 e 318 do Código de Processo Penal, estamos diante de institutos bastante diversos, como menciona Aury Lopes ao citar Rogério Schietti:

> A primeira, explica SCHIETTI, aproxima-se mais de uma espécie de prisão preventiva atenuada, impondo ao imputado o dever de manter-se dentro de sua residência (salvo autorização judicial); enquanto a segunda é uma modalidade menos gravosa de manter alguém em regime de liberdade parcial,

> permitindo-lhe que trabalhe durante o dia, recolhendo-se ao domicílio apenas à noite ou nos períodos de folga. (CRUZ, 2006, p. 161; APUD LOPES JR, 2014, p. 886.)

2.6. 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;

Mais uma vez estamos diante de uma cautelar que possui evidente característica de restrição de direitos, por mostrar-se idêntica ao estabelecido no inciso I do artigo 47 do Código Penal que, como dito acima, descreve modalidades de interdição temporária de direitos, especificamente para a proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública.

A flagrante natureza de restrição de direitos faz com que seja possível indagar até mesmo a constitucionalidade da medida, por configurar verdadeira antecipação de pena. A esse respeito, Aury Lopes preconiza:

> Recordemos que o sistema cautelar brasileiro não consagra um prazo máximo de duração das medidas, conduzindo a resultados gravíssimos para o imputado, que se vê submetido, por prazo indeterminado, a severas restrições de direitos fundamentais. O inciso em tela bem evidencia o imenso problema desta indeterminação temporal, pois a suspensão do exercício de função pública e, mais grave ainda, da atividade de natureza econômica ou financeira, poderá representar uma antecipação de pena e, principalmente, a morte econômica de pessoas e empresas por um lento processo de asfixia. (LOPES JR, 2014, p. 887)

2.7. 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;

Esta cautelar apresenta caráter ainda mais restritivo, por representar uma imposição prévia de medida de segurança ao acusado.

Revela-se paradoxal, uma vez que se os peritos concluíram ser o acusado inimputável, estaremos diante de uma causa de exclusão da culpabilidade, que conduzirá, no caso de inimputabilidade, à ausência de crime, ensejando a prolação de uma sentença absolutória imprópria e a consequente imposição de medida de segurança e não de pena.

A própria redação do dispositivo conduz à necessidade de verificação de requisitos para a sua imposição, quais sejam: crime praticado com violência ou grave ameaça (não deixando claro se apenas à pessoa ou também contra a coisa); inimputabilidade ou semi-imputabilidade diagnosticadas por perícia e risco de reiteração criminosa.

No que diz respeito ao semi-imputável, descrito no parágrafo único do artigo 26 do Código Penal, a internação é medida extrema, o que significa dizer que a sua imposição cautelar ao acusado com diagnóstico de semi-imputabilidade se revela como uma imposição patente de restrição ao seu direito de locomoção.

2.8. 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;

Desde a criação do instituto da liberdade provisória sem fiança, a fiança continuava a existir muito mais do ponto de vista teórico do que prático, diante da pouca incidência de sua aplicação, ao menos em juízo.

A cautelar insculpida no inciso VIII do artigo 319 do CPP houve por bem dar novo ânimo ao instituto, posto que trouxe hipótese de cabimento não contemplada anteriormente e que tem feito os juízes a ela recorrerem de maneira mais frequente.

Nessa cautelar especificamente, a natureza de restrição de direitos não se revela de modo claro, por não se assemelhar à prestação pecuniária e nem tampouco à restritiva de perda de bens e valores, pois a fiança poderá ser restituída ao acusado em caso de absolvição, fato que não ocorre em relação às restritivas mencionadas.

2.9. monitoração eletrônica.

De todas as medidas de natureza cautelar alternativas à prisão, o monitoramento eletrônico foi a mais inovadora, uma vez que não havia paralelo em nosso ordenamento jurídico (LOPES JR, 2014, p. 890).[1]

A cautelar que submete o acusado ao monitoramento eletrônico reveste-se de caráter de extrema gravidade, pois impõe um controle absoluto sobre os passos dele, sendo patente a restrição ao direito de ir e vir do acusado. Percebe-se, ainda, que a monitoração permite, por via de consequência, o controle de outras medidas cautelares já vistas, tais como a proibição de

[1] Em função disso, vale trazer à colação a análise histórica do instituto desenvolvida por Aury Lopes: *"O monitoramento eletrônico é um dispositivo antigo, desenvolvido na década de 60 pelo psicólogo americano Robert Schwitzgebel, já com a finalidade de controle de pessoas envolvidas com crimes e consistia em um bloco de bateria e um transmissor, capaz de emitir sinal para um receptor. Em 1977, o juiz de Albuquerque, Novo México, Jack Love, inspirado por um episódio da série homem-aranha, convenceu um perito em eletrônica a desenvolver um dispositivo similar de monitoramento, tendo utilizado, pela primeira vez em 1983, quando condenou o primeiro réu a usar o monitoramento eletrônico. No final da década de 80, o monitoramento já estava sendo utilizado por outros presos e popularizou-se na década de 90 (em que já havia mais de 95.000 presos monitorados)."*

frequentar determinados lugares e a proibição de ausentar-se da comarca, não havendo vedação expressa à aplicação cumulativa delas.

É evidente, portanto, que a imposição da monitoração possui um caráter de pena restritiva de direitos, constituindo-se em uma interdição temporária, nos moldes do artigo 47 do CP.

Da análise feita acerca das nove cautelares alternativas à prisão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal decorre a certeza de que se não todas elas, a esmagadora maioria possui um viés de pena restritiva de direitos, o que permite a reflexão acerca da possibilidade de aplicação, por analogia, do instituto da detração penal para o caso de a pena privativa de liberdade imposta ao final da instrução ser substituída por pena restritiva de direitos.

Acerca das Penas restritivas de direitos, cabe fazer uma breve digressão.

3. Penas restritivas de direitos

As penas restritivas de direitos foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro em 1984, com o advento da Lei nº 7.209, que procedeu à reforma de toda Parte Geral do Código Penal. As hipóteses de incidência foram bastante ampliadas com o advento da Lei nº 9.714 de 25 de novembro de 1998.

Previstas entre os artigos 43 e 49 do Código Penal, possuem como suas principais características a autonomia e a substitutividade. Da característica da substitutividade decorre o fato de que não existe, como regra[2], no ordenamento jurídico pátrio, a previsão de penas restritivas de direitos de forma independente, como preceito secundário dos crimes. Este fato faz com que o juiz obrigatoriamente proceda à aplicação de uma pena privativa de liberdade e, a partir do preenchimento dos requisitos previstos no artigo 44, substitua a pena imposta por restrição de direitos ao agente.

Na lição de Juarez Cirino dos Santos, a pena restritiva de direitos possui um caráter tríplice:

> As penas restritivas de direitos possuem tríplice caráter (arts. 44, incisos e parágrafos, e 54, CP): a) são autônomas, como espécie independente de pena, existente ao lado das penas privativas de liberdade e da pena de multa, cuja

[2]A característica da substitutividade sofreu mitigação no ano de 2006, com o advento da Lei nº 11.343, que passou a regulamentar a questão das drogas ilícitas em substituição à Lei anterior (6.368/76). Na Lei nova, o crime de uso de drogas passou a ser previsto no artigo 28 e trouxe, como únicas penas aplicáveis, a advertência sobre os efeitos das drogas; a prestação de serviços à comunidade e a obrigação de frequentar a cursos e palestras sobre drogas. Esta inovação fez com que, na época, se discutisse acerca de se teria ou não havido a descriminalização do uso, na medida em que o artigo 1º da Lei de introdução ao Código penal, ao conceituar crime, determina que nele deva ser cominada pena de reclusão ou detenção, fato que não ocorreu no crime sob análise.

> execução extingue a pena privativa de liberdade; b) são substitutivas, porque aplicáveis como alternativas da pena privativa de liberdade aplicada (a única exceção é a interdição de direitos nos crimes com violação de deveres de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, em que a pena restritiva de direitos atua como autêntica pena acessória); c) são reversíveis, porque admitem, em determinadas hipóteses, reaplicação da pena privativa de liberdade substituída, como garantia de eficácia da pena restritiva de direitos aplicada. (SANTOS, 2006, p. 532)

Dentre os requisitos para que possa a pena privativa de liberdade ser substituída por penas restritivas de direitos encontram-se:

a) A pena privativa de liberdade imposta não pode ser superior a 4 anos;

b) O crime não pode ser cometido com violência ou grave ameaça à pessoa;

c) O agente não pode ser reincidente em crime doloso[3] e

d) A culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que a substituição seja suficiente.

Cabe destacar que o requisito objetivo referente à quantidade máxima de pena fixada em 4 anos para que ocorra a substituição não se aplica para os crimes culposos, pois para eles a substituição não precisa ficar adstrita à referida quantidade. Cumpre salientar, no entanto, que o ordenamento jurídico não contempla casos de crimes culposos para os quais a pena exceda a quatro anos, ficando essa observação válida quando se tratar de hipótese de concurso de crimes.

No que diz respeito à exigência de que o crime não seja cometido com violência ou grave ameaça, na prática tem sido aplicada a substituição para delitos como lesões corporais leves, constrangimento e ameaça, em razão da caracterização de tais crimes como infrações de menor potencial ofensivo, cuja competência de julgamento é do Juizado Especial Criminal. Neste sentido cabe trazer a lição de Paulo César Busato:

> O entendimento a respeito da exigência de ausência de violência ou grave ameaça à pessoa para a admissibilidade da suspensão é no sentido de permitir a substituição em casos de crimes de lesões corporais, constrangimento ilegal e de ameaça. Acontece que estes, embora contem com a situação de violência ou grave ameaça à pessoa, são considerados crimes de menor potencial ofensivo. (BUSATO, 2013, p. 837)

Uma vez preenchidos os requisitos, o Juiz procederá à substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, que terá a mesma duração da pena substituída.

[3]Este requisito, previsto no inciso II do artigo 44 é relativizado pelo §3º do mesmo artigo, que estabelece que se o agente não for reincidente específico, ou seja, não possuir condenação anterior pelo mesmo crime e o juiz entender que a medida seja socialmente recomendável, poderá substituir a pena a despeito da reincidência.

Conforme mencionado por Juarez Cirino dos Santos, caso o condenado descumpra a restrição de direitos imposta, poderá sofrer a reversão, ou seja, poderá ser instado a cumprir a privativa de liberdade.

Com relação às modalidades de penas restritivas de direitos previstas no Código Penal, o artigo 43 trata de listar todas elas, quais sejam: prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

O rol do artigo 43 do CP, de acordo com entendimento doutrinário, é taxativo. Neste sentido vale trazer a lição de Cleber Masson:

> Esse rol é exaustivo. Portanto, não pode o magistrado, no caso concreto, criar outra espécie de pena alternativa." (MASSON, 2016, p. 774)

O escopo do presente trabalho é demonstrar que as medidas cautelares alternativas à prisão possuem uma natureza semelhante às penas restritivas de direitos e que, a partir daí, poder-se-ia pensar na aplicação, por analogia, do instituto da detração penal.

Tal possibilidade restaria mais evidenciada quando a pena privativa de liberdade imposta ao réu em caráter definitivo fosse substituída por pena restritiva de direitos e ele tivesse passado toda a instrução processual cumprindo as cautelares alternativas.

A análise das penas restritivas de direitos vai se ater àquela que demonstra maior semelhança com as cautelares alternativas, qual seja, a interdição temporária de direitos.

A interdição temporária de direitos é regulamentada pelo artigo 47 do Código Penal, que trata das suas modalidades, quais sejam:

I - Proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;

II - Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;

III - Suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo;

IV - Proibição de frequentar determinados lugares e

V - Proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos.

Da lista disposta acima, percebe-se que muitas delas possuem coincidência com as cautelares alternativas à prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, notadamente as dispostas nos incisos I, II e III do artigo 47 do CP, comparadas com as cautelares dos incisos II, III, IV e V do artigo 319 do CPP.

A analogia como instituto utilizado na interpretação das normas tem a sua admissibilidade condicionada à verificação de alguma lacuna situada no direito positivo, capaz de ser suprida sem a necessidade de outra norma jurídica, a partir da aplicação integrativa de dispositivos legais e principiológicos.

Em matéria penal, a analogia é um instituto que fica condicionado à verificação de que o seu emprego terá favorecido o réu, sendo vedada a sua utilização em desfavor do acusado. Acerca da analogia em direito penal, cabe trazer a lição de Mayer, em citação de Juarez Cirino:

> Essa teoria remonta à lição de MAYER, hoje generalizada na literatura penal, que definiu as bases da analogia proibida e da analogia permitida em Direito Penal: a) a analogia in *malan partem* – compreensiva da analogia *praepter legem* e da analogia *contra legem* -, é absolutamente proibida pelo Direito Penal: a subsunção de ações ou de omissão de ações nos tipos legais e a aplicação ou agravação de sanções penais em casos concretos excluem a analogia em todas as hipóteses; b) a analogia in *bonam partem* – a chamada analogia *intra legem* – é permitida pelo princípio da legalidade, sem nenhuma restrição: nas justificações de ações típicas, nas exculpações de ações típicas e antijurídicas e em qualquer outra hipótese de extinção ou de redução da punibilidade do comportamento humano. (MAYER, 1915, p. 27; APUD SANTOS, 2006, p. 64)

Portanto, a partir do momento em que o emprego da analogia na hipótese aqui destacada poderá, de forma inequívoca, servir para reduzir a punibilidade do comportamento, a partir da ideia de que o acusado já terá durante a instrução cumprido a título de cautelar alternativa a totalidade ou ao menos parte da pena restritiva de direitos à qual poderá ser submetido em caso de substituição, não há razão para não se poder, por analogia, detrair o tempo cumprido.

O que não deve acontecer, a partir de tal admissibilidade, é a postura de alguns juízes em não aplicarem a substituição da prisão por cautelares, sob o argumento nefasto de que a detração seria um efeito colateral negativo, como foi dito pelo Juiz Sergio Moro, ao proferir sentença condenatória contra executivo de uma construtora e determinar a retirada da tornozeleira eletrônica que estava usando. Este foi o fundamento trazido em sua fundamentação para a revogação da cautelar substitutiva, e, bem citado por Camile Eltz de Lima em artigo intitulado "O problema da detração penal nas medidas cautelares alternativas à prisão: das lacunas aos descontos possíveis", publicado no Boletim do IBCCRIM n.º 283, de junho de 2016:

> tem ela o efeito colateral negativo de propiciar a futura detração da pena e a manutenção do recolhimento domiciliar por período recursal ainda incerto

> pode levar na prática a que o condenado cumpra toda a pena privativa de liberdade em recolhimento domiciliar.[4]

Conclusão

O presente trabalho teve o objetivo de fazer uma digressão acerca dos institutos da detração penal, das cautelares alternativas à prisão, bem como das penas restritivas de direitos, com o foco em demonstrar a perfeita viabilidade de se proceder à detração, por analogia, do tempo em que o acusado esteve solto cumprindo cautelares alternativas à prisão, ao tempo que ele terá que cumprir de pena restritiva de direitos, em caso de condenação à pena privativa de liberdade substituída.

A conclusão em sentido afirmativo decorre justamente de se analisar que os institutos são perfeitamente compatíveis. A partir do momento em que a prisão cautelar possibilita ao condenado o desconto do tempo de prisão no curso do processo da pena definitiva, seja ela restritiva de direitos, seja ela privativa de liberdade, não parece existir razoabilidade para se impedir o fenômeno da detração nas hipóteses em que o magistrado tiver deixado de aplicar a segregação cautelar, mas em seu lugar tiver imposto alguma (s) cautelar (es) alternativa (s) e, ao final da instrução, aplicar ao réu uma pena restritiva de direitos em substituição à privação da liberdade.

O objeto de análise aqui se limitou à possibilidade de detração no caso de substituição da pena final por pena restritiva de direitos, por estarmos diante de sanções de natureza semelhantes, seja em caráter cautelar, seja em caráter definitivo. Não se enfrentou a hipótese de essa detração poder ser aplicada mesmo quando a condenação final for a pena privativa de liberdade, ainda que do ponto de vista teórico não seja absurdo pensar em seu cabimento.

[4]Sentença proferida em 03.11.2015 pelo Exmo. Juiz Federal 13.ªVara Federal de Curitiba/PR, nos autos da Ação Penal 5083401-18.2014.4.04.7000/PR. Apud LIMA, Camile Eltz de. "O problema da detração penal nas medidas cautelares alternativas à prisão: das lacunas aos descontos possíveis" – Boletim do IBCCRIM n.º 283, Junho de 2016.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**, 6ª ed. rev. atual e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro, II, II.** 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**, 21ª ed. rev. atual e ampl., São Paulo: Saraiva, 2015.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**, São Paulo: Atlas, 2013.

JAKOBS, GÜNTHER. **Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación**, 2ª ed., Madrid: Marcial Pons, 1997.

LIMA, Camile Eltz de. "**O problema da detração penal nas medidas cautelares alternativas à prisão: das lacunas aos descontos possíveis**" – Boletim do IBCCRIM n.º 283, Junho de 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal, vol. 1**, Niterói, RJ: Impetus, 2011.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado**, Parte Geral, vol. 1, 10ª ed. rev. atual e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de Processo Penal**, 19ª ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli; FISHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**, 7ª ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2015.

Pequeno dicionário Houaiss da língua portuguesa. Instituto Antônio Houaiss de lexicografia. 1ª. ed., São Paulo: Moderna, 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, parte geral: arts. 1º a 120**, 8ª ed. rev. atual e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal Parte Geral**. Rio de Janeiro. *Lumen Juris* Editora, 4ª ed., 2008.

ROXIN, Claus. **La Teoría Del Delito en La Discusión Actual**, Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**, Curitiba: ICPC; *Lumen Juris*, 2006.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**, 3ª ed., Salvador: Jus Podivm, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.