

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

DETRAÇÃO DA PENA E SUA APLICABILIDADE EM FACE DA LEI
N.12.403/2011

Orientadora: Ms. Jaqueline José Silva Oliveira

Orientanda: Andréia F. J. Silva

RUBIATABA

2012

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO

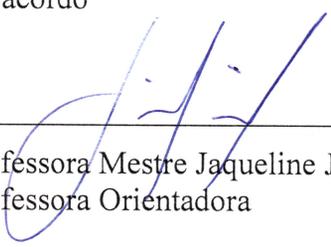


ANDRÉIA DE FÁTIMA DE JESUS SILVA

DETRAÇÃO DA PENA E SUA APLICABILIDADE EM FACE DA LEI
N.12.403/2011

Monografia apresentada à FACER – Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação da Professora Mestra Jaqueline J. S. Oliveira.

De acordo



Professora Mestre Jaqueline José S. Oliveira
Professora Orientadora

9-39684

Tombo nº	19234
Classif:	
Ex:	1
Origem:	dl
Data:	06-03-13

RUBIATABA

2012

FOLHA DE APROVAÇÃO

ANDRÉIA DE FÁTIMA DE JESUS SILVA

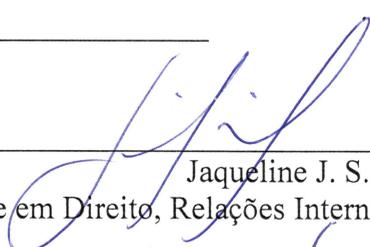
**DETRAÇÃO DA PENA E SUA APLICABILIDADE EM FACE DA
LEI N. 12.403/2011**

COMISSÃO JULGADORA

**MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA**

RESULTADO: _____

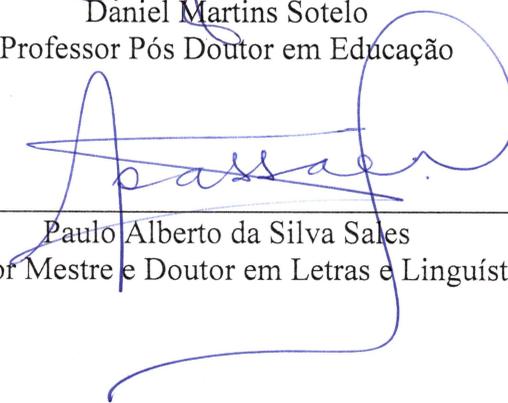
Orientadora: _____


Jaqueline J. S. Oliveira
Professora Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento Econômico.

1º Examinador: _____


Daniel Martins Sotelo
Professor Pós Doutor em Educação

2º Examinador: _____


Paulo Alberto da Silva Sales
Professor Mestre e Doutor em Letras e Linguísticas

RUBIATABA

2012

DEDICATÓRIA

Dedico essa monografia às pessoas que sempre estiveram ao meu lado pelos caminhos da vida, me acompanhando, apoiando e principalmente acreditando em mim. A minha amada mãe Eduarda pela vida, apoio, dedicação nas horas mais difíceis da minha vida! A minha filha Larissa Sthefany, menina escolhida por Deus, que sempre está ao meu lado, sendo minha fortaleza, motivos de minhas alegrias e sonhos! Dedico também a três pessoas que sempre foram e serão exemplos de caráter e dignidade: meu pai João Domingos da Silva (In memoriam), meu irmão Valdir da Costa Silva (In memoriam), e a minha amiga Weslaine Rejane de Oliveira (In memoriam), que esteve sempre presente na minha vida e permanecerá eternamente em nossas lembranças e, principalmente em nossos corações. Vocês são muito especiais para mim.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus que iluminou o meu caminho durante esta caminhada.

Durante estes cinco anos muitas pessoas participaram da minha vida. Algumas já de longas datas, outras mais recentemente. Dentre estas algumas que se tornaram muito especiais, cada uma ao seu modo, seja academicamente ou pessoalmente; e seria difícil não mencioná-las.

Agradeço à minha orientadora Ms. Jaqueline José de Oliveira que dedicou muito do seu tempo me orientando. Obrigada pelos ensinamentos, atenção, incentivo da pesquisa, amizade e dedicação ao longo deste período. A todos os meus professores que são os maiores responsáveis por eu estar concluindo esta etapa da minha vida, compartilhando a cada dia os seus conhecimentos conosco, que me ensinaram que por mais que achamos que o nosso conhecimento já está bem profundo, estamos enganados pois o conhecimento é algo que está sempre se renovando. Aos meus colegas de turma que, além de se tornarem amigos me ensinaram a conviver com pessoas diferentes a mim.

À minha mãe Eduarda que sempre acreditou em mim, à minha filha Larissa Sthefany razão do meu viver, às minhas irmãs, aos meus familiares por me ajudarem, direta ou indiretamente, nesta minha etapa. A todos os meus amigos (as), e em especial a Dra. Nalim e ao Dr. Pedro Dutra, que sempre estarão em meu coração. E às minhas amigas de faculdade as quais tenho muito apreço: Fernanda Oliveira uma jóia preciosa que jamais encontrarei em outro lugar, que faz parte da minha vida, Eloenia Mota, Gessica Sainça, Larissa Araujo, Caroline Marçal, Renata Madureira, Leticia Morelli (In memoriam). Nunca me esquecerei de vocês.

Obrigada a todos vocês por participarem desta minha etapa, pois direta, ou indiretamente me fizeram crescer.

*“A justiça é o vínculo das sociedades humanas;
as leis emanadas de justiça são a alma de um
povo”.*

(Juan Vives)

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E SÍMBOLOS.

Art. = Artigo

Apud = citado por

CF = Constituição Federal

Cons. = Conselheiro

CP = Código Penal

CPC = Código de Processo Civil

CPP = Código de Processo Penal

D. = Dom ou Dona

Dec. = Decreto

JECRIM = Juizado Especial Criminal

LEP = Lei de Execução Penal

Rol = Lista, catálogo, relação;

STF = Supremo Tribunal Federal

TJ= Tribunal de Justiça

nº. ou n. = número

§ = parágrafo

RESUMO: O presente trabalho aborda o instituto da detração penal, que permite descontar da pena em definitivo o período cumprido no decurso do processo, discutindo sobre a possibilidade de sua aplicação nas penas restritivas de direitos e nas medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal Brasileiro, cumpridas no decurso da persecução, tendo em vista a inexistência de previsão legal expressa para tais situações.

Palavras-chave: Detração. Penas restritivas de direitos e medidas cautelares. Aplicabilidade.

ABSTRACT: This paper addresses the institution of criminal detraction, which allows discounting the penalty in the final period completed during the procedure, discussing the possibility of its application in penalties restricting rights and the precautionary measures provided for in art. 319 of the Brazilian Code of Criminal Procedure, met during the prosecution, in view of the absence of express legal provision for such situations.

Keywords: Detraction. Penalties restricting rights and protective measures. Applicability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCESSO PENAL BRASILEIRO E O INSTITUTO DA DETRAÇÃO PENAL	13
1.1 Esboço Histórico do Processo Penal Brasileiro	13
1.1.1 Constituição de 1824	16
1.1.2 Constituição de 1891	19
1.1.3 Regulamento 737	21
1.1.4 O atual Código de Processo Penal Brasileiro	22
1.1.5 Reforma Processual Penal	23
1.2 Detração Penal	25
1.2.1 Conceito	25
1.2.2 Esboço Histórico da Detração Penal	26
1.2.3 Aplicação	31
2. A NOVA LEI DE PRISÕES E MEDIDAS CAUTELARES E AS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO	35
2.1 Considerações Iniciais Sobre a Lei n. 12.403/11	35
2.2 Principais Alterações Inseridas no Código de Processo Penal Brasileiro	39
2.2.1 Breves Considerações Iniciais Acerca das Medidas Cautelares	39
2.3 Das Alterações no Código de Processo Penal Brasileiro	42
2.3.1 Das Medidas Cautelares	42
2.3.2 Das Prisões	47
3. A CONVERSÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE EM PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO	53
3.1 Das Penas	53
3.2 Penas Privativas de Liberdade	59
3.3 Das Penas Restritivas de Direitos	63
3.4 Da Substituição das Penas	68
4. A DETRAÇÃO PENAL ATINENTE AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS E AO CUMPRIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO	72
4.1 Considerações Acerca da Detração e da Alteração Inserida pela Lei n.12.736/2012	72
4.2 Das Divergentes Correntes Doutrinárias	75
CONSIDERAÇÕES FINAIS	80
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	82

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar a detração penal em face das alterações introduzidas pela nova Lei n. 12.403/11, que entrou em vigor no dia 04 do mês de junho de 2011, após uma *vacatio legis* de 60 (sessenta) dias.

Através deste estudo, pretende-se abordar as importantes alterações no Código de Processo Penal, principalmente em relação às Prisões Cautelares, a Liberdade Provisória e às Medidas Cautelares Restritivas e sua aplicabilidade no que tange a detração penal.

Como objetivo geral, o presente trabalho busca comparar as correntes doutrinárias mais recentes, de forma a analisar as alterações do diploma legal da Lei n. 12.403/11 no que tange a observação e aplicação do Instituto da Detração da pena. Como objetivos específicos, o presente trabalho científico pretende abordar as importantes alterações no Código de Processo Penal, principalmente, em relação à Prisão Cautelar, a Liberdade Provisória e às Medidas Cautelares; analisar a substituição das penas privativas de liberdades por restritivas de direitos; verificar como se dá a aplicabilidade da detração da pena em face da nova lei de prisões e medidas cautelares em casos de penas restritivas de direitos.

A pesquisa será feita em quatro capítulos. O primeiro abordará o Processo Penal Brasileiro através de um esboço histórico pontual; procura-se conhecer os regramentos que o antecederam e suas peculiaridades até a formulação do código atual. Além disso, será peça de estudo do referido capítulo o instituto da detração penal, conceito esboço histórico e aplicação. O segundo, fala das alterações inseridas pela Lei n. 12.403/2011 no CPP, ou seja, da nova Lei de prisões e medidas cautelares, almeja-se traçar o contexto de sua criação, objetivo e motivos, bem como, abordar as principais alterações inseridas pela nova lei no Código de Processo Penal Brasileiro, especialmente acerca das medidas cautelares e prisões.

No terceiro, a abordagem é sobre a conversão das penas restritivas de liberdade em restritivas de direitos, além do mais, serão analisadas as penas em geral, conceito e principais características, consecutivamente o estudo compreenderá as penas restritivas de liberdade, as penas restritivas de direitos e por fim quais os requisitos para a realização da conversão de

penas. O quarto capítulo limita-se a conhecer os principais temas doutrinários acerca da aplicação da detração penal nos casos de sentenças que venham a impor penas restritivas de direitos e casos de cumprimento de medidas cautelares durante a persecução criminal, tendo em vista que, tanto o CPP quanto a Nova Lei de Prisões e Medidas Cautelares são omissos quanto à detração nestes casos.

Foram utilizadas como metodologia no desenvolvimento do presente trabalho, pesquisas bibliográficas em livros, revistas, jornais, material de internet inseridos em sites jurídicos e na legislação brasileira, tudo relacionado ao tema proposto. Dessa forma, são analisados diversos posicionamentos acerca do tema. A pesquisa bibliográfica que norteia o presente estudo, conforme dispõe Lakatos e Marconi (2001, p. 132) e o Método-Dedutivo, “o método que parte de um problema, ao qual se oferecesse uma espécie de solução provisória, uma teoria-tentativa, passando-se depois a criticar a solução, com vista à eliminação do erro”. O tipo de monografia utilizada na confecção deste trabalho é a de compilação. Segundo Vanderlei: “a monografia de compilação é aquela que congrega o pensamento de diversos autores que tratam de um mesmo tema. Como envolvem diversas opiniões sobre um único propósito, esse tipo de trabalho exige muita dedicação do graduando, pois, para desenvolvê-la, é necessário consulta a muitas fontes bibliográficas, de vários escritores, uma vez que a sua finalidade é identificar os pontos de vista de cada um deles, organizá-los adequadamente segundo as coincidências ou contradições percebidas e, posteriormente, apresentar as conclusões, clara e objetivamente”.

As obras apresentadas na bibliografia são utilizadas como referência para ampliar o conhecimento sobre o tema proposto, foi de suma importância para compreensão do tema, e em função disso, vale destacar alguns doutrinadores que foram citados, como por exemplo, Antonio C. Araujo Cintra, Ada P. Grinover, Candido Dinamarco, Cezar Roberto Bitencourt, Damásio E. de Jesus, Edilson Mougenot Bonfim, Fernando Capez, Guilherme de Souza Nucci, Luiz Henrique Medeiros Dias, Pedro Henrique Santana Pereira, Rogério Greco.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCESSO PENAL BRASILEIRO E O INSTITUTO DA DETRAÇÃO PENAL¹

No presente capítulo, realizar-se-á uma breve abordagem sobre o Processo Penal Brasileiro através de um pontual esboço histórico, procurando conhecer os regramentos que o antecederam e suas peculiaridades até a formulação do código atual.

Outrossim, será objeto de estudo o instituto da detração da pena, visa-se conhecer os principais elementos deste instituto, conceito e aplicação dentro do ordenamento pátrio na atualidade.

1.1 Esboço Histórico do Processo Penal Brasileiro

Inicialmente, cumpre esclarecer, como será mais amplamente delineado a seguir, que segundo a doutrina pátria, o processo penal era regulado pelas Ordenações Filipinas, e posteriormente, em 1832² ocorreu a edição do Código de Processo Criminal do Império, culminando em uma lenta e gradual evolução para a formação do atual Código de Processo Penal Brasileiro.

Como se nota da lição de Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p. 111)³ o Brasil herdou um sistema jurídico que já era estabelecido em Portugal. O primeiro foi o Código Afonsino, o mais avançado de sua época, regulamentava assuntos da administração do Estado e representava bem o ideal de centralização do poder.

¹ Detração Penal: é o cômputo, na pena de liberdade e na medida de segurança, do tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em hospital de custódia e tratamento ou estabelecimento similar. CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Volume I. Parte Geral. 16ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2012. Pagina 428.

² NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso Completo de Processo Penal. 11ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

³ CINTRA, Antonio C. Araujo, GRINOVER, Ada P., DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

Neste sentido, Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p. 111-112)⁴, afirmam, ainda, que:

A conquista da independência política não levou o Brasil a rejeição em bloco a legislação lusitana, cuja continuidade foi assegurada pelo decreto de 20 de outubro de 1823, em tudo que contrariasse a soberania nacional e regime brasileiro. Assim, o país herdava de Portugal as normas processuais contidas nas Ordenações Filipinas e em algumas leis extravagantes posteriores.

As Ordenações Filipinas, promulgadas por Felipe I em 1603, foram grandes codificações portuguesas, precedidas pelas Ordenações Manuelinas (1521) e pelas Afonsinas (1456), cujas fontes principais foram o direito romano e o direito canônico, além das leis gerais elaboradas desde o reinado de Afonso II, de concordatas celebradas entre reis de Portugal e autoridades eclesiásticas, das Sete Partidas de Castela, de antigos costumes nacionais e dos foros locais.

Por conseguinte, Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p. 111-112)⁵, sobre tal questão, ainda, esclarecem a importância das legislações Portuguesas no caminhar do nosso país para o desenvolvimento dos seus regramentos, *in verbis*:

Em seu L. III, as Ordenações Filipinas disciplinaram o processo civil, dominado pelo princípio dispositivo e movimentado apenas pelo impulso das partes, cujo procedimento, em forma escrita, se desenrolava através de fases rigidamente distintas. O processo criminal, juntamente com o próprio direito penal, era regulado pelo tenebroso L. V das Ordenações, que admitia o tormento, a tortura as mutilações, as mascas de fogo, os açoites, o degredo e outras praticas desumanas e irracionais, manifestamente incompatíveis com o grau de civilização já então atingido no Brasil, varias décadas depois da publicação da humanitária obra mestra de Beccaria.

Em consonância a estas lições, Leite (2006)⁶, esclarece que as aludidas Ordenações Filipinas, tiveram vigência por um período de 200 anos, e o livro V refletia o direito penal da época, disciplinava as regras penais e processuais no Brasil. Esclarece também, acerca da

⁴ CINTRA, Antonio C. Araujo, GRINOVER, Ada P., DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26^a Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

⁵ CINTRA, Antonio C. Araujo, GRINOVER, Ada P., DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26^a Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

⁶ LEITE, Gisele. Breves considerações sobre a história do processo penal brasileiro e habeas corpus. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, no 197. Inserido em 23/09/2006. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1560>> Acesso em: 11 de novembro de 2012, às 15:00 hrs.

pena de prisão, a qual era pouco aplicada, e em seu lugar eram mais utilizados castigos corporais, mutilações, tortura e marcas de fogo.

Destarte, importante ressaltar a lição de Marques (1961, p.89), e PINHO, (1973, p.8) *apud* Nogueira (2000, p. 02 e 03)⁷, sobre as Ordenações do Reino:

Quando o Brasil foi descoberto (22-04-1500) estavam em vigor em Portugal as Ordenações Afonsinas, em honra de Afonso V, que foram publicadas em 1446 e vigoraram até 1520. As Ordenações Afonsinas estavam divididas em cinco livros, sendo que o primeiro tratava do direito administrativo; o segundo, do direito eclesiástico; o terceiro, do processo civil; o quarto, do direito civil e comercial; e o quinto livro, do direito penal e processo penal, notando-se neste, segundo magistério do professor Frederico Marques, “a decisiva influência do direito canônico e de seu procedimento inquisitorial”. Em 1521, no reinado de D. Manuel, o Venturoso, nova codificação foi empreendida. Esse rei, para alguns, teria mandado compilar as Ordenações Afonsinas “tão-só por validade de ligar seu nome a um Código”, mas Ruy Rabelo Pinto é de opinião que as Ordenações Manuelinas “tiveram a finalidade precípua de consolidar o direito português, que, a partir das leis afonsinas, se modifica em vários pontos substanciais”. O Código Manuelino foi o primeiro código impresso na Europa e vigorou até 1603, sendo que no seu Livro V estava disciplinado o direito e o processo penal. Com a batalha de Alcácer Quiber (14-8-1578), travada entre portugueses e mouros, em Marrocos, morre o rei D. Sebastião, de Portugal, sem deixar descendentes, passando o trono português a ser ocupado, dois anos depois, pelo rei de Castela, Felipe II, que mandou promulgar, em 1603, as Ordenações Filipinas, que vigoraram até 1830 (200 anos). Mesmo depois que Portugal se livrou do domínio espanhol, em 1640, o rei D. João VI promulgou uma lei (1643) mantendo as Ordenações Filipinas em vigor.

Como visto, nas lições do aludido doutrinador, Ordenações Filipinas, Manuelinas e Afonsinas, aparentemente, exerciam grande influência no Direito Romano e Canônico, bem como, nas leis gerais elaboradas desde o Reinado de Afonso II, de concordatas celebradas entre reis de Portugal e autoridades eclesiásticas, das Sete Partidas de Castela, de antigos costumes nacionais e dos foros locais.

Conforme Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p. 111-112)⁸ defronte à esse panorama, justificava-se plenamente a primeira e uma das maiores preocupações com o direito penal e o processo penal. A Constituição de 1824, que foi outorgada por Dom Pedro I,

⁷ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso Completo de Processo Penal.. 11ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

⁸ CINTRA, Antonio C. Araujo, GRINOVER, Ada P., DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

em 25 de março do mesmo ano, não somente estabeleceu alguns cânones fundamentais sobre a matéria, como a proibição de prender e conservar alguém preso sem prévia culpa formada e a abolição imediata dos açoites, da tortura, da marca de ferro quente e de todas as demais penas cruéis, como também determinou que se elaborasse, com urgência, “um Código-Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade”.

O artigo 179⁹ da Constituição Imperial de 1824¹⁰, estabelecia a inviolabilidade de direitos, atinentes a liberdade, segurança individual e a propriedade, bem como, estabelecia um início do que hoje conhece-se como princípio da presunção de inocência e o mais interessante ao presente estudo, determina a organização de um código civil e criminal, com a recomendação de ser arraigado nas bases sólidas da equidade.

Como alinhavado acima, vê-se que o artigo 179 da Constituição Imperial de 1824¹¹, simbolizou um avanço considerável na direção do pleno reconhecimento dos direitos humanos bem como na construção de princípios como o da presunção de inocência e equidade, e, principalmente, foi um dos marcos da criação de um Código Civil próprio.

1.1.1 Constituição de 1824

Segundo Mirabete (2001, p. 38)¹², no decorrer do iluminismo na segunda metade do século XVIII, se inicia o chamado *período humanitário do Direito Penal*. O objetivo é a humanização da Justiça, procurando-se conciliar a legislação penal com as exigências da

⁹Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as. (...)XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis.(...).

¹⁰Brasil. Constituição Política do Imperio do Brazil de 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 10 de novembro de 2012 às 20:45 hrs.

¹¹ Brasil. Constituição Política do Império do Brazil de 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 10-12- 2012 às 17:19 hs.

¹² MIRABETE, Julio Fabbini. Manual de Direito Penal. 17ª Edição. Parte Geral. São Paulo. Editora Atlas S.A 2001.

justiça e os princípios de humanidade. Montesquieu¹³ elogiava a instituição do Ministério Público, que fazia desaparecer delatores; Beccaria¹⁴ condena a tortura, os juízos de Deus, o testemunho secreto, preconiza a admissão em Juízo de todas as provas, investe contra a prisão preventiva sem prova da existência do crime e de sua autoria. Voltaire censura a lei que obriga o juiz a portar-se não como magistrado mas como inimigo do acusado.¹⁵

Nogueira (2000, p. 4)¹⁶ afirma em sua obra que “em 1764 surge o famoso livro *Dos Delitos e Das Penas*¹⁷, de Cesar Beccaria, que denunciava as crueldades.” Beccaria pregou sobre a igualdade entre os criminosos, pois os nobres eram tratados com benevolências, e era contra as torturas nos tribunais para obter provas.

Beccaria (1999, p. 66)¹⁸ traz lições sobre a finalidade da tortura aplicada aos acusados:

A tortura aplica-se para descobrir se o réu cometeu outros delitos além daqueles de que é acusado, o que equivale ao seguinte raciocínio: Tu és culpado deste delito; é possível que o sejas de o cem outros delitos; esta duvida me oprime e quero certificar-me com meu próprio critério da

¹³ CHARLES DE MONTESQUIEU foi um importante filósofo, político e escritor francês. Nasceu em 18 de janeiro de 1689, na cidade de Bordeaux (França). É considerado um dos grandes filósofos do Iluminismo. Fonte: <http://www.suapesquisa.com/biografias/montesquieu.htm>. Acesso em 10-12-2012 às 17:29 hs.

¹⁴ CESARE BONESANA, o marquês de Beccaria, nasceu em 1738, em Milão. Formou-se em Direito na Universidade de Parma, em 1738. Mas também se interessou pela literatura e filosofia. Filósofos políticos como Montesquieu influenciaram o pensamento de Beccaria. Foi um dos fundadores da sociedade literária formada em Milão, responsável por divulgar os novos princípios da filosofia francesa. Para divulgar na Itália essas novas ideias, Beccaria foi um dos redatores do II Café, entre 1764 e 1765. Pensador também na sua área, a do Direito, Beccaria foi o primeiro a questionar a tradição jurídica e a legislação penal de sua época. Denunciou inúmeros julgamentos secretos, torturas para conseguir provas de crime e a prática de confiscar os bens do condenado. Lançou a tese de igualdade perante a lei dos criminosos que cometem o mesmo crime. Foi consagrado por suas ideias, tendo a aprovação de grandes nomes Voltaire, Diderot e Hume. Além disso, suas teses influenciaram mudanças na legislação da época. Sua obra mais importante é “*Dos delitos e das penas*”, sendo usada até hoje para compreender a história do Direito. Disponível em : http://pensador.uol.com.br/autor/cesare_beccaria/biografia/. Acesso em: 14-12-2012 às 20:47 hrs.

¹⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 17ª Edição. Parte Geral. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

¹⁶ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso Completo de Processo Penal. 11ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

¹⁷ DOS DELITOS E DAS PENAS, é uma obra que se insere no movimento filosófico e humanitário da segunda metade do século XVIII. Na época havia se espalhado a tese de que as penas constituíam uma espécie de vingança coletiva. Essa concepção havia induzido à aplicação de punições de conseqüências muito superiores e mais terríveis que os males produzidos pelos delitos. Esbanjava-se a prática de torturas, penas de morte, prisões desumanas, banimentos, acusações secretas. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5690. Acesso em: 12-12-2012 às 00:44 hrs.

¹⁸ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. 2ª Edição Revista. Tradução: CRETELLA Jr. e Agnes CRETELLA. São Paulo. Editora dos Tribunais, 1999.

verdade; as leis torturam-te porque és culpado, porque podes ser culpado, porque quero que sejas culpado.

Cesar Beccaria, segundo as lições de Greco (2011, p. 123)¹⁹, trouxe novas ideias a respeito das penas, as quais ocasionaram indignação em alguns pensadores que não mais aceitavam a maneira como os seres humanos estavam sendo tratados pelos seus iguais. A partir daí nasceu um novo pensamento, o qual acarretou em grandes mudanças no sistema de punição até então adotado.

Nos ensinamentos de Lenza (2011, p. 95)²⁰, vê-se que a invasão de Portugal pelas tropas napoleônicas que forçaram a transferência da Família Real Portuguesa para o Brasil e posteriormente a Revolução do Porto, tiveram importante papel para que colaborou para que D. Pedro fosse coroado e fosse declarada a Independência do Brasil com a consequente criação de uma legislação própria:

As tropas napoleônicas ocuparam as terras portuguesas em 1808, e a Família Real Portuguesa se transfere para o Brasil, passando a colônia a ser designada Reino Unido a Algarves. Em decorrência da Revolução do Porto, o Rei dom João VI, rei de Portugal, retorna a Lisboa em abril de 1821, deixando no Brasil D. Pedro de Alcântara, Príncipe Real do Reino Unido e Regente Brasileiro (seu filho com a imperatriz D. Carlota Joaquina).

Segundo Leite (2006)²¹, “aos 7 de setembro de 1822, após ter declarado a Independência do Brasil, tratou-se de dotar uma legislação própria; mas antes que isso ocorresse, D. Pedro I, por lei de 1823, ordenou que continuasse aplicando as Ordenações Filipinas”.

Por conseguinte, Leite (2006)²² afirma que em meados de Março de 1824, foi outorgada a Constituição do Império do Brasil e foi, dentre todas, a que durou mais tempo,

¹⁹GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011.

²⁰LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

²¹LEITE, Gisele. Breves considerações sobre a história do processo penal brasileiro e habeas corpus. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, no 197. Inserido em 23/09/2006. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1560>> Acesso em 10 de novembro de 2012, as 16:00 hrs.

²²LEITE, Gisele. Breves considerações sobre a história do processo penal brasileiro e habeas corpus. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, no 197. Inserido em 23/09/2006. Disponível em:

tendo sofrido considerável influência da francesa de 1814. Foi marcada por forte centralismo administrativo e político, tendo em vista a figura do Poder Moderador, constitucionalizado, e também por unitarismo e absolutismo.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p.112)²³ citam em sua obra que:

Obedecendo a determinação Constitucional foi preparado e sancionado pelo decreto de 16 de dezembro de 1830 o Código Criminal do Império, resultado de um trabalho legislativo de grande valor. A partir daí houve a necessidade de substituir leis esparsas e fragmentárias de processo penal por um novo corpo legislativo adequado à aplicação da recente codificação penal, promulgando-se o nosso primeiro “ Código de Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da justiça civil.

Em seguida Nogueira (2000, p. 5)²⁴, “Em 1832 surgiu o primeiro Código de Processo Criminal do Brasil, sendo previsto o *habeas corpus*”. O Código de Processo Criminal seguindo o código Criminal distinguia os modos de proceder para os crimes públicos e para os particulares.

Deste modo a inteligência dos artigos acima transcritos, leva a compreensão de que esse Código oferecia muitas garantias de defesa aos acusados, e valorizava os juízes, conferindo-lhes algumas importantes funções.

1.1.2 Constituição de 1891

A Constituição de 1891 começou a ser criada em 1890 e foi promulgada em 24 de fevereiro de 1891, e com um Brasil já republicano trouxe em seu bojo, o federalismo e a descentralização do poder, ela vigorou por toda República Velha. Seus principais autores foram: Prudente de Moraes e Rui Barbosa. Ela foi inspirada pela Constituição dos Estados

<<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1560>> Acesso em 10 de novembro de 2012, as 16:00 hrs..

²³CINTRA, Antonio C. Araujo, GRINOVER, Ada P., DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26ª Edição. São Paulo, Editora Malheiros. 2010.

²⁴ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso Completo de Processo Penal. 11ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

Unidos. Com isto, surgiu a possibilidade de cada Estado ter seu próprio Código de Processo Penal.

Sobre este tema, esclarece Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p.114)²⁵:

Com a Constituição de 1891 consagrou-se, a par da dualidade de Justiça – Justiça Federal e Justiças Estaduais – a dualidades de processos, com a divisão do poder de legislar sobre direito processual entre a União Federal e os Estados. Elaborou-se, portanto, de um lado, a Higinio Duarte Pereira, foi aprovada pelo dec. N. 3.084, de 5 de novembro de 1898; de outro lado, iniciaram-se aos poucos os trabalhos de preparação dos Códigos de Processo Civil e dos Códigos de Processo Criminal estaduais, na maioria presos ao figurino federal.

Conforme a lição de Leite (2006)²⁶, alguns Estados como: Rio de Janeiro, Maranhão, Rio Grande do Sul, Amazonas e outros criam suas próprias leis processuais.

De acordo com Freitas (2005, p. 42) *apud*, (Tourinho Filho, v.I, p.165)²⁷:

[...] através da constituição de 1891, outorgou-se competência aos Estados-membros para a elaboração de códigos processuais estaduais, tendo apenas uma pequena parte deles editado seu próprio diploma processual. Com a Constituição de 1934 houve a determinação de nova unificação processual, abolindo-se a prerrogativa dos Estados, sendo que em 1941, por meio do Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro, editou-se o atual Código de Processo Penal, de cunho e aplicabilidade nacional.

Desta feita, ante as lições acima, vê-se que a Proclamação da República, a Constituição de 24 de fevereiro de 1891, estabeleceu uma forma federativa, instituindo não só a dualidade de justiça- a da União e a dos Estados, como também a dualidade de processos, ficando assim cada Estado autorizado a organizar a sua própria justiça e a legislar sobre o processo e enquanto isso, continuavam a utilizar o Regulamento 737, de 1850.

²⁵ CINTRA, Antonio C. Araujo, GRINOVER, Ada P., DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26^a Edição. São Paulo. Editora Malheiros. 2010.

²⁶ LEITE, Gisele. Breves considerações sobre a história do processo penal brasileiro e habeas corpus. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, no 197. Inserido em 23/09/2006. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1560>> Acesso em: 11 nov. 2012, as 15:00hrs.

²⁷ FREITAS, Sabino Aldo. Direito Processual Penal. Goiânia: Editora IEPC, 2005.

1.1.3 Regulamento 737

Em 1850, depois de sancionado o Código Comercial ocorreu a edição do código processual elaborado no Brasil: o famoso Regulamento 737²⁸, de 25 de novembro daquele mesmo ano, destinado, nos termos do art. 27 do título único que completava o Código do Comércio, a "determinar a ordem do juízo no processo comercial".

Nesse sentido Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p.113)²⁹

O regulamento 737 dividiu os processualistas. Foi considerado "um atentado da falta de cultura jurídica, no campo do direito processual, da época em que foi elaborado"; e foi elogiado como "o mais alto e mais notável monumento legislativo do Brasil, porventura o mais notável código de processo até hoje publicado na América". Na realidade, examinado serenamente em sua própria perspectiva histórica o Regulamento 737 é notável do ponto-de-vista da técnica processual, especialmente no que toca à economia e simplicidade do procedimento.

Anos mais tarde, em virtude de prolongada campanha, restabelecia-se, através da lei n. 2. 033, de 20 de setembro de 1871 (regulada pelo dec. n. 4.824, de 22.11.71), a mesma orientação liberal do antigo Código de Processo Criminal do Império.

Convém ressaltar que conforme Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p.113)³⁰ inúmeras foram as Leis modificativas das Ordenanças, o Governo, em setembro de 1871, encarregou o Cons. Antonio Joaquim Ribas, de reuni-los, para que contivesse toda a legislação relativa ao processo civil. Em virtude da resolução imperial de 28 de dezembro de 1876, a Consolidação das leis do Processo Civil, feita por Ribas, obteve força de lei. Dividia-se em duas partes: a primeira era relativa à Organização Judiciária e a segunda à forma do processo.

²⁸ BRASIL. Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do juízo no processo comercial. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm > Acesso em 20 de novembro de 2012, às 16:24 hrs.

²⁹ CINTRA, Antonio C. Araujo, GRINOVER, Ada P., DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26ª Edição. São Paulo, Editora Malheiros, 2010.

³⁰ CINTRA, Antonio C. Araujo, GRINOVER, Ada P., DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

1.1.4 O atual Código de Processo Penal Brasileiro

A respeito do atual Código de Processo Penal Brasileiro, Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p. 114), afirmam que através do Dec. nº 3.869, de 3 de outubro de 1941, instituiu-se o vigente Código de Processo Penal para entrar em vigor em 1º de janeiro de 1942:

[...] com a competência da União para legislar sobre processo, ditada constitucionalmente em 1934, tornou-se necessária a preparação de novos Códigos de Processo Civil e Penal; tendo o governo organizado comissões de juristas encarregados daquela tarefa.

Em face de divergência urgidas na comissão encarregada de preparar um anteprojeto de Código de Processo Civil, um de seus membros, o advogado Pedro Batista Martins, apresentou um trabalho se sua lavra. Foi esse trabalho que, depois de revisto pelo então Ministro da Justiça, Francisco Campos, por Guilherme Estellita e por Abgar Renalt, transformou-se no Código de Processo Civil de 1839. Serviram-lhe de paradigma os Códigos da Áustria, da Alemanha e de Portugal; adotou o princípio da oralidade, tal como característica por Chiovend, com algumas concessões é tradição, notadamente no que diz respeito ao sistema de recurso e à multiplicação de procedimentos especiais. Instituiu-se o vigente Código de Processo Penal através do dec. nº 3.869, de 3 de outubro de 1941, para entrar em vigor em 1º de janeiro de 1942. Esse Código baseou-se no projeto elaborado por Vieira Braga, Nélon Hungria, Narcélio Queiroz, Roberto Lyra, Florêncio de Abreu e Cândido Mendes de Almeida.

Desta feita, os ensinamentos alinhavados acima, levam a compreensão de que o vigente Código de Processo Penal, teve por base o projeto elaborado por Narcélio Queiroz, Florêncio de Abreu, Nélon Hungria, Cândido Mendes de Almeida, Roberto Lyra e Vieira Braga.

O Código de Processo Penal Brasileiro³¹ compõe-se de seis livros. O primeiro trata do processo em geral, o segundo dos processos em espécies, o terceiro das nulidades e dos recursos em geral, o quarto da execução penal, o quinto das relações jurisdicionais com autoridades estrangeiras e o sexto das disposições gerais.

³¹ Brasil. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em 11 de Nov. de 2012, às 23:29 hs.

1.1.5 Reforma Processual Penal

O projeto n. 1.655/83³², de Código de Processo Penal apresentado ao Congresso Nacional, como se verá a seguir, acompanha em muitos pontos o Projeto José Frederico Marques, refletido, em sua sistemática e estruturação, as modernas tendências doutrinárias do processo. Seus autores quiseram criar um estatuto que obedecesse às exigências científicas da atualidade, até em termos de teoria geral do processo.

De acordo com Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p. 119)³³, vê-se que são pontos importantes do projeto a simplificação de procedimentos, a instituição do rito sumaríssimo, a dignificação do Ministério Público, dentre outros:

São pontos altos do projeto, entre outros, a simplificação dos procedimentos, principalmente nos crimes da competência do tribunal do júri; a instituição do rito sumaríssimo, o julgamento conforme o estado do processo e o saneamento deste; a racionalização em matérias de nulidades de recursos, a dignificação da função do Ministério Público. Mas seu principal defeito consiste em não inovar em profundidade, mantendo substancialmente a estrutura inadequada e morosa do processo penal vigente e deixando de enfrentar problemas momentosos, facilmente solucionáveis pela moderna técnica processual-penal. Principalmente em face de posição expressamente assumida pela Constituição de 1988 acerca de muitos desses pontos, o projeto está hoje completamente desatualizado. Por isso é que a partir de 1993 novos estudos foram empreendidos pela comissão ministerial e da Escola Superior de Magistratura, culminando nos projetos de lei nº 4.895, 4.896, 4.897, 4.897, 4.898, 4.989, 4.899 e 4.900 da Câmara dos Deputados, todos de 1995. Como visto, um projeto foi transformado em lei (lei nº 9.271, de 17.04.96, dando no a redação ao art. 366 do CPP), sendo os demais retirados pelo Executivo para aperfeiçoamentos. A nova comissão, constituída em fins de 1999 pelo Ministro José Carlos Dias e confirmada pelo Ministro José Gregório, apresentou em dezembro de 2000 os sete anteprojetos.

Cumpram observar nos ensinamentos de Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p.121)³⁴ que os anteprojetos, embora setoriais, tratam eles dos seguintes temas: investigação criminal;

³² CINTRA, Antonio C. Araujo, GRINOVER, Ada P., DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2010.

³³ CINTRA, Antonio C. Araujo, GRINOVER, Ada P., DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros. 2010.

³⁴ CINTRA, Antonio C. Araujo, GRINOVER, Ada P., DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

procedimentos, suspensão do processo e efeitos da sentença penal condenatória; provas; interrogatório do acusado e defesa efetiva; prisão, medidas cautelares e liberdade; júri; recursos e ações de impugnações.

Ainda de acordo com Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p.120)³⁵:

A estes se acrescentou mais um anteprojeto sobre prisão especial. O Executivo encaminhou ao Congresso Nacional os oito projetos, que tomaram os números de 4.203 a 4.210 de 2001. O último, sobre a prisão especial, tramitou em regime de urgência e foi convertido na Lei nº10.258, de 11 de julho de 2001. Os demais encontram-se com o Relator, Deputado Abi-Ackel. O espírito da reforma resiste, de um lado, na agilização, simplificação e desburocratização do processo penal e, de outro, na rigorosa observância das garantias constitucionais. Efetividade do processo e garantismos são, assim, os valores informados da reforma proposta, que, para tanto, se serve da técnica do modelo acusatório, aderindo às novas tendências do processo penal, consagradas no Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América.

Além das inovações trazidas pelos anteprojotos citados anteriormente, existiram também as Leis que modificaram o Código de Processo Penal Brasileiro. Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p.128 - 134)³⁶:

A lei n. 4.611, de 2 de abril de 1965; a lei n. 5.349, de 3 de novembro de 1967; a lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977; Lei de Execução Penal (lei n. 7.210, de 1.7.84); a Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990; Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990; Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990; Lei n. 8.701, de 1º de setembro de 1993; Lei n. 8.862, de 28 de março de 1994; Lei n. 9.033, de 2 maio de 1995; Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; Lei n. 9.043, de 9 de maio de 1995; Lei n. 9.046, de 18 de maio de 1995; Lei n. 9.061, de 14 de junho de 1995; Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995; Lei n. 9.113, de 16 de outubro de 1995; Lei n. 9.268, de 1º de abril de 1996; Lei n. 9.271, de 17 de abril de 1996; Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996; Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997; Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997; Lei n. 9.520, de 27 de novembro de 1997; Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; Lei n. 9.613, de 1º de março de 1998; Lei n. 9.839, de 27 de setembro de 1999; Lei complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2000; Lei n.10.054, de 7 de dezembro 2000; Lei n. 10.217, de 11 de abril de 2001; Lei n. 10.258, de 11

³⁵ CINTRA, Antonio C. Araujo, GRINOVER, Ada P., DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

³⁶ CINTRA, Antonio C. Araujo, GRINOVER, Ada P., DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

de julho de 2001; Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001; Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002; Lei n. 10.446, de 8 de maio de 2002; Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002; Lei n. 10.695, de 1º de julho de 2003; Lei n. 10.732, de 5 de setembro de setembro de 2003; Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003; Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005; Lei n.11.113, de 13 de maio de 2005; Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006; a Lei n. 11.435, de 28 de dezembro de 2006; a Lei n. 11.449, de 15 de janeiro de 2007; a lei n. 11.466, de 28 de março de 2007; a Lei n. 11.596, de 29 de novembro de 2007; a Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008; a Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008; a Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008; a Lei n. 11.900, de 8 de janeiro de 2009; a Lei n. 11.942, de 28 de maio de 2009; a Lei n. 12.405, de 7 de agosto de 2009; a Lei n. 12.019, de 21 de agosto de 2009; a Lei n. 12.033, de 29 de setembro de 2009; a Lei n. 12.037, de 1º de outubro de 2009; a Lei n. 12.121, de 15 de dezembro de 2009; e por fim a Lei n. 12.403/11. (ver anexo "A").

Pode-se observar pelas lições apresentadas neste tópico a evolução do Processo Penal Brasileiro em suas diversas fases, a forma atual deste regramento, bem como, os pontos mais relevantes do projeto de alteração em andamento.

1.2 Detração Penal

Ver-se-á a seguir os principais aspectos atinentes ao instituto da Detração penal, conceitos e aplicação, tendo em vista a importância de tais informações para a compreensão do tema central do presente trabalho, que trata, essencialmente, deste instituto ante a nova realidade implementada pela Lei n. 12.403/11.

1.2.1 Conceito

Segundo Nucci (2006, p. 389)³⁷, a detração penal é o desconto do tempo de prisão ou internação provisória na pena privativa de liberdade, ao início de seu cumprimento, *in verbis*:

Detração é a contagem no tempo da pena privativa de liberdade e da medida de segurança de período em que ficou detido o condenado em prisão provisória, no Brasil ou no exterior, de prisão administrativa ou mesmo de internação em hospital de custódia e tratamento.

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza; Manual de Direito Penal. Parte Geral. Parte Especial. 2ª Edição, Revista atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais. Edição 2006.

Coaduna-se a estas lições, Dotti (2002)³⁸, com as seguintes afirmações:

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

Ademais, Bittencourt (2010, p.538)³⁹, afirma o conceito de detração da seguinte maneira:

Através da detração penal permite-se descontar, na pena ou na medida de segurança, o tempo de prisão ou de internação que o condenado cumpriu antes da condenação. Esse período anterior à sentença condenatória é tido como de pena ou medida de segurança efetivamente.

Assim, nas lições acima, extrai-se o conceito de detração penal como sendo um abatimento na pena do tempo em que o réu sofreu a imposição de alguma medida restritiva de liberdade ou de direito.

1.2.2 Esboço Histórico da Detração Penal

Pretende-se traçar um breve esboço histórico do instituto da detração da pena, de modo a esclarecer seu surgimento no contexto geral, no Brasil e sua evolução até a atualidade.

Sobre o surgimento da detração penal, Galdino Siqueira (v. 24, p. 336 e s.) *apud* Leão Júnior (2000)⁴⁰, afirma que o legislador Romano, teria sido o primeiro a determinar o desconto do tempo de prisão preventiva na execução da pena, o que na atualidade é denominado como detração penal:

Se alguém estiver em acusação durante longo tempo, a sua pena deve ser algum tanto moderado, pois está decidido que não devem ser punidos do

³⁸DOTTI, R. A. Curso de Direito Penal: parte geral. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 604. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2907/Da-detacao-penal>. Acesso em novembro de 2012 às 18:16 hs

³⁹BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁴⁰LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. detração penal até o código criminal do império (1830). Jus navigandi, teresina, ano 5, n. 39, 1 fev. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/973>>. Acesso em: 22 nov. 2012, as 16:39 hrs.

mesmo modo aqueles que estiverem em acusação durante muito tempo e aqueles que tiveram pronto julgamento.

Por conseguinte, Grassi *apud* Leão Júnior (2000)⁴¹, diz que após a Revolução Francesa houve mais mudanças:

Mais tarde, com as penas fixas do período, imediatamente posterior à Revolução Francesa, a situação já não era a mesma, em que se podia patentear a injustiça concreta. Exemplifica: se alguém tivesse sido condenado a cumprir a pena de cinco anos (inalteráveis) e ficado sob custódia processual por dois anos, já se sentia no direito de, àquela execução, antepor seu "crédito" de sofrimento; ao final das contas, ficara privado de sua liberdade por dois anos. Se não lhe deferisse aquele crédito, constatar-se-ia iníqua diversidade de tratamento, uma vez que bem podia acontecer de um eventual co-réu só ter sido capturado após a condenação.

Carrara *apud* Leão Júnior (2000)⁴², afirma que após esse período, "as leis toscanas, desde 1786, sancionaram o direito à indenização do Estado em favor do absolvido por motivo da prisão sofrida".

Acerca da aplicação da detração na França, a princípio esta não foi aceita, Carrara *apud* Leão Júnior (2000)⁴³, certifica que:

Apesar da equidade da proposição, a comissão não acreditou existir um vínculo para associar. Sua primeira inconveniência, é dar à detenção preventiva o caráter de uma pena; ela conduz então necessariamente a reconhecer ao acusado absolvido em uma ação um interesse penal a lhe ser concedido, sinais estes de altíssimos perigos. Mas se o não pode ser escrito na lei, devem ser gravados na consciência do juiz... e seria um crime aplicar o máximo de pena a um acusado segregado no cárcere por um tempo prolongado por necessidades da instrução.

⁴¹LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. detração penal até o código criminal do império (1830). Jus navigandi, teresina, ano 5, n. 39, 1 fev. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/973>>. Acesso em: 22 nov. 2012, as 16:39 hrs.

⁴²LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. detração penal até o código criminal do império (1830). Jus navigandi, teresina, ano 5, n. 39, 1 fev. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/973>>. Acesso em: 22 nov. 2012, as 16:39 hrs.

⁴³LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. detração penal até o código criminal do império (1830). Jus navigandi, teresina, ano 5, n. 39, 1 fev. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/973>>. Acesso em: 22 nov. 2012, as 16:39 hrs.

Todavia, Leão Júnior (2000)⁴⁴, afirma que “com a Lei de 15-11-1892 na França passou-se a subtrair a prisão processual da prisão constante da sentença exequenda”.

Por conseguinte, ainda acerca da evolução histórica do instituto, Leão Júnior (2000)⁴⁵, salienta que, o legislador italiano de 1930 conseguiu incorporar as ideias francesas ao Código Penal (art. 137), ditando a equivalência legal entre a prisão processual e a prisão para se aplicar a sanção penal: "O encarceramento preventivo é considerado, pelos efeitos da detração, como reclusão ou detenção."

Por outro lado, ressalta Leão Júnior (2000)⁴⁶, terem existido vários sistemas inerentes a detração da pena em vários países, em cada um desses, segundo a criatividade de seus legisladores:

Na Sardenha, com liberalidade total, deixou-se a detração à equidade dos tribunais. Na Baviera e na Áustria, estabeleceram-se *proporções* computáveis entre o tempo da custódia preventiva e o da sanção imposta. Em Portugal, admitiu-se a detração na prisão *correcional* e, nos demais casos, considerou-se a prisão simples "atenuante" (1884). Na Bélgica, impôs-se ampla, total e incondicionada computação (1867). Na Hungria, admitiu-se a detração desde que o sentenciado não houvesse concorrido para procrastinações processuais e em proporção fixada pelo juiz (1878). Na Alemanha, admitida foi independentemente de qualquer apreciação de culpa processual do condenado, mas exigíveis outros requisitos, inclusive de ordem recursal.

Conforme as lições de Carvalho (2010)⁴⁷, a detração teria surgido no direito penal pátrio no código criminal do império de 1830, *in vebis*:

⁴⁴LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. detração penal até o código criminal do império (1830). Jus navigandi, teresina, ano 5, n. 39, 1 fev. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/973>>. Acesso em: 22 nov. 2012, as 16:39 hrs.

⁴⁵LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. detração penal até o código criminal do império (1830). Jus navigandi, teresina, ano 5, n. 39, 1 fev. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/973>>. Acesso em: 22 nov. 2012, as 16:39 hrs.

⁴⁶LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. detração penal até o código criminal do império (1830). Jus navigandi, teresina, ano 5, n. 39, 1 fev. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/973>>. Acesso em: 22 nov. 2012, as 16:39 hrs.

⁴⁷CARVALHO. Lazara Cristina Do Nascimento De. Detração, remissão e indulto: institutos de observância à dignidade da pessoa humana. Webartigos, São Paulo/SP. Inserido em 20/11/2010. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/detracao-remicao-e-indulto-institutos-de-observancia-a-dignidade-da-pessoa-humana/52575/#ixzz2CyfoOM4z>> Acesso em 22 nov. 2012, as 16:32 hrs.

De forma concreta, o que podemos dizer sobre o surgimento histórico da detração no Direito Penal brasileiro é que sua figura foi visualizada pela primeira vez com a promulgação do Código Criminal do Império de 1830 em suas atualizações seguintes, através da Lei nº 1.696 de 1869, e no posteriormente com o Decreto Republicano nº 774 de 1890.

Coaduna-se a estas lições, Leão Júnior (2000)⁴⁸, quando afirma que “O Código Criminal do Império do Brasil, sancionado em 16 de dezembro de 1830, em consonância com o art. 179, § 8º da Lei Fundamental do Estado e art. 175 do Código do Processo, previa, no art. 37⁴⁹, a prisão preventiva antes do julgamento”.

Leão Júnior (2000)⁵⁰, ratificando as lições acima, esclarece que “No Brasil, à semelhança da generalidade dos outros Países, houve uma omissão legislativa inicial relativa à detração penal, seguindo-se de avanços progressivos, a partir de meados do século XIX.”

Sobre tal omissão, assevera Mendes Junior (1976) *apud* Carvalho (2010)⁵¹:

Ante o silêncio do Código de 1830, raros eram os juízes que assumiam a responsabilidade da computação, a qual só excepcionalmente aparecida exteriorizada em sentença; não ousando mitigar o rigor da lei escrita por meio da equidade (“summum jus, summa injuria), os magistrados inclinavam-se por não deferir um benefício que a lacuna do texto repelia (contra legem).

Vê-se que, no caso da omissão do Código Criminal do Império do Brasil, os magistrados assumiam a responsabilidade pelo computo da pena, todavia, estes tendiam por não deferir o benefício haja vista não estar expressamente previsto.

⁴⁸ LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. detração penal até o código criminal do império (1830). Jus navigandi, teresina, ano 5, n. 39, 1 fev. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/973>>. Acesso em: 22 nov. 2012, as 16:39 hrs.

⁴⁹ Art. 37. Não se considera pena a prisão do indiciado de culpa para prevenir a fuga, nem a suspensão dos magistrados pelo Poder Moderador, na forma da Constituição. (Grifo nosso).

⁵⁰ LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. detração penal até o código criminal do império (1830). Jus navigandi, teresina, ano 5, n. 39, 1 fev. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/973>>. Acesso em: 22 de novembro de 2012, as 16:39 hrs.

⁵¹ CARVALHO. Lazara Cristina Do Nascimento De. Detração, remição e indulto: institutos de observância à dignidade da pessoa humana. Webartigos, São Paulo/SP. Inserido em 20/11/2010. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/detracao-remicao-e-indulto-institutos-de-observancia-a-dignidade-da-pessoa-humana/52575/#ixzz2CyfoOM4z>> Acesso em 22 de novembro de 2012, as 16:32 hrs.

Por conseguinte, Carvalho (2010)⁵², afirma que ante o problema da omissão houve diversas tentativas de modificações, a mais importante delas ocorrida em 1859, pelo projeto do Deputado Francisco de Paula da Silveira Lobo, *in verbis*:

Diante desta aberrante omissão, houve sim tentativas de alteração, como o projeto do Deputado Francisco de Paula da Silveira Lobo, de 1859, que, porém restou infrutífero dado a que nem sequer foi submetido à discussão no Legislativo, quanto a sua introdução do cômputo penal.

Todavia, segundo Grassi (1988) *apud* Carvalho (2010)⁵³, a "Detração efetiva só veio a lume, no Brasil, com o governo provisório da República. Com efeito, cuidou o art. 3º do Decreto nº 774, de 20-9-1890, de consagrá-la

Ainda, de acordo com Grassi (1988) *apud* Carvalho(2010)⁵⁴, "Um pouco mais adiante na linha do tempo vemos que o art. 60 da Consolidação das Leis Penais de 1932 contém exatamente as mesmas palavras do art. 60 do Código Penal de 1890 e a vírgula acrescida melhorou a redação, mas não alterou o sentido do texto".

Sobre isso, afirma, Grassi (1988) *apud* Carvalho (2010)⁵⁵ que:

A redação do dispositivo legal, contudo, não representou retrocesso na aplicação do instituto da detração, nem mesmo com a previsão do parágrafo único do art. 68 da mesma Consolidação que previa a paralisação na execução da pena em virtude de o condenado ficar doente, onde ficava proibida a computação do tempo de tratamento médico na pena, posto que representasse um posto a galgar.

⁵² CARVALHO. Lazara Cristina Do Nascimento De. Detração, remição e indulto: institutos de observância à dignidade da pessoa humana. Webartigos, São Paulo/SP. Inserido em 20/11/2010. Disponível em:<<http://www.webartigos.com/artigos/detracao-remicao-e-indulto-institutos-de-observancia-a-dignidade-da-pessoa-humana/52575/#ixzz2CyfoOM4z>> Acesso em 22 de novembro de 2012, as 16:32 hrs.

⁵³ CARVALHO. Lazara Cristina Do Nascimento De. Detração, remição e indulto: institutos de observância à dignidade da pessoa humana. Webartigos, São Paulo/SP. Inserido em 20/11/2010. Disponível em:<<http://www.webartigos.com/artigos/detracao-remicao-e-indulto-institutos-de-observancia-a-dignidade-da-pessoa-humana/52575/#ixzz2CyfoOM4z>> Acesso em 22 de novembro de 2012, as 16:32 hrs.

⁵⁴ CARVALHO. Lazara Cristina Do Nascimento De. Detração, remição e indulto: institutos de observância à dignidade da pessoa humana. Webartigos, São Paulo/SP. Inserido em 20/11/2010. Disponível em:<<http://www.webartigos.com/artigos/detracao-remicao-e-indulto-institutos-de-observancia-a-dignidade-da-pessoa-humana/52575/#ixzz2CyfoOM4z>> Acesso em 22 de novembro de 2012, as 16:32 hrs.

⁵⁵ CARVALHO. Lazara Cristina Do Nascimento De. Detração, remição e indulto: institutos de observância à dignidade da pessoa humana. Webartigos, São Paulo/SP. Inserido em 20/11/2010. Disponível em:<<http://www.webartigos.com/artigos/detracao-remicao-e-indulto-institutos-de-observancia-a-dignidade-da-pessoa-humana/52575/#ixzz2CyfoOM4z>> Acesso em 22 de novembro de 2012, as 16:32 hrs.

Prosseguindo em suas lições acerca da evolução da detração penal no ordenamento pátrio, Grassi (1988) *apud* Carvalho (2010)⁵⁶, chega ao Código Penal de 1940, e esclarece que:

O Código Penal de 1940 trouxe a seguinte, disposição em retratação ao disposto no Códex anterior: Tempo de prisão preventiva ou provisória ou de internação em hospital: Art. 34. Computa-se na pena privativa de liberdade o tempo de prisão preventiva ou provisória, no Brasil ou no estrangeiro, e o de internação em hospital ou manicômio. O Código Penal de 1969, com entrada em vigor protelada por diversas leis e, que como dito anteriormente, na análise breve análise histórica feita nesta pesquisa, nem mesmo passou a vigorar em virtude de sua revogação pela Lei 6.578/78.

Atualmente, a detração da pena está prevista em nosso ordenamento jurídico no artigo 42 do Código Penal⁵⁷ com a seguinte redação:

Art. 42: Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no Estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.

Desse modo, é possível perceber que foi longo o processo de evolução desse instituto, mas resta claro, a presença do espírito de justiça a inspirar os legisladores a lutarem por sua aplicação.

1.2.3 Aplicação

A aplicação da detração penal é tema abordado pelos principais doutrinadores pátrios, como se verá abaixo, todavia, maior expressão ganha a doutrina nos casos de silêncio dos

⁵⁶ CARVALHO. Lazara Cristina Do Nascimento De. Detração, remição e indulto: institutos de observância à dignidade da pessoa humana. Webartigos, São Paulo/SP. Inserido em 20/11/2010. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/detracao-remicao-e-indulto-institutos-de-observancia-a-dignidade-da-pessoa-humana/52575/#ixzz2CyfoOM4z>> Acesso em 22 de novembro de 2012, às 16:32 hrs.

⁵⁷BRASIL. Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em : http://www.amperj.org.br/store/legislacao/codigos/cp_DL2848.pdf. Acesso em 11 de novembro de 2012 às 18:05 hrs.

regramentos normativos, como ocorre com este instituto no que concerne a aplicação em condenações a penas diversas da prisão.

Neste passo, importante lançar mão das lições de Nucci (2006, p. 390)⁵⁸, acerca da regras atinentes a aplicação da detração:

A aplicação da detração não deve influenciar o juiz na fixação do regime inicial de cumprimento da pena. Desse modo, por exemplo, se o agente ficou preso 2 anos, preventivamente, para depois ser condenado a 9 anos de reclusão (que exige a fixação do regime fechado inicial), não há como o magistrado da condenação fazer o desconto referente à detração, a fim de considerar que tenha ele apenas mais 7 anos para cumprir, impondo-lhe o regime semiaberto.

Ao que tange a aplicação da detração penal, tem-se precipuamente sua aplicação no tocante as prisões, vê-se nas lições de Bittencourt (2010, p. 537)⁵⁹:

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

Nos casos de imposição de pena de multa segundo Nucci (2006, p. 390)⁶⁰ “ aplica-se, por analogia, no desconto da pena de multa o tempo de prisão provisória. Assim, quem foi preso preventivamente para, ao final, ser condenado apenas à pena pecuniária não terá nada a cumprir”.

A lição de Mirabete (2001, p. 263)⁶¹, a qual esclarece que a lei não trata expressamente da detração da pena nas penas restritivas de direitos, como prestação de

⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. Parte Geral. Parte Especial . 2ª Edição, Revista atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais, 2006.

⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. Parte Geral. Parte Especial . 2ª Edição, Revista atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

⁶¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Parte Geral. Parte Especial. 17ª. Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

serviços e limitação de final de semana, mas afirma seu entendimento na imprescindibilidade da aplicação por respeito ao princípio da equidade, *in verbis*:

Inexplicavelmente, a lei não se refere expressamente à contagem nas penas de prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana do tempo de prisão provisória. Entendemos, porém que deve se reconhecer a detração penal nessa hipótese por medida de equidade. Assim, se esteve o sentenciado preso preventivamente por três meses, tal prazo deverá ser descontado, por exemplo, dos quatro meses da limitação de fim de semana ou de prestação de serviços à comunidade que lhe forem aplicados em substituição à pena privativa de liberdade.

Por sua vez, Bittencourt (2010, p. 537)⁶², leciona no mesmo sentido da lição anterior, afirmando que:

Há entendimento respeitável de que, "por necessária e permitida interpretação analógica" deve ser admitida a detração também das penas restritivas de direitos, como limitação de fim de semana e prestação de serviços à comunidade. Acreditamos que as interdições temporárias de direitos também devem ser contempladas com o mesmo tratamento que for dispensado às outras duas espécies de penas restritivas de direitos. A interpretação mais liberal, da doutrina e da jurisprudência, tem admitido a detração por prisão ocorrida em outro processo, isto é, sem nexo processual, desde que por crime cometido anteriormente.

Ao inferir as lições acima, aparenta-se claro o posicionamento doutrinário que entende pelo dever do magistrado na aplicação da detração penal nos casos de condenações a penas restritivas de direitos, haja vista que a lei não tratou expressamente de tal, todavia, afirmam ser impositiva a aplicação por medida de equidade.

E a lei n. 12. 403, de 4 de maio de 2011⁶³ que alterou dispositivos do Código de Processo Penal no que se refere à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais

⁶²BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁶³BRASIL, Lei nº 12.403, 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm. Acesso em 11 de novembro de 2012, às 13:00 hrs.

medidas cautelares, segundo se verá oportunamente, também não tratou de forma expressa do tema.

No próximo capítulo, são abordadas as importantes alterações no Código de Processo Penal, principalmente, em relação às Prisões Cautelares, a Liberdade Provisória e as Medidas Cautelares Restritivas.

2. A NOVA LEI DE PRISÕES E MEDIDAS CAUTELARES E AS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Neste segundo capítulo, tem-se como objeto de estudo a nova Lei de prisões e medidas cautelares de forma pontual, e pretende-se traçar o contexto de sua criação, objetivo e motivos, bem como, abordar as principais alterações inseridas pela nova lei no Código de Processo Penal Brasileiro, especialmente acerca das medidas cautelares e prisões.

2.1 Considerações iniciais sobre a Lei n. 12.403/11

São analisados a seguir, de forma pontual e objetiva ensinamentos doutrinários elucidativos sobre os objetivos e motivos que ensejaram a criação da Nova Lei de Prisões e Medidas Cautelares.

Segundo Capez (2012, p. 298)⁶⁴, o aludido regramento tem por intuito evitar a prisão provisória de acusados em situações em que não há real necessidade desta:

A Lei entrou em vigor no dia 4 de julho de 2011 e teve como escopo evitar o encarceramento provisório do indiciado ou acusado, quando não houver necessidade da prisão. Para tanto, operou diversas modificações legais no Título IX, o qual passou a contar com a seguinte, rubrica: “Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”.

Ainda, a esse respeito Dias (2011, p.11),⁶⁵ salienta que a Lei 12.403/11 altera os dispositivos do Código de Processo Penal quanto à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares, levando em conta outras providências.

⁶⁴ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 19ª Edição. De acordo com a Lei n. 12. 403/ 2011 (prisão, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares). São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

⁶⁵ DIAS, Luiz Henrique Medeiros. Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória. Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Teoria e Prática. São Paulo: Editora Afiliada, 2011.

Percebe-se, ante essas lições, a acentuada preocupação dos legisladores com um sistema que trate a prisão não como única opção, mas como última opção.

Nesse passo, interessante lançar mão dos ensinamentos de Dias (2011, p.11)⁶⁶, os quais esclarecem que antes do advento da Lei n. 12.403/11, vigorava o denominado “sistema binário”, ou seja, o juiz tinha duas opções: prisão ou liberdade provisória. Hoje, alguns doutrinadores, estão denominando-o de “sistema multicautelares”, que possibilita ao juiz três opções: “Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas”

Sobre a Nova Lei, Bonfim (2011, p.17)⁶⁷, afirma que “a novidade da Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011, fica por conta das medidas cautelares, que trouxeram alternativas à prisão preventiva e temporária”.

Nessa perspectiva de mudança, os doutrinadores pátrios salientam sua concordância com esse novo parâmetro de cada vez mais colocar a prisão como última medida.

É importante ressaltar a lição de Nucci (2011, p. 09)⁶⁸, em sua obra quando expõe que: “a Lei n. 12.403/11, implantou reformas favoráveis ao entendimento de que a prisão do acusado é uma contingência excepcional, mais necessária, devidamente regradada e substancialmente motivada”.

Por conseguinte Pereira (2011, p. 11)⁶⁹, sobre o tema, ratifica os ensinamentos acima transcritos, asseverando a busca pela ampliação do leque de opções ao julgador ao que tange a imposição de cautelar segregatória de liberdade, por medidas restritivas diversas:

A reforma imposta pela Lei 12.403/2011, vigente a partir de 04 de julho após uma *vocatio legis* de 60 dias, buscou ampliar as opções do julgador oferecendo-lhe a possibilidade de adoção de medidas restritivas em

⁶⁶ DIAS, Luiz Henrique Medeiros. Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória. Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Teoria e Prática. São Paulo: Editora Afiliada, 2011.

⁶⁷ BONFIM, Edilson Mougnot. Reforma do código de Processo Penal. Comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade. As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

⁶⁹ PEREIRA, Pedro Henrique Santana. Nova Reforma do Código de Processo Penal Comentado. (Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011). Pará de Minas MG: Virtual Books, 2011.

substituição à segregatória, evitando com isso a prisão de pessoas sob investigação.

Vale ressaltar que, Capez (2012, p.298)⁷⁰, em suas lições, afirma a excepcionalidade da prisão como questão preponderantemente firmada pela Nova Lei de Prisões e Medidas Cautelares, *in verbis*:

A decretação da prisão provisória exige mais do que mera necessidade. Exige a imprescindibilidade da medida para a garantia do processo. A custódia cautelar tornou-se medida excepcional. Mesmo verificada sua urgência e necessidade, só será imposta se não houver nenhuma outra alternativa menos drástica capaz de tutelar a eficácia da persecução penal.

Outrossim, segundo Dias (2011, p.11)⁷¹, “ A partir da nova lei, a prisão cautelar passa a ser a *ultima ratio* – última opção -, isto é, não sendo o caso de liberdade provisória e nem de outras medidas cautelares, o juiz decreta a preventiva”.

Destarte, arraigado a esse espírito de modificação do sistema processual penal, que afeta diretamente o sistema carcerário, a superlotação dos presídios, por óbvio, foi mais um motivo ensejador das modificações, como se vê nas lições a seguir.

Dias (2011, p.12)⁷², evidencia em seus ensinamentos como motivo ensejador da Lei nº 12.403/11, a superlotação dos presídios:

Certamente, a superlotação dos presídios gerou em nossos legisladores a iniciativa de buscar alternativas ao sistema carcerário, que, segundo publicação no portal do Ministério da Justiça, em 2010 contou com 496.251 presos; sendo 164.683 na categoria de provisórios e com um *déficit* de 164.624 vagas no sistema carcerário.

⁷⁰ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 19ª Edição. De acordo com a Lei n. 12. 403/ 2011 (prisão, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares). São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

⁷¹DIAS, Luiz Henrique Medeiros. Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória. Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Teoria e Prática. São Paulo: Editora Afiliada, 2011.

⁷²DIAS, Luiz Henrique Medeiros. Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória. Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Teoria e Prática. São Paulo: Editora Afiliada, 2011.

Ainda sobre o assunto Dias (2011, p. 12)⁷³, afirma que a Lei será a médio, longo prazo, um instrumento eficaz como alternativa à prisão, mas que, para tais resultados serem alcançados é necessário reformular a estrutura do Poder Judiciário e os demais operadores do direito, proporcionando condições de fiscalização e acompanhamento do cumprimento das medidas impostas.

Comunga aos aludidos ensinamentos, Pereira (2011, p. 13)⁷⁴, ao ressaltar que a “lei 12.403/2011 tem como objetivo de diminuir a superlotação e a excessiva ocorrência de prisões cautelares, além de evitar as prisões de pessoas sem antecedentes, e os Tribunais de milhares de *habeas corpus*, de contestação a legalidade desse tipo de ação”.

Assim, aparenta-se claro que a Nova Lei de Prisões e Medidas Cautelares, nasceu de uma profunda reflexão e observação dos nossos legisladores acerca da atual situação carcerária do país e agiram de modo a buscar alternativas a realidade da superlotação nos presídios.

Acerca da aplicação da Nova Lei, Capez (2012, p.300)⁷⁵, ensina que tal aplicação é imediata, haja vista ter natureza processual:

A Lei n. 12.403/11 é nitidamente de natureza processual, pois disciplina a prisão provisória, fiança, liberdade provisória e medidas cautelares as quais repercutem apenas no processo. O aumento ou diminuição da restrição do *jus libertatis* se impõe por uma necessidade ou conveniência do processo, sem respingar no *jus puniendi* estatal. Por essa razão, a Lei tem incidência imediata, alcançando os fatos praticados anteriormente à sua vigência, mesmo que prejudique o agente.

Por fim, interessante lançar mão dos ensinamentos de Nucci (2011, p. 09)⁷⁶, onde afirma entender que a Nova Lei de Prisões e Medidas cautelares trouxe mais vantagens que pontos negativos:

⁷³ DIAS, Luiz Henrique Medeiros. Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória. Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Teoria e Prática. São Paulo: Editora Afiliada, 2011.

⁷⁵ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 19ª Edição. De acordo com a Lei n. 12. 403/ 2011 (prisão, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares). São Paulo. Editora Saraiva. 2012.

Lei 12.403/2011, em nosso entendimento, trouxe mais vantagens que pontos negativos. Atendeu a um reclamo majoritário da doutrina e da jurisprudência pátrias, razão pela qual merece particular atenção por parte dos operadores do Direito, para que seus preceitos sejam, realmente, aplicados.

Importante esclarecer que, como visto, tais medidas não propendem a uma liberalidade excessiva, haja vista que, as novas regras preveem medidas alternativas a prisão e não simplesmente a vedam.

A seguir, serão objeto de análise as principais alterações inseridas no Código de Processo Penal, sobre a nova realidade das prisões e das medidas cautelares.

2.2 Principais alterações inseridas no Código de Processo Penal Brasileiro

Dentre as várias inovações ao regramento pátrio, trazidas pela Lei nº 12.403/11, a doutrina pátria tem dedicado importante espaço às medidas cautelares, haja vista tratar-se de medidas diferenciadas do antes aplicado em matéria penal, por este motivo, o presente trabalho dedica, de igual modo, um espaço especial para tratar deste tema.

Neste passo, antes de se estudar pontualmente as efetivas modificações inseridas no Código de Processo Penal Brasileiro pela Nova Lei de Prisões e Medidas Cautelares, interessante se faz conhecer um pouco mais sobre estas novas medidas implantadas.

2.2.1 Breves Considerações iniciais acerca das Medidas Cautelares

Primeiramente, faz-se necessário conhecer um pouco melhor o conceito de medida cautelar e o que se objetiva com sua aplicação, haja visto ser tratado pelos doutrinadores como uma das principais inovações trazidas pela Lei n.12.403/11.

⁷⁶ NUCCI. Guilherme de Souza.. Prisão e Liberdade. As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Em suas lições, Bonfim (2011, p. 19)⁷⁷ “medidas cautelares são, em linhas gerais, providências estatais que buscam garantir a utilidade e a efetividade do resultado da tutela jurisdicional, que se dará pela sentença penal condenatória ou, eventualmente, absolutória”.

Bonfim (2012, p. 464)⁷⁸ afirma, ainda, em sua obra que :

É através das referidas medidas cautelares que se busca, com eficiência, garantir a efetividade do processo, ou seja, a aplicação da lei substantiva ou material, na medida em que se intenta a preservação e a inalterabilidade de situações ou meios que interessem à prestação jurisdicional, de modo de que se repute conter valor para o deslinde da causa possa estar protegida contra seu falseio, modificação ou perda de significação ou utilidade.

Importante, ressaltar a lição de Nucci (2011, p.09)⁷⁹, no que concerne aos esclarecimentos elencados sobre o objetivo de criação das novas medidas cautelares, *in verbis*:

Novas medidas cautelares foram criadas, com o objetivo de substituir a aplicação da prisão preventiva ou atenuando os rigores da prisão em flagrante, dentre as quais o comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para narrar e justificar suas atividades; a proibição de frequentar determinados lugares, desde que relacionados ao fato, evitando-se o risco de novas infrações; a proibição de manter contato com pessoa certa, mantendo-se distante; a vedação de se ausentar da Comarca, conforme a conveniência da investigação ou da instrução; o recolhimento domiciliar, à noite e durante as folgas; a suspensão do exercício de função pública ou atividade econômica ou financeira, conforme, o caso concreto; a internação provisória do interno ou perturbado mental, havendo risco de reiteração do fato; a fiança, com novos valores e parâmetros e a monitoração eletrônica.

Conforme o aludido doutrinador, as medidas cautelares são ações do Estado que visam a eficácia na aplicação da lei, atuando de forma a garantir o curso regular do processo, impedindo que os indivíduos no decorrer do processo venham a alterar provas, ou cometer qualquer ato que prejudique a persecução penal, sem que seja aplicada a restrição a liberdade.

⁷⁷ BONFIM, Edilson Mougenot. Reforma do código de Processo Penal. Comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

⁷⁸ BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 7ª Edição. De acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

⁷⁹ NUCCI. Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade. As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

Importante ressaltar, ainda, da lição de Bonfim (2012, p. 464)⁸⁰, que as novas medidas cautelares não foram as primeiras previstas no Código de Processo Penal Brasileiro, afirma que já havia previsão de tais, mas com a denominação de “medidas assecuratórias”, *in verbis*:

As medidas cautelares não foram inéditas no Código de Processo Penal, o qual já as previa sob a forma de “*medidas assecuratórias*” (art. 125 a 144), que são aquelas providências tomadas no curso da ação penal ou do inquérito policial para garantir uma eventual e futura indenização ou reparação à vítima do processo penal, bem como assegura o pagamento das custas processuais existentes ou, mais ainda, evitar que ele venha a se locupletar dos ganhos obtidos com a prática criminosa, que consistiria numa forma de incentivo velado à delinquência.

Por conseguinte, Bonfim (2011, p.20)⁸¹, finaliza suas lições afirmando que “ a novidade da Lei n. 12.403, de maio de 2011, fica por conta das medidas cautelares pessoais, também chamadas de medidas cautelares subjetivas”, veja-se:

Sua incorporação na ordem jurídica processual tem histórico ainda recente. A Lei n. 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) e, mais Proximamente, a Lei “Maria da Penha” (Lei n. 11.340/2006) já consagram, em seu bojo, uma série de medidas que visam evitar a decretação da prisão do acusado – medida cautelar de grau máximo ou absoluta -, adequando-se à gravidade do crime e às circunstâncias de fato, bem como se garantindo a observância aos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade.

Desta feita, segundo o referido doutrinador, é possível perceber que as medidas cautelares não são assunto inédito em nosso Código de Processo Penal, já foram abordadas, anteriormente, com outra denominação e outra forma de aplicação no regramento pátrio, todavia, há novidades, como por exemplo as medidas cautelares subjetivas implementadas.

⁸⁰BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 7ª Edição. De acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

⁸¹BONFIM, Edilson Mougenot. Reforma do código de Processo Penal. Comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

2.3 Das alterações no Código de Processo Penal Brasileiro

Tratar-se-á a seguir das alterações inseridas pela Nova Lei de Prisões e Medidas Cautelares, primeiramente como objeto de análise as alterações atinentes as prisões e posteriormente as inovação inerentes as medidas cautelares.

2.3.1 Das Medidas Cautelares

Como se vê nas lições doutrinárias a seguir, que as novas medidas cautelares, têm por escopo substituir a aplicação da prisão preventiva ou atenuar os rigores da prisão em flagrante, não sendo matéria verdadeiramente nova no regramento pátrio, contudo, a Nova Lei inseriu novas modalidades e critérios de aplicação.

Por oportuno, Bonfim (2012, p. 464)⁸², trazendo esclarecimentos sobre as novas medidas cautelares, assevera que estas possuem quatro características: a provisoriedade, a revogabilidade, a substitutividade e a excepcionalidade.

Sobre a questão, Júnior (2008, p.52/53) *apud* Bonfim (2012, p. 465)⁸³, afirma ser toda medida cautelar dotada de provisoriedade, afinal destina-se a durar por um espaço de tempo determinado, sendo revogável quando não mais se fizer necessária:

[...] toda medida cautelar é caracterizada pela “provisoriidade”, a fim de que a situação preservada ou constituída mediante o provimento cautelar não se revista de caráter definitivo, e, ao contrário, destine-se a durar por um espaço de tempo delimitado. De tal sorte, a medida cautelar já surge com a previsão de seu fim. Cumpre salientar que, aliada à provisoriedade, a medida cautelar detém, ainda, natureza revogável, aplicando-se a cláusula *rebus sic stantibus* (enquanto as coisa permanecem como estão), estabelecendo-se sua revogação que não mais se fizer necessária no caso concreto.

⁸² BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 7ª Edição. De acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo. Editora Saraiva. 2012.

⁸³ BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 7ª Edição. De acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo. Editora Saraiva. 2012.

Bonfim (2012, p. 466)⁸⁴ afirma, ainda que: “as medidas cautelares são, ainda, passíveis de substituição a qualquer tempo, tal como prevê o novo art. 282, §§5º e 6º, do CPP”.

Ao que diz respeito a substitutividade, Bonfim (2012, p. 466)⁸⁵ lembra que “a lei estabelece ainda, que a prisão preventiva só poderá ser imposta quando for possível sua substituição por outra medida cautelar (art. 319 do CPP)”.

Igualmente, vale lembrar, que segundo Bonfim (2011, p. 22)⁸⁶, as medidas são limitações às garantias dos acusados, razão pela qual deverão, sempre, obedecer ao critério da excepcionalidade (*vide* “necessidade⁸⁷” e “adequação⁸⁸” do art. 282, I e II, do CPP).

Ante as lições supracitadas, pode-se inferir que as medidas cautelares são essencialmente medidas de caráter provisório, portanto, revogáveis a qualquer tempo, cabendo a substituição pela mais adequada a qualquer tempo, e com caráter de excepcionalidade, sendo aplicada somente em casos estritamente necessários por tratar-se de restrição de direitos.

Mais pontualmente acerca das modificações inseridas no Código de Processo Penal Brasileiro em relação às medidas cautelares, assevera Nucci (2011, p. 26)⁸⁹:

⁸⁴ BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 7ª Edição. De acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo. Editora Saraiva. 2012.

⁸⁵ BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 7ª Edição. De acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo. Editora Saraiva. 2012.

⁸⁶ BONFIM, Edilson Mougenot. Reforma do código de Processo Penal. Comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo. Editora Saraiva. 2011.

⁸⁷ Necessidade – Qualquer providência de natureza cautelar precisa estar sempre fundada no *periculum in mora*. Não pode ser imposta exclusivamente com base na gravidade da acusação. Maior gravidade não pode significar menor exigência de provas. Sem a demonstração de sua necessidade para garantia do processo, a prisão será ilegal. Fonte: CAPEZ, Fernando. (2012, p. 344). Curso de Processo Penal. 19ª Edição. De acordo com a Lei n. 12.403/2011 (prisão, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares). São Paulo: Saraiva, 2012.

⁸⁸ Adequação – a medida deve ser a mais idônea a produzir seus efeitos garantidores do processo. Se a mesma eficácia puder ser alcançada com menor gravame, o recolhimento à prisão será abusivo. O ônus decorrente dessa grave restrição à liberdade deve ser compensado pelos benefícios causados à prestação jurisdicional. Se o gravame for mais rigoroso do que o necessário, se exceder o que era suficiente para a garantia da persecução penal eficiente, haverá violação ao princípio da proporcionalidade. CAPEZ, Fernando. (2012, p. 344). Fonte: Curso de Processo Penal. 19ª Edição. De acordo com a Lei n. 12.403/2011 (prisão, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares). São Paulo: Saraiva, 2012.

⁸⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade. As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Inicialmente, introduz no Título IX, além da prisão e liberdade provisória, a expressão *medidas cautelares*, dando ensejo à criação de várias alternativas à prisão, que podem ter resultado positivo, quando aplicadas em casos concretos. Aliás, vale ressaltar, muitas delas já constituem penas alternativas (v.g., art. 319.II, CPP, em confronto com o art. 47, IV, CP) ou condições para a suspensão condicional da pena (v.g., art. 319 I, CPP, em confronto com o art. 78, §2º, c, CP). Ora, se a legislação brasileira considera tais medidas eficientes para *punir* o indivíduo, naturalmente não se pode negar o seu caráter intimidativo para efeito de acautelamento no âmbito processual penal.

Sobre as novas medidas cautelares impostas, Nucci (2011, p.10)⁹⁰, afirma, ainda, terem sido criados dois critérios para sua aplicação, necessidade e adequabilidade:

Para o estabelecimento das novas medidas cautelares, criam-se dois critérios básicos: necessidade e adequabilidade. Sob o manto do primeiro, deve-se verificar a indispensabilidade para a aplicação da lei penal, para a investigação ou para a instrução criminal, além de servir para evitar a prática de infrações penais. Sob o segundo, atende-se à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indicado ou acusado.

Coaduna-se com esses ensinamentos Dias (2011, p. 19)⁹¹, quando leciona sobre a redação do novo artigo 282 do CPP “Prevê o art. 282 que as medidas cautelares, incluindo a prisão e liberdade provisória, deverão ser aplicadas observando-se dois critérios: a necessidade e a adequação”.

Por conseguinte, esclarece Dias (2011, p. 19)⁹², sobre as situações em que serão necessárias e conseqüentemente aplicadas as medidas cautelares “para a aplicação da lei penal; para a investigação; para a instrução criminal; nos casos expressamente previstos para evitar a prática de infrações penais”.

Nessa perspectiva, Dias (2011, p. 21)⁹³, ao discorrer sobre o novo artigo 282 do CPP, ressalta que esta obrigatoriamente, será decretado pelo Magistrado, podendo revogá-lo ou substituí-lo em caso de acordo com a necessidade:

⁹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade. As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

⁹¹ DIAS, Luiz Henrique Medeiros. Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória. Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011..Teoria e Prática. São Paulo: Editora Afiliada, 2011.

⁹² DIAS, Luiz Henrique Medeiros. Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória. Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011..Teoria e Prática. São Paulo: Editora Afiliada, 2011.

⁹³ DIAS, Luiz Henrique Medeiros. Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória. Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011..Teoria e Prática. São Paulo: Editora Afiliada, 2011.

As medidas cautelares sempre serão decretadas pelo juiz. Analisando a redação do parágrafo 2º, extrai-se o seguinte: na fase processual, o juiz poderá decretá-las de ofício ou a requerimento das partes. No curso da investigação criminal, o juiz fará pó representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. Nesta fase, portanto, ele não poderá decretar de ofício e nem a pedido da defesa. 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. Trata-se de verdadeiro poder de cautela conferido ao magistrado.

Sobre as estas inovações acima elencadas, as quais foram trazidas pela Nova Lei, Nucci (2011, p. 26)⁹⁴ afirma em sua obra, envolverem várias modalidades de restrição a liberdade, desde a mais grave como a prisão, até uma mais leve como nos casos em que há a proibição de contato com determinada pessoa, por este motivo tais medidas não podem ser decretadas sem fundamentação legal, conforme o princípio constitucional da presunção de inocência.

Ainda, acerca da necessidade do respeito ao princípio da presunção de inocência, atinente a aplicação das novas regras, Nucci (2011, p. 26)⁹⁵, esclarece que:

O estado de inocência pressupõe que as eventuais restrições à liberdade individual sejam, efetivamente, indispensáveis. Eis o primeiro caráter das novas medidas, que se associam à prisão cautelar: necessidade.

Acerca da aplicação das medidas cautelares, Capez (2012, p. 347) assevera que serão decretadas “No curso da investigação criminal mediante : representação da autoridade policial; requerimento do Ministério Público. E durante o processo: de ofício pelo juiz; a requerimento de qualquer das partes”.

Por conseguinte, Nucci (2011, p.34)⁹⁶ afirma “não se admite, ainda, a decretação de medida cautelar a crimes cuja pena final é, unicamente, restritiva de direitos, como ocorre com o art. 28 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas).

⁹⁴ NUCCI. Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade. As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

⁹⁵ NUCCI. Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade. As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

⁹⁶ NUCCI. Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade. As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Nesse contexto, Capez (2012, p. 345)⁹⁷, em suas lições, elenca de forma clara e exemplificativa o rol das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, *in verbis*:

Estão previstas no art. 319, I a IX, do CPP: comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades (inciso I); 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 (inciso II); proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante (inciso III); proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução (inciso IV); recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos (inciso V); 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 (inciso VI); internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (CP, art. 26) e houver risco de reiteração (inciso VII); - 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 (inciso VIII); monitoração eletrônica (inciso IX): quanto a esta medida cautelar, mencione-se que o novo Diploma Legal constitui um grande avanço em relação à Lei n. 12.258/210 (que trata do monitoramento eletrônico de condenado), pois possibilitou que esse sistema tecnológico fosse utilizados antes da sentença penal condenatória, isto é, no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público (art. 282, § 2º) não se restringindo mais às hipóteses prescritas na lei anterior.

Como visto acima, a Lei 12.403/11, estabeleceu várias medidas cautelares diversas da prisão que tem por escopo garantir a aplicação da lei penal e evitar óbices que pudessem vir a ser causados por acusados.

Nesse passo, Nucci (2011, p.41)⁹⁸, traz importantes comentários acerca deste rol de medidas cautelares inserido pela Lei n. 12.403/11, aduz que tais medidas devem ser aplicadas isoladas ou cumulativamente com outras, bem como, que algumas dessas medidas são repetições de outras já dispostas em Leis esparças, como Lei n. 9.099/95 (JECRIM) e a Lei n. 11.340/06 (Lei Maria da Penha).

⁹⁷ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 19ª Edição. De acordo com a Lei n. 12.403/2011 (prisão, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares). São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

⁹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade. As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Por fim, em suas lições, Nucci (2011, p. 41)⁹⁹ reitera o caráter de excepcionalidade das aludidas medidas cautelares e a restrição à liberdade que impõe, devendo, portanto, serem interpretadas restritivamente, classificando o rol do art. 319 do CPP como essencialmente taxativo, ou em latim “*numerus clausus*”.

2.3.2 Das Prisões

Acerca das prisões, em suas lições Nucci (2011, p.13)¹⁰⁰, esclarece que a Nova Lei instituiu reformas favoráveis acerca da prisão, estabelecendo de forma clara seu caráter excepcional, todavia, acentuou sua necessidade quando dentro dos critérios legais e devidamente motivada.

Para Capez (2012, p. 300 e 301)¹⁰¹, a Nova Lei traz a imposição de se revisar todas as prisões provisórias em andamento, analisando e concedendo-se a liberdade provisória em diversos casos, em razão das novas regras:

(...) a nova legislação obrigará a uma revisão de todas as prisões provisórias em andamento, levando em conta à concessão da liberdade provisória em inúmeros casos por influxo das novas regras que tornaram excepcional a prisão preventiva, por outro, haverá casos de liberdade provisória sem fiança, que poderão sofrer a imposição desse ônus, assim como qualquer outra medida restritiva alternativa prevista no art. 319 do Código do Processo Penal, contanto que o juiz vislumbre a necessidade de melhor acautelar o processo.

Nucci (2011, p. 27)¹⁰², em suas lições sobre as alterações e inovações atinentes as prisões, traz os seguintes apontamentos atinentes ao novo artigo 282 do CPP:

O art. 282, I, abraçando esse requisito, empresta dois fatores diretamente ligados à prisão preventiva (art. 312, CPP), embora com módicas alterações, que são: garantia de aplicação da lei penal e conveniência de investigação ou instrução criminal. Além desses, cria um novo fator, consistente na inevitabilidade da prática de infrações penais, nos casos expressamente

⁹⁹ NUCCI. Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade. As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁰⁰ NUCCI. Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade. As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁰¹ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 19ª Edição. De acordo com a Lei n. 12. 403/ 2011 (prisão, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares). São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁰² NUCCI. Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade. As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

previstos em lei. Note-se que não se refere o mencionado inciso aos outros dois fatores de decretação da prisão preventiva, que são a garantia da ordem pública e a garantia da ordem econômica. Quer-se crer, por uma questão lógica, que somente a prisão preventiva pode ser cabível nessas hipóteses.

Acerca do tema, salienta Dias (2011, p. 24)¹⁰³, que “ a prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, nos termos do art. 319 do Código Penal”.

Sobre as inovações inerentes a prisão, faz-se importante salientar a lição de Bonfim (2012, p. 492)¹⁰⁴, que evidencia a inserção de uma nova modalidade de prisão pela Lei 12.403/11, a prisão domiciliar, *in verbis*:

A prisão processual penal, também denominada prisão cautelar ou prisão provisória, subdivide-se em três modalidades: prisão preventiva (arts. 311 a 318 CPP); prisão temporária (única modalidade de prisão preventiva em lei extravagante – Lei n. 7.960, de 21.12.1989); e prisão domiciliar (arts. 317 e 318 do CPP). Trata-se de uma nova modalidade de prisão, acrescentada pela Lei. n.12.403/11, que já vinha sendo reconhecida e aplicada pela jurisprudência.

Destarte, Dias (2011, p. 25)¹⁰⁵, elenca em suas lições, as hipóteses de prisão de acordo com as novas regras:

A primeira é a prisão em flagrante, disciplinada no art. 302, do Código de Processo Penal. Considera-se em flagrante delito quem: está cometendo a infração penal; acaba de cometê-la; é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. A segunda hipótese de prisão se dá por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, ou seja, não sendo caso de flagrante, a prisão somente poderá ser decretada por ordem escrita do juiz, que fundamentará seus motivos e determinará a expedição do mandato de prisão. Na esteira, preceitua o inciso IX do art. 93 da Magna Carta, que deverão ser fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. A terceira hipótese prevê a possibilidade de prisão temporária ou prisão preventiva no curso da investigação policial e a quarta hipótese admite a prisão temporária ou prisão preventiva, no curso do processo criminal.

¹⁰³ DIAS, Luiz Henrique Medeiros. Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória. Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Teoria e Prática. São Paulo. Editora Afiliada, 2011.

¹⁰⁴ BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 7ª Edição. De acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁰⁵ DIAS, Luiz Henrique Medeiros. Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória. Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Teoria e Prática. São Paulo. Editora Afiliada, 2011.

Acerca da prisão domiciliar, Bonfim (2012, p. 525)¹⁰⁶, esclarece ainda que “Com a reforma implementada pela Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011, o CPP passou a prever, expressamente, a modalidade de prisão domiciliar, consistente no recolhimento do acusado ou investigado em sua residência, de onde somente poderá sair mediante autorização judicial.”

Vê-se que, nas lições do doutrinador supracitado, uma importante inovação trazida pela Lei 12.403/11, no tocante as prisões, a prisão domiciliar, a qual consiste no recolhimento do réu a sua residência com a imposição de que só poderá se ausentar do local mediante autorização judicial.

Nesse contexto, é interessante analisar os ensinamentos de Nucci (2011, p. 33)¹⁰⁷, que explicita, nesta questão das prisões, os fundamentos para a decretação da segregação:

A nova redação do art. 283 encontra-se em perfeita harmonia com o art. 5º, LXI, da Constituição Federal, associado à reforma processual de 2008 e à jurisprudência dominante em matéria de prisão cautelar. A prisão tem os seguintes fundamentos: flagrante delito; decisão judicial escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente advinda de: sentença condenatória com trânsito em julgado; decretação de prisão temporária, decretação de prisão preventiva.

Sobre as prisões, outra alteração importante ocorreu no tocante a prisão em flagrante que perdeu seu caráter autônomo, não se mantendo por si só, cabendo uma decisão do magistrado em prazo determinado sobre a concessão da liberdade provisória ou a decretar a prisão, segundo redação no novo artigo 310¹⁰⁸ do CPP, como se vê nas lições a seguir.

¹⁰⁶ BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de Processo Penal. 7ª Edição. De acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

¹⁰⁷ NUCCI, Guilherme de Souza.. Prisão e Liberdade. As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁰⁸ Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de

Neste passo, ressalta Bonfim (2012, p. 492)¹⁰⁹:

Antes do advento da Lei n. 12.403/2011, a “prisão em flagrante” (art. 301 a 310 do CPP) também poderia ser incluída facilmente como modalidade de *prisão cautelar* ou *prisão provisória*. Não obstante, conforme se infere o art. 310 do CPP, esta modalidade perdeu seu caráter autônomo, passando a figurar como verdadeira medida “pré-cautelares” ou “subcautelares”.

Ao que tange a decretação da prisão preventiva, faz-se interessante lançar mão, ainda, da lição de Bonfim (2012, p. 516)¹¹⁰, a qual afirma que a prisão preventiva poderá ser decretada durante o inquérito policial ou no decorrer da ação penal, podendo ocorrer, inclusive, de ofício:

A decretação de prisão preventiva deixou de ser providência obrigatória em nossa legislação. Cabe ao juiz decidir acerca da necessidade de encarceramento cautelar do imputado. A prisão preventiva poderá ser decretada tanto no decorrer da ação penal quanto no curso do inquérito policial. A decretação pode ocorrer: de ofício; a requerimento do Ministério Público; a requerimento do querelante; a requerimento do assistente, e mediante representação da autoridade policial. A requerimento do assistente, trata-se de mais uma inovação trazida pela Lei n. 12.403/2011, que passou a prever a possibilidade de o assistente requerer ao juiz, independentemente da vontade do titular da ação penal, a decretação da custódia cautelar do acusado/indiciado.

Todavia, afirmam nas lições a seguir, que há disposição diferenciada acerca da prisão temporária, a prisão preventiva como visto anteriormente, pode ser decretada a qualquer tempo, seja durante o inquérito policial ou no decorrer da ação penal. Já prisão temporária que é disciplinada pela Lei n. 7.960/89, somente poderá ser decretada no decorrer do inquérito policial.

Acerca desta questão, assevera Bonfim (2012, p. 527)¹¹¹: “trata-se de modalidade de prisão cautelar, específica para o inquérito policial, que tem por finalidade permitir a investigação de crimes particularmente graves”.

comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

¹⁰⁹ BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 7ª Edição. De acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹¹⁰ BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 7ª Edição. De acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹¹¹ BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 7ª Edição. De acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

Outras alterações salientadas pelos doutrinadores acerca da prisão, encontram-se dispostas nos artigos 289¹¹² e 289-A¹¹³ do CPP, os quais tratam da depreciação das prisões e da criação de um cadastro nacional para os mandados de prisão tencionando garantir sua eficácia no contexto nacional.

Sobre as alterações contidas no art. 289 do CPP, leciona Nucci (2011, p.37)¹¹⁴ que “As alterações do art. 289 foram positivas, pois se aperfeiçoou a sua redação, além de serem incluídas modernidades no campo da concretização da prisão”.

Nucci (2011, p. 37)¹¹⁵, ressalta em suas lições, ainda, que a alteração mais importante neste aludido artigo é a que permitiu que seja utilizado qualquer meio de comunicação para a requisição da prisão, veja-se:

No *caput*, acrescentou-se apenas ser a jurisdição do *juiz processante*, vale dizer, o titular do feito onde foi decretada a prisão. Anteriormente,

¹¹² Art. 289. Quando o acusado estiver no território nacional, fora da jurisdição do juiz processante, será deprecada a sua prisão, devendo constar da precatória o inteiro teor do mandado. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º Havendo urgência, o juiz poderá requisitar a prisão por qualquer meio de comunicação, do qual deverá constar o motivo da prisão, bem como o valor da fiança se arbitrada. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º A autoridade a quem se fizer a requisição tomará as precauções necessárias para averiguar a autenticidade da comunicação. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 3º O juiz processante deverá providenciar a remoção do preso no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da efetivação da medida. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). (Grifo nosso).

¹¹³ Art. 289-A. O juiz competente providenciará o imediato registro do mandado de prisão em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça para essa finalidade. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão determinada no mandado de prisão registrado no Conselho Nacional de Justiça, ainda que fora da competência territorial do juiz que o expediu. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão decretada, ainda que sem registro no Conselho Nacional de Justiça, adotando as precauções necessárias para averiguar a autenticidade do mandado e comunicando ao juiz que a decretou, devendo este providenciar, em seguida, o registro do mandado na forma do *caput* deste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 3º A prisão será imediatamente comunicada ao juiz do local de cumprimento da medida o qual providenciará a certidão extraída do registro do Conselho Nacional de Justiça e informará ao juízo que a decretou. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 4º O preso será informado de seus direitos, nos termos do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal e, caso o atuado não informe o nome de seu advogado, será comunicado à Defensoria Pública. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 5º Havendo dúvidas das autoridades locais sobre a legitimidade da pessoa do executor ou sobre a identidade do preso, aplica-se o disposto no § 2º do art. 290 deste Código. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 6º O Conselho Nacional de Justiça regulamentará o registro do mandado de prisão a que se refere o *caput* deste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

¹¹⁴ NUCCI. Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade. As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

¹¹⁵ NUCCI. Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade. As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

mencionava-se somente o termo *jurisdição*, desacompanhado do seu detentor. Cuida-se de aperfeiçoamento da redação. De qualquer modo, manteve-se a emissão de precatória para a realização da prisão em outra Comarca. A real modificação concentrou-se no § 1º, antes parágrafo único, onde se permitiu a utilização de *qualquer meio de comunicação* para a requisição da prisão a outro juízo, desde que haja urgência. Esta se dá, normalmente, em situações de prisão cautelar; a prisão advinda de pena definitiva pode ser transmitida via precatória.

Por conseguinte, sobre o art. 289-A do CPP, Nucci (2011, p. 41)¹¹⁶ afirma ser uma inovação no sistema processual pátrio, que vem a representar o alcance nacional do mandado de prisão, algo que antes era falho no regramento anterior, *in verbis*:

O disposto pelo art. 289-A é uma promissora inovação no sistema processual penal brasileiro, representando o alcance nacional do mandado de prisão de qualquer pessoa, algo lacunoso no anterior corpo legislativo. O Conselho Nacional de Justiça manterá um banco de dados, abrangendo todos os Estados da Federação, de modo que os mandados de prisão expedidos em todas as Comarcas sejam ali registrados. Tal medida permitirá que qualquer policial, tomando conhecimento da ordem judicial de prisão, possa executá-la assim que viável. Essa providencia não elimina o disposto pelo art. 289 do CPP, ou seja, a expedição da carta precatória, com ordem de prisão, ou mesmo a requisição por outros meios de comunicação. Afinal, esta é uma solicitação direta, enviada do juízo processante ao juízo deprecado, onde se encontra o indiciado ou réu.

Ante as lições analisadas neste capítulo, são perceptíveis as inovações no tocante as medidas cautelares e as prisões inseridas no sistema processual penal vigente pela Lei 12.403/11, bem como, antes os ensinamentos citados, vê-se a importância dessas significativas modificações.

No próximo capítulo, será objeto de estudo a substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos.

¹¹⁶ NUCCI. Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade. As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

3. A CONVERSÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE EM PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO

Nesse capítulo, tratar-se-á acerca da conversão das penas restritivas de liberdade em restritivas de direitos, para tanto, é precipuamente objeto de sintética análise as penas em geral, conceito e principais características, por conseguinte o estudo abarcará as penas restritivas de liberdade, as penas restritivas de direitos e por fim quais os requisitos para a realização da conversão de penas.

3.1 Das Penas

Estuda-se de forma objetiva e pontual as principais informações atinentes as penas em geral, conceituação e principais características.

Acerca do conceito de pena Soler (1970, p.342) *apud* Mirabete (2001, p. 246)¹¹⁷, afirma “pena é uma sanção aflitiva¹¹⁸ imposta pelo Estado, através da ação penal, ao autor de infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos”.

Coaduna a essa lição, Capez (2012, p.385 e 386)¹¹⁹, ao conceituar pena em sua obra, *in verbis*:

Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.

¹¹⁷MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 17ª Edição Revista e Atualizada até outubro de 2000. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

¹¹⁸ AFLITIVA: penoso, excruciante, pungente, angustiante, cruciante, torturante, lancinante, doloroso
Disponível em: <http://pt.thefreedictionary.com/aflitiva> (Acesso em: 21-08-2012) às 15:47 hs.

¹¹⁹ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Volume I. Parte Geral. 16ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

Por sua vez, Jesus (2003, p. 519)¹²⁰, afirma que pena “tem finalidade preventiva, no sentido de evitar a prática de novas infrações. A prevenção é: geral; e especial”. Prossegue, asseverando que:

Na prevenção geral o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os destinatários da norma penal, visando a impedir que os membros da sociedade pratiquem crimes. Na prevenção especial a pena visa o autor do delito, retirando-o do meio social, impedido-o de delinquir e procurando corrigi-lo.

Dessa feita, é possível inferir com os doutrinadores citados que, pena consiste em sanção penal que visa punir o culpado pela prática de um delito aplicando uma retribuição ao indivíduo ao ato praticado, de forma a propiciar uma reintegração social e prevenir novas práticas por meio da intimidação.

Sobre as penas, faz-se importante conhecer quais suas principais características e quais princípios encontram-se presentes nelas.

Sobre tal questão Mirabete (2001, p. 246)¹²¹, assevera “devem existir na pena várias características: legalidade¹²², personalidade¹²³, proporcionalidade¹²⁴ e inderrogabilidade¹²⁵”.

Nesse passo, Antolisei (1956, p. 515 e 516) *apud* Jesus (2003, p. 519 e 520)¹²⁶, assevera: “são caracteres da pena: é personalíssima, só atingindo o autor do crime (Const. Federal, art. 5.º, XLV); a sua aplicação é disciplinada pela lei; é inderrógavel, no sentido da certeza de sua aplicação; é proporcional ao crime.

¹²⁰ JESUS, Damásio E. de, Direito penal/ Parte geral. 1º Volume. 27.ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva. 2003.

¹²¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 17ª Edição Revista e Atualizada até outubro de 2000. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2001.

¹²² LEGALIDADE: Conformidade com a lei, conjunto das determinações constantes das leis. Fonte: Minidicionário HOUAISS da língua portuguesa. 4ª Edição – Revista e aumentada. Rio de Janeiro: Editora Moderna. 2012.

¹²³ PERSONALIDADE: Do latim *personalitas*, de *persona* (pessoa), quer, propriamente, significar o conjunto de elementos, que se mostram próprios ou inerentes à pessoa, formando ou *constituindo* um *indivíduo* que, em tudo, morfológica, fisiológica e psicologicamente se diferencia de qualquer outro. Fonte: Vocabulário Jurídico. De Plácido e Silva. 18ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2001.

¹²⁴ PROPORCIONALIDADE: revela-se numa igualdade relativa, conseqüente da relação das diferentes partes de um todo já comparadas entre si. Fonte: Vocabulário Jurídico. De Plácido e Silva. 18ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

¹²⁵ INDERROGABILIDADE: Inderrogável: Que não pode ser anulado, revogado. Disponível em: <http://www.dicionarioinformal.com.br/inderrog%C3%A1vel/>. Acesso em 14-12-2011 às 00:10 hs.

¹²⁶ JESUS, Damásio E. de, Direito penal/ Parte geral. 1º Volume. 27.ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva. 2003.

Por conseguinte, Mirabete (2001, p. 246)¹²⁷ traz elucidações acerca do princípio da legalidade:

O princípio da *legalidade*, consiste na existência prévia de lei para a imposição da pena (*nulla poemasine lege*), previsto no art. 1º do Código Penal. a característica da *personalidade* refere-se à impossibilidade de estender-se a terceiros a imposição da pena.

Capez (2012 p. 386)¹²⁸, por sua vez, sobre o aludido princípio, ratifica as lições acima afirmando “Legalidade: a pena deve estar prevista em lei vigente, não se admitindo seja cominada em regulamento ou ato normativo infralegal (CP, art. 1º, e CF, art. 5º, XXXIX)”.

Nesse contexto Capez (2012 p. 386)¹²⁹, salienta ainda, um princípio arraigado ao da legalidade, o da anterioridade, afirmando “Anterioridade: a lei já deve estar em vigor na época em que for praticada a infração penal (CP. Art. 1º, e CF, art. 5º, XXXIX)”.

Deste modo, a primeira característica ou primeiro princípio caracterizador das penas, firma que esta, impreterivelmente, deve estar prevista em lei vigente, sendo inaceitável sua disposição em regramento ou legislação infralegal e ainda deve ser estabelecida em lei anterior a época da infração penal.

Sobre a segunda característica, a pessoalidade, Mirabete (2001, p. 246)¹³⁰, é claro ao lecionar que em regra a pena não poderá ultrapassar o réu e atingir seus sucessores, todavia, ressalta que na cominação da pena de perda de bens encontra-se a exceção cabendo a extensão até o limite do valor dos bens transferidos:

Por isso, determina-se que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado” (art. 5º, XLV, primeira parte, da CF), proibindo-se, por exemplo, as penas infamantes a nova Constituição, porém, prevê a cominação da pena de “perda de bens” (art. 5º, XIV, *b*) permitindo expressamente que a decretação do perdimento de bens possa ser, nos termos da lei, estendida aos sucessores e contra eles executada, até o limite do valor do patrimônio transferido (art. XLV, segunda parte). A exceção mutila o princípio da personalidade da pena. Os efeitos secundários da pena de prisão com relação aos dependentes do criminoso são corrigidos com medidas sociais (auxílio reclusão, descontos na remuneração do sentenciado, etc.).

¹²⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 17ª Edição Revista e Atualizada até outubro de 2000. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2001.

¹²⁸ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Volume I. Parte Geral. 16ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2012.

¹²⁹ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Volume I. Parte Geral. 16ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2012.

¹³⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 17ª Edição Revista e Atualizada até outubro de 2000. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

Nesse passo, as lições de Capez (2012 p. 386)¹³¹, sobre este segundo princípio asseveram que a pena não pode passar da pessoa do acusado, bem como, que a pena de dívida, mesmo sendo tida como dívida não pode ser exigida dos herdeiros do falecido:

Personalidade: a pena não pode passar da pessoa do condenado (CF, art. 5º, XLV). Assim, a pena de multa, ainda que considerada dívida de valor para fins de cobrança, não pode ser exigida dos herdeiros do falecido. Individualidade: a sua imposição e cumprimento deverão ser individualizados de acordo com a culpabilidade e o mérito do sentenciado (CF- art. 5º, XLVI)”.

Por sua vez, Mirabete (2001, p. 246)¹³², leciona sobre a necessidade da existência da proporcionalidade relacionada ao crime e a pena, em que cada crime deve ser reprimido com uma pena proporcional ao ato praticado:

Deve haver, ainda, *proporcionalidade* entre o crime e a pena; cada crime deve ser reprimido com uma sacção proporcional ao mal por ele causado. Essa característica, entretanto, é abrandada no direito positivo; a Constituição Federal determina que “a lei regulará a individualização da pena” (art. 5º, XLV), e o Código Penal refere-se, quando da aplicação da pena aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente (art. 59), à reincidência (art.61, I) etc.

Nesse passo, comunga com tais lições, Capez (2012 p. 387)¹³³, ao ensinar sobre o tema: “Proporcionalidade: a pena deve ser proporcional ao crime praticado (CF, art. 5º, XLVI e XLVII).”

Vê-se que as lições acima são uníssonas no entendimento acerca da necessidade dessa proporcionalidade na aplicação das penas, a reprimenda precisa se proporcional ao delito cometido.

Por conseguinte, há, ainda, a característica da inderrogabilidade, nas palavras de Mirabete (2001, p. 246)¹³⁴:

¹³¹ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. 2012. Volume I. Parte Geral. 16ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹³² MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 17ª Edição Revista e Atualizada até outubro de 2000. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

¹³³ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Volume I. Parte Geral. 16ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

¹³⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 17ª Edição Revista e Atualizada até outubro de 2000. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

Por fim, a pena deve ser *inderrogável*; praticado o delito, a imposição deve ser certa e a pena cumprida. Tal caráter também é suavizado em varia situações, conforme a lei penal. são os casos da suspensão condicional, do livramento condicional, do perdão judicial, da extinção da punibilidade etc.

Capez (2012 p. 386)¹³⁵, por seu turno, em suas lições esclarece sobre a Inderrogabilidade, afirmando “salvo as exceções legais, a pena não pode deixar de ser aplicada sob nenhum fundamento. Assim, por exemplo, o juiz não pode extinguir a pena de multa levando em conta seu valor irrisório.”

A inderrogabilidade segundo os ensinamentos acima, consiste na vedação da não aplicação das penas, até mesmo nos casos em que aparentemente pareçam irrisórias, o Magistrado não pode declinar da aplicação.

Ainda ao que tange as penas, a doutrina pátria as classificam em privativas de liberdade e restritivas de direitos. Afirma Capez (2012 p. 387)¹³⁶ “as penas classificam-se em: privativas de liberdade; restritivas de direitos; pecuniárias”.

Mirabete (2001, p. 246)¹³⁷, acerca do assunto leciona “Doutrinariamente, as penas classificam-se em: corporais; privativas de liberdade; restritivas de liberdade; pecuniárias; e privativas e restritivas de direito”.

Acerca destas classificações, Jesus (2003, p 520)¹³⁸, classifica as penas em: corporais; privativas de liberdade; restritivas de liberdade; pecuniárias; e privativas e restritivas de direitos”.

Sobre as penas corporais, vê se que estas visavam atingir a integridade física do criminoso, o que hoje no Brasil, pelo princípio da humanidade não são aceitável.

Sobre as penas corporais, discorre Cf. Garcez (1972, p. 56) *apud* Mirabete (2001, p.247)¹³⁹:

¹³⁵ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Volume I. Parte Geral. 16ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

¹³⁶ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Volume I. Parte Geral. 16ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

¹³⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 17ª Edição Revista e Atualizada até outubro de 2000. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

¹³⁸ JESUS, Damásio E. de, Direito penal/ Parte geral. 1º Volume. 27.ª edição, revista e atualizada .São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

¹³⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 17ª Edição Revista e Atualizada até outubro de 2000. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

As penas *corporais*, em seu sentido estrito, atinge a própria integridade física do criminoso. São os açoites, as mutilações e a morte. Em favor das primeiras, dizia-se ser a única adequada aos brutos e degredados, que só se sensibilizariam por estímulos materiais e pelo temor dos castigos, proclamando-se, ainda a vantagem de dispensar a pena de prisão e todos os inconvenientes desta, inclusive as consequências para a família do condenado.

Capez (2012 p. 387)¹⁴⁰, esclarece que penas corporais não são cabíveis em nosso regramento em respeito ao princípio da humanidade: “não são admitidas as penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, perpétuas (CP, art. 75), de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (CF, art. 5º, XLVII).”

Sobre a vedação as penas corporais no ordenamento pátrio, esclarece, Mirabete (2001, p. 248)¹⁴¹ “penas privativas de liberdade são as mais utilizadas nas legislações modernas, apesar do consenso da falência do sistema prisional. Podem ser divididas em *prisão perpétua* e *prisão temporária*, sendo a primeira vedada em dispositivo constitucional brasileiro (art. 5º, XLVII, b).”

Sobre as penas restritivas de liberdade Mirabete (2001, p. 248)¹⁴², ensina que estas limitam em parte o direito de ir e vir do condenado, todavia, estes não ficam recolhidos à prisão, é exemplo desse tipo de pena a proibição de frequentar certos lugares. Contudo, hoje este tipo de medida é aplicada nos casos de *sursis*¹⁴³.

Ao que tange as penas pecuniárias, importante a lição de Mirabete (2001, p. 248)¹⁴⁴, ao esclarecer que estas podem ser de duas formas, multa e confisco, além de trazer uma explanação detalhada sobre o assunto, *in verbis*:

As penas *pecuniárias* são as que acarretam diminuição do patrimônio do condenado ou o absorvem totalmente; elas são de duas modalidades: a *multa* e o *confisco*. Consiste a primeira no pagamento de determinada importância pelo autor da infração penal e é cominada especialmente nos casos em que se

¹⁴⁰ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Volume I. Parte Geral. 16ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

¹⁴¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 17ª Edição Revista e Atualizada até outubro de 2000. São Paulo: Atlas, 2001.

¹⁴² MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 17ª Edição Revista e Atualizada até outubro de 2000. São Paulo: Atlas, 2001.

¹⁴³ Suspensão condicional da pena. Fonte: Vocabulário Jurídico. De Plácido e Silva. 18ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

¹⁴⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 17ª Edição Revista e Atualizada até outubro de 2000. São Paulo: Atlas, 2001.

percebe a cupidez do agente do crime. Largamente empregada em nosso Código a pena de multa, tem-se apregoado sua imposição como substituto das penas privativas de liberdade de curta duração, dando-se ênfase a esse aspecto na reforma penal. o confisco que é perdimento dos bens do agente, não era permitido em nossa legislação, mas a nova Constituição Federal prevê a possibilidade da cominação da pena de “perda de bens”, que pode ser executada contra os sucessores até o limite do valor do patrimônio transferido.

Mirabete (2001, p.249)¹⁴⁵, ensina ainda, sobre as penas privativas e restritivas de direitos, as quais retiram ou diminuem direitos de sentenciados. Tais sanções são atualmente divididas em prestações pecuniárias, perda de bens e valores, prestações de serviços a comunidade ou entidades públicas e limitação de finais de semana.

Coaduna-se a estas lições, Jesus (2003, p.520)¹⁴⁶, ao asseverar: “São penas restritivas de direitos: prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos; e limitação de fim de semana”.

Posteriormente, serão analisadas com maior riqueza de detalhes as duas principais espécies de penas, privativas de liberdade e restritivas de direitos, para que haja uma melhor compreensão acerca dos requisitos necessários a substituição destas.

3.2 Penas Privativas de Liberdade

Inicialmente, cumpre salientar a lição de Cf. Pimentel (p. 185-186) *apud* Mirabete (2001, p. 251)¹⁴⁷, que traz importantes apontamentos acerca das penas privativas de liberdade:

Apesar de ter contribuído decisivamente para eliminar as penas aflitivas, os castigos corporais, as mutilações etc., não tem a pena de prisão correspondido às esperanças de cumprimento com as finalidades de recuperação de delinquente. O sistema de penas privativas de liberdade e seu fim constituem verdadeira contradição. É praticamente impossível a ressocialização do homem que se encontra preso, quando vive em uma comunidade cujos valores são totalmente distintos daqueles a que, em liberdade, devera obedecer. Tal situação não impede, porém, que se inicie a

¹⁴⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 17ª Edição Revista e Atualizada até outubro de 2000. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

¹⁴⁶ JESUS, Damásio E. de, Direito penal/ Parte geral. 1º Volume. 27.ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

¹⁴⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 17ª Edição Revista e Atualizada até outubro de 2000. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

experiência de evitar o máximo possível o confinamento dos condenados a penas de curta duração.

Ante estes ensinamentos, é possível perceber que as penas privativas de liberdade foram estabelecidas para extinguir as penas afluivas, mas segundo o aludido doutrinador, tais penas não viabilizam como deveriam a ressocialização dos indivíduos, todavia, vê como válida a tentativa de evitar ao máximo a segregação nos casos de penas de curta duração.

Destarte, Mirabete (2001, p. 252)¹⁴⁸, evidencia o propósito das alterações inseridas no Código Penal Brasileiro, cujo fim foi aperfeiçoar a pena de prisão possibilitando sua substituição quando possível:

Assinala-se na exposição de motivos da Lei n. 7.209/84¹⁴⁹: “Com o ambivalente propósito de aperfeiçoar a pena de prisão, quando necessária, e de substituí-la quando aconselhável, por formas diversas de sanção criminal, dotadas de eficiente poder corretivo, adotou o Projeto novo elenco de penas.

Acerca das penas privativas de liberdade, o artigo 33¹⁵⁰ do Código Penal¹⁵¹, estabelece que a pena pode ser de reclusão ou detenção e estabelece as regras para o cumprimento das

¹⁴⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 17ª Edição Revista e Atualizada até outubro de 2000. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

¹⁴⁹ Altera dispositivos do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências

¹⁵⁰ Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - Considera-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais. (Incluído pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

¹⁵¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De12848.htm> Acesso em 22 de novembro de 2012, as 14:40 hs.

penas, se reclusão no regime, fechado, semiaberto ou aberto, se detenção semiaberto ou aberto, salvo os casos de transferência para o fechado.

Capez (2012, p. 387)¹⁵², por oportuno, afirma que “De acordo com o art. 110 da Lei de Execução Penal, o juiz deverá estabelecer na sentença o regime inicial de cumprimento da pena, com observância do art. 33 do Código Penal, o qual estabelece distinção quanto à pena de reclusão e detenção”

Sobre a questão Mirabete (2001, p. 252 e 253)¹⁵³, esclarece que na reforma penal (Lei nº 7.209), manteve-se a distinção das penas de reclusão e detenção:

(...) manteve-se na reforma penal a distinção, agora quase puramente formal, das penas de reclusão e detenção, espécies de penas privativas de liberdade previstas no Código Penal. Enquanto na lei anterior se estabelecia uma diferença na execução, consistente no facultativo isolamento absoluto por um período não superior a três meses exclusivamente para a reclusão, a distinção cinge-se agora ao disposto no art. 33, em que se possibilita o cumprimento da pena de reclusão nos três regimes (fechado, semi-aberto ou aberto) e a de detenção apenas nos dois menos severos. Permite-se, porém, no caso de regressão, que o condenado a pena de detenção venha a cumprí-la em regime fechado (art. 33 do CP e 118 da LEP).

Sobre os regimes de cumprimento de pena, fechado, semiaberto e aberto, Capez (2012 p. 387)¹⁵⁴, esclarece as diferenças :

Fechado: cumpre a pena em estabelecimento penal de segurança máxima ou média; Semiaberto: cumpre a pena em colônia penal agrícola, industrial ou em estabelecimento similar; Aberto: trabalha ou frequenta cursos em liberdade, durante o dia, e recolhe-se em Casa de Albergado ou estabelecimento similar à noite e nos dias de folga.

Em concordância com as lições acima, assevera Mirabete (2001, p, 254 e 255)¹⁵⁵:

[...] três os regimes de cumprimento das penas privativas de liberdade: regime fechado, com a execução em estabelecimento de segurança máxima ou média; regime semi-aberto, com a execução em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; regime aberto, com a execução em casa de albergado ou estabelecimento adequado (art. 33, § 1º).

¹⁵² CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Volume I. Parte Geral. 16ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

¹⁵³ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 17ª Edição Revista e Atualizada até outubro de 2000. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

¹⁵⁴ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Volume I. Parte Geral. 16ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2012.

¹⁵⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 17ª Edição Revista e Atualizada até outubro de 2000. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2001.

Por sua vez, Mirabete (2001, p. 253)¹⁵⁶, esclarece os casos em que cominada pena de detenção para inimputável é facultado ao juiz a aplicação de medida de segurança de internação em hospital de custódia:

Tratando-se de crime a que é cominada pena de detenção e, sendo o agente inimputável, faculta-se ao juiz a substituição da medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico pela sujeição a tratamento ambulatorial (art. 97). A *contrario sensu*, se o crime praticado pelo inimputável é cominada abstratamente pena de reclusão, aplica-se a medida de segurança detentiva. Além disso, a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, como efeito da condenação, só ocorre quando o agente for condenado por crime a que é cominada abstratamente pena de reclusão (art. 92, inciso II).

Todavia, acerca da estipulação de qual regime a ser aplicado, Capez (2012, p. 387 e 388)¹⁵⁷ esclarece de forma clara em suas lições quais os critérios norteadores dessa definição:

Se a pena imposta for superior a 8 anos: inicia seu cumprimento em regime fechado. Se a pena imposta for superior a 4, mas não exercer a 8 anos: inicia em regime semiaberto. Se a pena imposta for igual ou inferior a 4 anos: inicia em regime aberto. Se o condenado for reincidente: inicia sempre em regime fechado, não importando a quantidade de pena imposta. Há, contudo, uma possibilidade excepcional de o juiz conceder o regime aberto ao sentenciado a reclusão mesmo que reincidente. Se as circunstâncias do art. 59 do CP forem desfavoráveis ao condenado: inicia em regime fechado. Não se tratando de pena superior a 8 anos (art. 33, § 2º, *a*, do CP), a imposição de regime inicial fechado depende de fundamentação adequada em face do que dispõem as alíneas *a, b* e *c* do mesmo parágrafo (2º) e também o § 3º *c/c* o art. 59 do mesmo diploma.

Comungando com as lições acima, Mirabete (2001, p.256)¹⁵⁸, leciona acrescentando que:

Estão obrigatoriamente sujeitos ao regime fechado, no início do cumprimento da pena, os condenados à reclusão reincidentes ou cuja pena seja superior a oito anos (art. 33, §2º, *a*). por expressa disposição da Lei n. 8.072, de 25-07-90, a pena será integralmente cumprida em regime fechado quando se tratar de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, de terrorismos e dos crimes definidos como hediondos, consumados ou tentados, ainda que aplicada pena inferior a oito anos (art. 2º, §1º).

¹⁵⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 17ª Edição Revista e Atualizada até outubro de 2000. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2001.

¹⁵⁷ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Volume I. Parte Geral. 16ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

¹⁵⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 17ª Edição Revista e Atualizada até outubro de 2000. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

Por fim, Capez (2012, p. 388)¹⁵⁹ afirma que “o teor da Súmula 719 do STF, editada em 14-10-2003: “ A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada exige motivação idônea”.

Depreende-se das lições acima que os critérios definidores do regime inicial do cumprimento da pena, são determinados pelo quantitativo de pena imposta, se período superior a 8 (oito) anos a pena será cumprida inicialmente em regime fechado, se período superior a 4 (quatro), mas não exceder a 8 (oito) anos, o regime será semiaberto, sendo pena igual ou menor que 4 (quatro) anos o regime será o aberto.

É ainda, das aludidas lições, que há exceções a estas regras no caso de legislações especiais, onde o cumprimento da pena será obrigatoriamente no regime fechado, como no caso de crimes de tráfico de entorpecentes e afins, bem como, que a decisão que tratar impuser um regime mais severo diferentemente da regra pelo quantitativo de pena deve ser fundamentada.

Assim, viu-se os principais apontamentos acerca das penas privativas de liberdade, o assunto por óbvio não foi esgotado, haja vista sua extensão, pretendeu-se, no entanto, viabilizar uma breve análise para melhor compreensão do tema central do último capítulo.

3.3 Das Penas Restritivas de Direitos

Sobre as penas restritivas de direitos, serão estudadas considerações sobre seu surgimento, principais características e aplicação, destacando-se os pontos mais importantes da matéria.

Acerca das penas restritivas de direitos, Mirabete (2001, p. 267)¹⁶⁰, faz importantes considerações sobre o seu início, firmando o objetivo de sua criação:

Diante da já comentada falência da pena privativa de liberdade, que não atende aos anseios de ressocialização, a tendência moderna é procurar substitutivos penais para essa sanção, ao menos no que se relacione com os crimes menos graves e aos criminosos cujo encarceramento não é aconselhável. O questionamento a respeito da privação de liberdade tem levado penalistas de numerosos países e a própria Organização das Nações

¹⁵⁹ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Volume I. Parte Geral. 16ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

¹⁶⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 17ª Edição Revista e Atualizada até outubro de 2000. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

Unidas a uma “procura mundial” de soluções alternativas para os infratores que não ponham em risco a paz e a segurança da sociedade.

As lições de Capez (2012, p. 433 e 434)¹⁶¹, vem de encontro as exposições acima, trazendo detalhes mais específicos sobre a instituição das penas restritivas de direitos:

O 6º Congresso das Nações Unidas, reconhecendo a necessidade de buscar alternativas para a pena privativa de liberdade, cujos altíssimos índices de reincidência (mais de 80%) recomendavam uma urgente revisão, incumbiu o Instituto da Ásia e do Extremo Oriente para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente de estudar a questão. Apresentada a proposta, foi aprovada no 8º Congresso da ONU, realizado em 14 de dezembro de 1990, sendo apelidada de regras de Tóquio, também conhecidas como Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade.

Por conseguinte, Jesus (2003, p. 529 e 530)¹⁶², afirma serem as penas restritivas de direitos meios utilizados pelo legislador para impedir que o acusado sofra uma imposição mais severa nos casos em se entende não ter sido a infração grave ao ponto de restringir-lhe a liberdade, *in verbis*:

Alternativas penais, também chamadas substitutivos penais, são meios de que se vale o legislador visando impedir que o autor de uma infração penal venha a ser aplicada medida ou pena privativa de liberdade. Exs: a fiança, o *sursis*, a suspensão condicional do processo e o perdão judicial. São também denominadas “medidas alternativas” e “medidas não privativas de liberdade”. Podem atuar antes do julgamento, como, por ex.: a fiança, a liberdade provisória e a suspensão condicional do processo. Sua imposição é também possível na sentença condenatória (ex: *sursis*). Por último, podem atuar na fase da execução da pena (ex.: indulto). Outro exemplo encontra-se no art. 180 da LEP, que permite que a pena privativa de liberdade, na fase da execução, seja convertida em restritiva de direitos.

Assim, fica evidente que as penas restritivas de direitos vieram para substituir as penas privativas de liberdade nos casos em que esta medida, não seria o método mais acertado dentro do princípio da proporcionalidade, mas em contraponto, deveria o Estado de aplicar outra sanção ao indivíduo.

¹⁶¹ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Volume I. Parte Geral. 16ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁶² Jesus, Damásio E. de, Direito penal/ Parte geral. 1º Volume. 27.ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

Nesse passo Mirabete (2001, p. 267)¹⁶³, esclarece acerca dos objetivos das penas restritivas de direitos, as quais são reservadas para hipóteses de delitos considerados menos gravosos e por isso ensejariam uma penalidade menos gravosa que a privação da liberdade:

A prisão é reservada para as espécies mais grave de ilicitude, ou, em outra hipótese, quando exame dos antecedentes, a personalidade e a conduta social do agente recomendarem providência. Nesse sentido, orientam-se as legislações e os projetos legislativos modernos, instituído ou reforçando certos substitutivos penais à pena privativa de liberdade: substituição por multa das penas até seis meses e admoestação e repressão judiciais (Alemanha); trabalho em favor de uma causa de interesse comum (Inglaterra); prisão de fim de semana (Bélgica); interdições do exercício de cargo público ou d profissão e de licença para dirigir veículos e exílio local (Hungria); limitação de liberdade com trabalho corretivo (Polônia); substituição por multa, prisão por dias livres, admoestação, prestação de trabalho a favor da comunidade (Portugal); prisão de fim de semana, substituição por multa e penas privativas de direitos (Espanha); trabalhos correcionais sem privação de liberdade (URSS). As propostas mais aceitas, são portanto, a elevação das interdições de direitos à categoria principal, a substituição da pena privativa de liberdade de curta duração por multa e a prestação de serviços sem privação de liberdade.

Por conseguinte, Jesus (2003, p. 530)¹⁶⁴, acerca das características das penas restritivas de direitos, ou penas alternativas, assevera que:

Penas alternativas são sanções de natureza criminal diversas da prisão, como a multa, a prestação de serviço à comunidade e as interdições temporárias de direitos, pertencendo ao gênero das alternativas penais. As medidas alternativas podem ser classificadas em: restritivas de liberdade, como a limitação de fim de semana; restritivas de direitos, como as interdições provisórias de direitos; pecuniárias, como a multa e a prestação pecuniária; e de tratamento, como a submissão a tratamento.

Sobre esta questão, afirma Capez (2012, p. 434)¹⁶⁵, firmando que medidas alternativas se caracterizam pela substituição a prisão:

¹⁶³ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 17ª Edição Revista e Atualizada até outubro de 2000. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

¹⁶⁴ Jesus, Damásio E. de, Direito penal/ Parte geral. 1º Volume. 27.ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

¹⁶⁵ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Volume I. Parte Geral. 16ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

Medidas alternativas constituem toda e qualquer medida que venha a impedir a imposição da pena privativa de liberdade, tais como reparação de dano extinta de punibilidade, exigência de representação do ofendido para determinados crimes, transação penal, suspensão condicional do processo, composição civil caracterizadora da renúncia ao direito de queixa ou representação etc. não se trata de penas, mas de institutos que impedem ou paralisam a persecução penal, não se confundindo, portanto, com as penas alternativas.

Há nesta matéria, uma importante lição que merece destaque, a diferenciação entre medidas e penas alternativas, nessa esteira na lição de Capez (2012, p. 435)¹⁶⁶:

Medidas alternativas são soluções processuais ou penais para evitar o encarceramento cautelar provisório (por exemplo: rol de medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, por força da Lei n. 12.403/11, incluído-se a concessão de fiança) ou a prisão imposta por condenação criminal definitiva (p. ex: suspensão condicional do processo, ampliação das hipóteses de cabimento de fiança, facilitação da progressão do regime, maior acesso ao livramento condicional e ao sursis etc.). Diferem das penas alternativas porque não constituem penas, mas opções para evitar a persecução penal e, por conseguinte, a imposição da pena privativa de liberdade, por sentença judicial.

Como visto, as medidas alternativas se diferenciam das penas alternativas pela sua natureza, não são penas, mas sim opções para evitar um processo penal, tais medidas tiveram seu rol expandido pela Nova Lei de Prisões e Medidas cautelares.

Efetivamente, como penas alternativas, ou restritivas de direitos, o rol lecionado por Jesus (2003, p. 531)¹⁶⁷, inclui prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços a comunidade, dentre outros, *in verbis*:

O CP, com as alterações da Lei n. 9714/98, passou a prever que são penas alternativas, algumas delas restritivas de direitos: *prestação pecuniária*: (art. 43, I): consiste na pagamento à vítima, e seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social de importância fixada pelo juiz, não, não inferior a um nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos (art. 45, §1.º); *perda de bens e valores* pertencentes ao condenado em favor do Fundo Penitenciário Nacional (art. 43, II), considerando-se o prejuízo causado pela infração penal ou o provento obtido pelo agente ou por terceiro (art. 46, § 3.º); *prestação de serviços à comunidade ou à entidades públicas* (arts. 43, IV, e 46): atribuição de tarefas gratuitas ao condenado (art. 46, § 1.º em entidades assistências, escolas, hospitais etc. (art. 46, § 2.º); proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de

¹⁶⁶ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Volume I. Parte Geral. 16ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

¹⁶⁷ Jesus, Damásio E. de, Direito penal/ Parte geral. 1º Volume. 27.ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

mandato eletivo (CP, art. 47, I); proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação oficial, de licença ou autorização do Poder Público (CP, art.47, II); suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo (art. 47, III); proibição de freqüentar determinados lugares (art. 47, IV); limitação de fim de semana (arts. 43, VI, e 48); multa (art. 44, §2.º); prestação inominada (art. 45, § 2.º): em que o juiz, havendo aceitação do condenado, pode substituir a prestação pecuniária (arts. 43, I, e 45, § 1.º), que se cumpre com pagamento em dinheiro à vítima, por “prestação de outra natureza”.

Vislumbra-se nesse rol, diferentes medidas que devem se aplicadas como pena, que segundo os doutrinadores, são aplicadas de acordo com cada caso concreto, sendo cumulativas ou não, dependendo de cada caso.

Nesse passo, coaduna com as lições acima Capez (2012, p. 435)¹⁶⁸, ao lecionar:

Antes do advento da Lei n. 9.714/98, havia, além da multa, outras cinco penas alternativas, todas elas restritivas de direitos: prestação de serviços à comunidade, limitação de fim de semana, proibição do exercício de habilitação para dirigir veículo. Com a nova legislação, foram criadas outras quatro: prestação pecuniária em favor da vítima, perda de bens e valores, proibição de frequentar determinados lugares e prestação pecuniária inominada. Dessa forma, atualmente o Código Penal contempla, além da já existente e conhecida pena pecuniária, outras nove sanções alternativas: prestação de serviços à comunidade; limitação de fim de semana; quatro interdições temporárias de direito: proibição do exercício de cargo função pública ou mandato eletivo; proibição do exercício de profissão ou atividade; suspensão da habilitação para dirigir veículo (entendemos que esta foi extinta pelo novo Código de Transito Brasileiro); e proibição de frequentar determinados lugares; prestação pecuniária em favor da vítima; prestação pecuniária inominada; perda de bens e valores.

Acerca da aplicação dessas penas substitutivas Jesus (2003, p. 532)¹⁶⁹, afirma que “As penas alternativas são substitutivas. O juiz, em primeiro lugar, fixa a pena privativa de liberdade. Depois, a substitui por uma ou mais alternativas, se for o caso. Não podem ser aplicadas diretamente, nem cumuladas com as privativas de liberdade”.

Jesus (2003, p. 532)¹⁷⁰, salienta, ainda, que “a substituição é obrigatória, se presentes as condições de admissibilidade. Não se trata de simples faculdade judicial”.

¹⁶⁸ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Volume I. Parte Geral. 16ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

¹⁶⁹ Jesus, Damásio E. de, Direito penal/ Parte geral. 1º Volume. 27.ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

¹⁷⁰ Jesus, Damásio E. de, Direito penal/ Parte geral. 1º Volume. 27.ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

Portanto, a aplicação das penas restritivas de direitos se dá por imposição legal, sendo obrigatória desde que atendidos os requisitos, não sendo sua aplicação faculdade do magistrado, mas dever legal.

3.4 Da Substituição das Penas

Neste tópico, estuda-se, de forma objetiva e pontual como se dá a aplicação da substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos, analisando as hipóteses permissivas e principais requisitos.

Mirabete (2001, p 277)¹⁷¹, acerca da conversão de penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, afirma que “A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou de multa depende da existência dos requisitos mencionados no art. 44, com redação que lhe foi dada pela Lei n. 9.714/98”.

Por conseguinte, Jesus (2003, p. 533)¹⁷², em concordância com essas afirmações, leciona acerca dos requisitos necessários para a substituição das penas, afirma serem de ordem objetiva e subjetiva:

A aplicação de pena alternativa pressupõe requisitos de ordem objetiva (natureza do crime, forma de execução e quantidade da pena – CP, art. 44, I e § 2.º) e subjetiva (culpabilidade e circunstâncias judiciais – art. 44, II e III e § 3.º), atendida a prevenção especial (arts. 44, III, e 59, *caput*). Adotado pelo CP o sistema das penas substitutivas (sistema vicariante), as restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, observados os seguintes princípios e condições: é necessário que a pena privativa de liberdade imposta na sentença pela prática do crime doloso não seja superior a quatro anos (art. 44, I); cuidando-se de crime culposo, qualquer que seja a quantidade da pena definitiva, pode ser substituída por restritiva de direitos ou multa, desde que presentes as circunstâncias pessoais favoráveis (art. 44, I e §2.º); é necessário que o réu não seja reincidente em crime doloso (art. 44, II, observando o § 3.º); exige-se a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indiquem a conveniência da substituição (art. 44, III). Essas condições subjetivas e objetivas, devem existir simultaneamente.

¹⁷¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 17ª Edição Revista e Atualizada até outubro de 2000. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

¹⁷² JESUS, Damásio E. de, Direito penal/ Parte geral. 1º Volume. 27.ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

Capez (2012, p. 438)¹⁷³, ratifica as lições acima, afirmando que os Requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por uma alternativa restritiva de direitos são: “Requisitos objetivos e requisitos subjetivos”.

É importante analisar na lição de Jesus (2003, p. 533)¹⁷⁴, seus apontamentos acerca dos requisitos necessários a substituição das penas:

É necessário que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP (objetivas e subjetivas), excepcionando o comportamento da vítima e as consequências do delito, que não podem ser considerados no critério de “suficiência”. É necessário que o sujeito não seja reincidente em crime doloso, observado o disposto no art. 64, I, do CP: “Para efeito de reincidência: I – não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.

Nesse sentido, as lições de Capez (2012, p. 438 e 439)¹⁷⁵, esclarecem mais detalhadamente os aludidos requisitos:

Requisitos objetivos: quantidade da pena privativa de liberdade aplicada: deve ser igual ou inferior a 4 anos. No caso de condenação por crime culposo, a substituição será possível, independentemente da quantidade da pena imposta, não existindo tal requisito; natureza da infração penal: crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa. O crime culposo e das lesões corporais culposos, admite a substituição por pena restritiva. A lei, portanto, refere-se apenas à violência dolosa. Requisitos subjetivos: não ser o réu reincidente em crime doloso. Atualmente o reincidente pode beneficiar-se da substituição, pois a nova lei vedou o benefício apenas ao reincidente em crime doloso. Dessa forma, somente aquele que, vem a cometer novo crime doloso fica impedido de beneficiar-se da substituição. Se entre a extinção da pena do crime doloso anterior e a prática do novo delito doloso tiverem decorrido mais de 5 anos, o condenado fará jus à substituição, não subsistindo a vedação (o chamado período depurados, também conhecido como prescrição quinquenal da reincidência); a culpabilidade, os antecedentes, a conduta ou a personalidade ou ainda os motivos e circunstâncias recomendarem a substituição. Convém notar que esses requisitos constituem uma repetição das circunstâncias constantes do art. 59, *caput*, do CP, salvo duas: comportamento da vítima e consequências

¹⁷³ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Volume I. Parte Geral. 16ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

¹⁷⁴ JESUS, Damásio E. de, Direito penal/ Parte geral. 1º Volume. 27.ª edição, revista e atualizada .São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

¹⁷⁵ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Volume I. Parte Geral. 16ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

do crime, coincidentemente as únicas de natureza objetiva. Assim, o art. 44, III do CP somente levou em conta as circunstâncias subjetivas do mencionado art. 59.

Nessa mesma linha de raciocínio, encontram-se os ensinamentos de Mirabete (2001, p. 280)¹⁷⁶, sobre a duração da pena restritiva de direito:

De acordo com o art. 55 do CP, como já visto, a pena restritiva de direitos deve ter a mesma duração da pena privativa de liberdade por ela substituída, não podendo o juiz dar-lhe duração maior ou menor do que aquela estabelecida na fixação do tempo de reclusão, detenção ou prisão simples fixado em princípio. Também não pode o juiz fixar diretamente a pena restritiva de direito, que embora autônoma, tem caráter substitutivo da pena privativa de liberdade.

Salienta, ainda, Mirabete (2001, p. 279)¹⁷⁷ que “Nada impede que haja a substituição da pena privativa de liberdade em multa, cumulando-a com pena pecuniária prevista expressamente no preceito sancionador”.

Por conseguinte, ao se tratar da substituição da pena na fase da execução, leciona Mirabete (2001, p.282)¹⁷⁸, a possibilidade dessa ocorrência e explicita os detalhes nestes casos:

A conversão, ou seja, a alternatividade de uma pena por outra no curso da execução, poderá, porém, ser prejudicial ao condenado para atender aos interesses da defesa social. Com o fim de dotar de força coativa o cumprimento da pena restritiva de direitos, o art. 45, §§ 4º e 5º, do CP e o art. 181 da LEP preveem a conversão obrigatória desta em pena privativa de liberdade quando: ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta; sobrevier condenação, por outro crime, à pena privativa de liberdade.

Ainda, acerca dessa substituição Jesus (2003, p. 537)¹⁷⁹, leciona que:

A causa de conversão é uma sentença condenatória irrecorrível, de modo que a simples condenação sujeita a recurso não tem efeito, conversivo. Não importa o tempo da prática do crime motivador da conversão, podendo ter sido cometido antes ou durante o cumprimento da pena restritiva de direitos.

¹⁷⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 17ª Edição Revista e Atualizada até outubro de 2000. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

¹⁷⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 17ª Edição Revista e Atualizada até outubro de 2000. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

¹⁷⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 17ª Edição Revista e Atualizada até outubro de 2000. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

¹⁷⁹ JESUS, Damásio E. de, Direito penal/ Parte geral. 1º Volume. 27.ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

Ante as lições analisadas, viu-se a forma como se dá a substituição das penas, bem como, que esta não é faculdade do magistrado e sim imposição legal, além de ser possível sua ocorrência mesmo em fase de execução da pena.

Dessa feita, foi possível conhecer um pouco mais sobre as penas, suas especificações quando privativas de liberdade e restritivas de direitos, algumas de suas características e sua aplicação, o que se torna importante para uma melhor compreensão do próximo capítulo, o qual abordará o tema central do presente trabalho

4. A DETRAÇÃO PENAL ATINENTE AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS E AO CUMPRIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

A detração penal, como visto no primeiro capítulo, trata-se do cômputo do período em que o acusado ficou preso cautelarmente no decorrer da instrução penal, realizado quando do início do cumprimento da pena, pelo magistrado responsável pela execução desta.

Viu-se, ainda, que há larga discussão acerca da aplicação da detração da pena nos casos de aplicação de penas restritivas de direitos e de cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão, a discussão ganhou ainda mais repercussão após a inserção das novas medidas cautelares elencadas no art. 319 do CPP.

As alterações inseridas pela Lei n. 12.403/2011 no CPP, bem como, o novo rol de medidas cautelares foram questões tratadas no segundo capítulo, tendo sido estudadas as diversas medidas cautelares presentes atualmente em nosso ordenamento, as quais têm por função evitar-se ao máximo aplicação da segregação.

Pretende-se no presente capítulo, conhecer as principais teses doutrinárias acerca da aplicação da detração penal nos casos de sentenças que venham a impor penas restritivas de direitos e casos de cumprimento de medidas cautelares durante a persecução criminal, tendo em vista que, como já estudado nos capítulos anteriores, tanto o CPP quanto a Nova Lei de Prisões e Medidas Cautelares são omissos quanto a detração nestes casos.

4.1 Considerações Acerca da Detração e da Alteração Inserida pela Lei n. 12.736/2012

A priori, faz-se interessante ressaltar que como já visto anteriormente, em linhas gerais, a detração diz respeito ao desconto na pena em razão de período cumprido em prisão cautelar ou internação provisória.

Sobre a detração da pena, Mirabete (2001, p. 263)¹⁸⁰, esclarece fazendo referência ao artigo 42 do CP, como se dá sua aplicação:

Com a rubrica de “detração”, determina o art. 42: Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão

¹⁸⁰MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 17ª Edição Revista e Atualizada até outubro de 2000. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.”

Capez (2012, p. 428)¹⁸¹, em suas lições, interpreta o dispositivo citado, firmando que sua inteligência leva a conclusão de que a detração só seria aplicável nos casos de penas privativas de liberdade, tendo em vista a omissão da lei quanto a pena de multa e as restritivas de direitos.

Nessas lições, vê-se que, pela interpretação dos doutrinadores citados a inteligência do artigo 42 do CP só permitiria a detração nos casos de aplicação de penas privativas de liberdade, bem como, nos casos de cumprimento de prisões provisórias, prisão administrativa ou internação, não havendo determinação acerca da aplicação em imposição de penas restritivas de direitos, nem em casos de cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão.

Assim, os doutrinadores afirmam tratar-se o caso de omissão legal, haja vista que não há na legislação a previsão de aplicação expressa para a detração nos aludidos casos, ficando a cargo do magistrado sua apreciação, o que como se verá a seguir gera grande polêmica haja vista a existência de correntes divergentes a esse respeito.

A Lei n. 12.736/2012¹⁸², publicada em 03 de dezembro do corrente ano, entrando em vigor na data de sua publicação, alterou o artigo 387 do CPP, determinando que a detração seja considerada pelo magistrado que proferir a sentença condenatória, o que antes ficava a cargo do juiz da execução da pena por determinação do artigo 66¹⁸³, da Lei n. 7.210/84¹⁸⁴ (Lei de Execuções Penais).

¹⁸¹ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Volume I. Parte Geral. 16ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

¹⁸² 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12736.htm> Acesso em 07 dez. 2012, as 15:00hrs.

¹⁸³ Art. 66. Compete ao Juiz da execução:

(...)

III - decidir sobre:

(...)

c) detração e remição da pena.

¹⁸⁴ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm> Acesso em 07 de dezembro de 2012, as 15:57 hrs.

A respeito desta recente alteração, esclarece Cavalcanti (2012)¹⁸⁵, que “foi imposto um novo dever ao juiz na sentença condenatória, qual seja, o de analisar se o réu ficou preso provisoriamente, preso administrativamente ou internado no curso do processo e, caso tenha ficado, esse tempo deverá ser descontado, pelo magistrado, da pena imposta ao condenado”.

Por conseguinte, Silva (2012)¹⁸⁶, trazendo mais informações acerca da aludida alteração, afirma que a alteração era necessária, haja vista que visa evitar sofrimento desnecessário e injusto ao preso, que acabava por cumprir pena além do prazo estabelecido pela justiça, *in verbis*:

A lei 12.736 de 30 de novembro de 2012 revogou tacitamente o teor do artigo 66, “c”, da lei de Execução Penal, modificando a competência do juízo para a aplicação da detração penal (lei 7.210 de 11 de julho de 1984). Com a nova lei, que entrou em vigor no dia 03 de dezembro de 2012 (data da sua publicação), a competência para a aplicação da detração penal foi transferida ao juízo que proferiu a sentença condenatória. Algumas vozes na doutrina, enquanto a referida lei estava em trâmite de aprovação, criticaram a referida modificação, pois entendiam que com a implementação da nova lei o juiz estaria psicologicamente mais tendente a aplicar uma pena mais alta na sentença condenatória para se evitar uma pena mais branda ao acusado em virtude da detração penal, evitando-se suposto sentimento de injustiça. Ressalta-se, todavia, que o juiz ao proferir a sentença condenatória deverá fixar a pena motivadamente, não sendo crível a crítica doutrinária acima apontada. Em que pesem as aludidas críticas, entendemos que a referida alteração era necessária, em especial pelo argumento na exposição de motivos do projeto que deu origem à lei 12.736 de 2012 que explicitou que o quadro anterior vinha gerando sofrimento desnecessário e injusto ao preso, obrigado a cumprir pena de prisão além do prazo estabelecido pela Justiça.

Com essa alteração, a detração passa a ser definida na sentença condenatória e não mais quando do início do cumprimento da pena, o que como visto acima, traz benefícios aos réus, evitando-se que estes cumpram suas prisões além do tempo determinado em sentença.

Tal alteração é interessante na análise dos ensinamentos doutrinários já visualizados no presente trabalho, os quais afirmam que em razão da omissão legislativa, cabe ao magistrado avaliar a detração penal nos casos de cômputo inerentes a penas restritivas de direitos e cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão.

¹⁸⁵ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Comentários à Lei n.º 12.736/2012, que antecipa, para a sentença condenatória, o momento adequado para realizar a detração da pena. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br>. Acesso em 07 dezembro de 2012, as 15:46 hrs.

¹⁸⁶ SILVA, Marcelo Rodrigues da. Detração penal – Comentários à lei 12.736 de 30 de novembro de 2012. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/marcelorodrigues/2012/12/04/comentarios-a-lei-12-736-de-30-de-novembro-de-2012/>> Acesso em 07 de dezembro de 2012, as 16:02 hrs.

Com a modificação a análise passa a ser do juiz que profere a sentença e não mais do juiz da execução penal também para essas situações, o que pode vir a beneficiar os acusados tendo uma definição mais rápida.

4.2 Das Divergentes Correntes Doutrinárias

O que resta sedimentado na doutrina é que há uma omissão legal acerca da aplicação da detração da pena nos casos de penas restritivas de direitos e de cumprimento de medidas cautelares, todavia, a divergência gira em torno dos efeitos dessa omissão, para alguns a omissão é proibitiva, enquanto para outros é permissiva.

Os argumentos atinentes a esses posicionamentos serão vistos a seguir, visando esclarecer os diferentes posicionamentos acerca da questão e seus respectivos fundamentos. Capez (2008, p. 397)¹⁸⁷, em um primeiro momento, pondera a omissão legal como permissiva e não proibitiva, firmando seu entendimento pela aplicação da detração da pena, *in verbis*:

Como nosso Código Penal somente fala em detração na hipótese de pena privativa de liberdade, a interpretação literal do texto poderia levar à conclusão de que o benefício não deveria ser estendido à pena restritiva de direitos. Deve-se considerar, no entanto, que, se a lei admite o desconto de prisão provisória para a pena privativa de liberdade, beneficiando quem não fez jus à substituição por penalidade mais branda, refugiria ao bom senso impedi-lo nas hipóteses em que o condenado merece tratamento legal mais ténue, por ter satisfeito todas as exigências de ordem objetiva e subjetiva. Quando se mantém alguém preso durante o processo, para ao final, aplicar-lhe pena não privativa de liberdade, com ainda maior razão não deve ser desprezado o tempo de encarceramento cautelar. Além disso, a pena restritiva de direitos substitui a privativa de liberdade pelo mesmo tempo de sua duração (Código Penal, art. 55), tratando-se de simples forma alternativa de cumprimento da sanção penal, pelo mesmo período. Assim, deve ser admitida a detração.

O aludido doutrinador firma em seu posicionamento que a detração apesar de ser tratada pelo regramento somente em casos de pena privativa de liberdade deveria ser estendida para os casos de aplicação de penas restritivas de direitos, tendo em vista esta ser aplicada quando cumpridos os requisitos exigidos e ter o mesmo tempo de duração que a pena de prisão, sendo tida como forma alternativa de cumprimento de pena.

¹⁸⁷ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. 2012. Volume I. Parte Geral. 16ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

Nesta esteira, Dias (2011, p.15)¹⁸⁸, assevera seu entendimento pela inaplicabilidade da detração ao que tange ao cumprimento de medidas cautelares, por terem estas natureza diversa das penas restritivas de direitos:

Comungamos como entendimento. Porém, é necessário distinguir “penas alternativas” de “medidas cautelares”. As penas alternativas recebem esse rótulo por apresentarem uma opção à pena de prisão. O Código Penal preferiu denominá-las “penas restritivas de direitos”. Já as medidas cautelares não são penas, são alternativas processuais ou penais para afastar a prisão cautelar, processual ou provisória. A sua natureza difere, portanto, da pena alternativa e, assim sendo, não caberia o instituto da detração. São hipóteses dessas medidas a suspensão condicional do processo (*sursis processual*) e a transação penal.

Verifica-se nas lições acima que Dias comunga do entendimento de Capez pela aplicabilidade da detração quanto as penas restritivas de direitos, todavia, assevera discordar da extensão da interpretação para a aplicação as medidas cautelares, haja vista não terem natureza de pena.

Aprofundando-se na questão, Capez (2012, p. 337)¹⁸⁹, afirma quanto a prisão domiciliar, que apesar de tratar-se de uma medida cautelar, caberia a detração:

Nos termos do art. 42 do CP, só cabe detração penal na hipótese de prisão provisória. Assim nos casos que for decretada a prisão preventiva, esse tempo poderá ser descontado da futura pena privativa de liberdade pelo juízo da execução, no momento de se proceder ao calculo de liquidação de penas. Mesmo quando a prisão preventiva for cumprida no domicílio do agente, será admissível a detração, já que se trata de prisão preventiva cumprida no domicílio do acusado, por

Nota-se nessa lição que para se chegar a essa interpretação a prisão domiciliar, apesar de inclusa no rol do art. 319 do CPP, seria tida como uma espécie de prisão e não de medida cautelar especificamente, o que viria, aí sim, a autorizar a aplicação da detração.

Prosseguindo, Dias (2011, p.15)¹⁹⁰, asseverando uma nova tese, a de que se prisão provisória é computada e as medidas alternativas (medidas cautelares) substituem a prisão provisória, pela interpretação processual, aparenta-se aplicável a detração, *in verbis*:

¹⁸⁸ DIAS, Luiz Henrique Medeiros. Da Prisão, Das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória, Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Teoria e Prática. 1ª Edição. São Paulo: Editora Afiliada, 2011.

¹⁸⁹ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 19ª Edição. De acordo com a Lei n. 12. 403/ 2011 (prisão, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares). São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

¹⁹⁰ DIAS, Luiz Henrique Medeiros. Da Prisão, Das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória, Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Teoria e Prática. 1ª Edição. São Paulo: Editora Afiliada, 2011.

[...] o dispositivo fala em pena e medida de segurança, que são espécies do gênero infração penal. Nessa linha, o veredicto seria a proibição da detração às medidas cautelares, porém discordamos. O mesmo art. 42 diz que é computado na pena o tempo de prisão provisória. Extraímos de pensamento do legislador e da própria lei que a prisão provisória, cautelar, apesar de não ser uma pena imposta, deve ser considerada como tal e, por isso, incluída na contagem final em caso de condenação. Muitas vezes, a condenação dá-se em um regime que não se exige o encarceramento, ou seja, em regime aberto.

A Lei n. 9.714/1998 trouxe alternativas à prisão-pena e a lei n. 12.403/2011 trouxe alternativas à prisão provisória. Se a prisão provisória é computada na prisão pena e, se as medidas alternativas substituem a prisão provisória, em uma interpretação sistemática processual e penal revela-se o cabimento do instituto da detração às medidas cautelares.

Infere-se da lição de Dias a ideia de cabimento da detração partindo da análise de que se a prisão provisória é computada na pena e se as medidas alternativas substituem a prisão provisória, nesta sistemática de substituição em que na primeira seria permitido, na segunda também o deveria ser.

Contudo, Capez (2012, p. 337)¹⁹¹, afirma que as medidas cautelares são previstas como diversa da prisão, portanto, em razão do art. 42 CP prever a detração em casos de prisão provisória, pela natureza das medidas cautelares, tal aplicação restaria afastada:

A questão que se coloca é: Cabe detração penal nas medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP, como se fossem modalidades de prisão provisória? A resposta, a princípio, é não. O CP é claro: só cabe detração da prisão provisória (art. 42), não sendo possível nas providências acautelatórias de natureza diversa.

Capez discorda da lição de Dias e em suas lições, alude o afastamento da interpretação sistêmica permissiva pela natureza das medidas cautelares ser diversa de pena.

Todavia, Nicolitt (2012)¹⁹², trazendo posicionamento na corrente que firma a omissão como permissiva, apresenta entendimento pela aplicação da detração no caso de cumprimento de medidas cautelares, em observância ao princípio da equidade:

¹⁹¹ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 19ª Edição. De acordo com a Lei n. 12. 403/ 2011 (prisão, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares). São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

¹⁹² NICOLITT, André. Medidas Cautelares Diversas da Prisão e Detração da Penal, 2012. Disponível em: <<http://andrenicolitt.blogspot.com.br/2012/01/normal-0-21-false-false-false-pt-br-x.html>>, Acesso em 07 de dezembro de 2012, as 20:30 hrs.

O fato é que se a doutrina e os aplicadores forem insensíveis ao tema teremos profunda violação ao princípio da igualdade, pois os acusados submetidos à medida cautelar, sempre estariam submetidos a um *plus* sancionador que não seria abatido na pena. Com efeito, para dar efetividade ao princípio da individualização da pena, imperioso reconhecer a possibilidade de detração penal e de outros mecanismos de compensação.

Nessas lições, fica evidenciada a preocupação da doutrina com uma possível exacerbação no cumprimento de penas, haja vista, o aludido doutrinador afirmar que sem a observância do princípio da equidade e conseqüentemente sem a aplicação da detração nos casos não tratados pela legislação os acusados poderiam vir a cumprir uma pena superior a sentenciada, o que é inadmissível.

Conseqüentemente, também se manifesta como pertencente a corrente permissiva, Bottini (2011)¹⁹³, asseverando entender aplicável a detração da pena tanto nas penas restritivas de direitos, como nos casos de cumprimento de cautelares:

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 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 frequentar 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.

Portanto, aparenta-se clara a complexidade da questão, quando evidenciada a inexistência de fórmula certa para a aplicação da detração nos casos de omissão legal, todavia, afirma o doutrinador que a jurisprudência pode construir essa fórmula com base na proporcionalidade e razoabilidade, de modo a possibilitar a aplicação.

Outrossim, manifesta-se pela interpretação permissiva Silva (2011)¹⁹⁴, ao lecionar que:

¹⁹³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas cautelares - Nova lei peca nas chances de detração penal. *Artigo* publicado no Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais 223. Consultor jurídico, 01/07/2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jul-01/nao-detacao-casos-cautelar-aplicada-distinta-prisao>>. Acesso em: 03 de dezembro de 2012, as 20:41 hrs.

¹⁹⁴ SILVA, Amaury. Detração penal e medidas cautelares previstas na Lei nº 12.403/2011. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2946, 26 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19633>>. Acesso em: 03 de dezembro de 2012, as 15:00hrs..

Há sem dúvida uma enorme preocupação em permitir que a detração penal atinja na plenitude, o objetivo de humanizar o cumprimento da pena, o que é realçado pela aplicação da analogia *in bonam partem*.

E a analogia benigna imprime a necessidade de que enquanto não se promover a correção dos rumos legislativos nesse assunto, ou seja, criando-se a previsão expressa da utilização da detração penal em razão das medidas cautelares, inclusive com os respectivos parâmetros compensatórios, não haja impedimento para a sua aplicação.

Inferre-se da lição supracitada que, neste caso de omissão legal é necessário lançar mão da analogia determinada como benigna, enquanto não houver a criação de Lei específica sobre o assunto, a qual deverá trazer, inclusive, parâmetros compensatórios, deve o magistrado usando da analogia e dos princípios norteadores do direito aplicar a detração.

Ante a análise das lições alinhavadas, vê-se diferentes posicionamentos acerca da interpretação da omissão legal acerca da detração da pena nos casos de aplicação de penas restritivas de direitos e de cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão.

Evidencia-se, portanto, uma tendência a interpretação permissiva da omissão legal, tendo em vista, aparentemente, prevalecer a busca pelo respeito aos princípios constitucionais da equidade, razoabilidade e proporcionalidade.

Os doutrinadores que firmam pela interpretação proibitiva, como Capez apresentam argumentos estritamente técnicos, firmando pela interpretação da lei pela não admissibilidade da aplicação da detração da pena nos casos não previstos.

Defendem, ainda, alguns entenderem pela aplicação quanto as penas restritivas de direitos e pela não aplicação nas medidas cautelares, por entenderem que a natureza diversa desta última não autorizaria a extensão concedida a primeira.

Contudo, os doutrinadores que asseveram entender pela interpretação permissiva caminham pelas bases do respeito aos princípios constitucionais, pela dignidade da pessoa humana por se preocupar com uma possível prisão além do determinado em sentença o que viria a afrontar o direito dos condenados e a princípios constitucionais.

Assim, espera-se que a jurisprudência pátria defina a questão, enquanto não surge uma legislação específica a determinar a aplicação da detração nos casos aqui tratados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na atualidade existe uma densa discussão doutrinária acerca da aplicação ou não da detração da pena em face das penas restritivas de direitos e das medidas cautelares. A confecção deste estudo é de grande importância, pois abarca o entendimento acerca da aplicação de um importante instituto, o qual tem respaldo em princípios como da proporcionalidade e da adequação, e a sua não aplicação poderia vir a ferir preceitos constitucionais.

Quanto a problemática, esta busca compreender se há possibilidade de aplicação da detração da pena nos casos de penas restritivas de direitos e no cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão, casos não previstos em lei mas que causam a restrição direta a direitos dos cidadãos. Tem-se firmado com o findar da pesquisa, em síntese, que a maioria dos casos de prisão tem por fundamento o princípio da equidade e a vedação ao *bis in idem*, assim, deve o instituto ser estendido a qualquer hipótese de intervenção em direitos do cidadão, seja a liberdade de locomoção, seja qualquer outra liberdade.

Durante a confecção do presente estudo, foram levantadas a princípio duas hipóteses: a primeira se tem sido os princípios da proporcionalidade e adequação o alicerce para a fundamentação da aplicação da detração da pena em casos de penas restritivas de direitos e a segunda, se a aplicação nos casos de imposição de medidas cautelares diversas da prisão, como prisão domiciliar, monitoramento eletrônico dentre outros, tendo em vista não haver expressa disposição legal sobre o assunto, ocorreria pelos mesmos fundamentos que a primeira.

No desenvolvimento da presente pesquisa, quanto à primeira hipótese foi possível perceber que há posicionamentos doutrinários como de Capez e Dias, que confirmam a referida hipótese, entendendo pela interpretação permissiva baseada nos princípios da adequação e proporcionalidade aos casos de penas restritivas de direitos, por em suma, entenderem que esta pena seria uma substituição da pena restritiva de liberdade, cabendo, portanto, a aplicação da detração por extensão, haja vista o regramento fazer referência direta a pena de prisão e internação.

É possível perceber a preocupação da doutrina com uma possível exacerbação no cumprimento de penas, haja vista, os aludidos doutrinadores afirmarem que sem a observância do princípio da equidade e conseqüentemente sem a aplicação da detração nos

casos não tratados pela legislação os acusados poderiam vir a cumprir uma pena superior a sentenciada, o que seria inadmissível.

A segunda hipótese levantada, após o término da pesquisa, foi de igual modo confirmada. Apesar de haver ainda uma acentuada discussão, havendo posicionamentos contrários, a maioria dos doutrinadores como Nicolitt, Bottini e Silva, apresentou uma tendência à interpretação permissiva da omissão legal, oportunizando a aplicação também quanto às medidas cautelares, tendo em vista, aparentemente, prevalecer a busca pelo respeito aos princípios constitucionais da equidade, razoabilidade e proporcionalidade.

Desta feita, com a conclusão do presente trabalho procurou-se dar resposta à problemática e ao menos parcialmente esse resultado se concretizou, tendo em vista que a doutrina leciona de forma variada, onde alguns doutrinadores entenderam pela aplicação quanto as penas restritivas de direitos e pela não aplicação nas medidas cautelares, por entenderem que a natureza diversa desta última não autorizaria a extensão concedida à primeira. Por outro lado, outros doutrinadores firmaram seu entendimento pela aplicação nos dois casos, deixando a divergência no ar e a cargo do magistrado quando da elaboração da sentença a decisão sobre a aplicação ou não no caso concreto a detração.

Por fim, enquanto não surge uma legislação específica a definir a aplicação da detração nos casos omissos, espera-se que a Suprema Corte Pátria se manifeste e resolva a questão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LEIS

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil** de 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 10 de dezembro de 2012 às 17:19 hrs.

BRASIL. **Decreto no 737, de 25 de novembro de 1850**. Determina a ordem do juízo no processo comercial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm Acesso em 20 de novembro de 2012, às 16:24 hrs.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm Acesso em 22 de novembro de 2012, as 14:40 hrs.

BRASIL. **Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Disponível em : http://www.amperj.org.br/store/legislacao/codigos/cp_DL2848.pdf. Acesso em 11 de novembro de 2012 às 18:05 hrs.

BRASIL, **Lei nº 12.403, 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm. Acesso em 11 de novembro de 2012, às 13:00 hrs.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm Acesso em 07 de dez. 2012, as 15:57 hrs.

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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12736.htm> Acesso em 07 dez. 2012, as 15:00 hrs.

LIVROS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. 2ª Edição Revista. Tradução: j. CRETELLA Jr. e Agnes CRETELLA. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Reforma do código de Processo Penal**. Comentários à Lei. 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 7ª Edição. De acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª Edição. De acordo com a Lei n. 12. 403/2011 (prisão, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares). São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Volume I. Parte Geral. 16ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CINTRA, Antonio C. Araujo, GRINOVER, Ada P. Grinover, DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

DIAS, Luiz Henrique Medeiros. **Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória**. Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Teoria e Prática. São Paulo: Editora Afiliada, 2011.

FREITAS, Sabino Aldo. **Direito Processual Penal**. Goiânia : Editora IEPC, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral.** Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011.

JESUS, Damásio E. de, **Direito penal/ Parte geral.** 1º Volume. 27.^a edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático.** São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso Completo de Processo Penal.** 11.^a Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal. Parte Geral. Parte Especial.** 2.^a Edição, Revista atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade.** As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Pedro Henrique Santana. **Nova Reforma do Código de Processo Penal Comentado.** (Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011). Pará de Minas, MG. Editora Virtual Books. 2011.

Dicionários:

Minidicionário Houaiss da língua portuguesa. 4.^a Edição – Revista e aumentada. Rio de Janeiro: Editora Moderna, 2012.

SILVA, De Plácido E. **Vocabulário jurídico.** 18.^a edição. Rio de Janeiro. Editora: Forense, 2001.

Artigos jurídicos:

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Medidas cautelares - Nova lei peca nas chances de detração penal.** Artigo publicado no Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais 223. Consultor jurídico, 01/07/2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jul-01/nao-detricao-casos-cautelar-aplicada-distinta-prisao>>. Acesso em dez. 2012, as 20:41 hrs.

CARVALHO, Lazara Cristina Do Nascimento De. **Detração, remição e indulto: institutos de observância à dignidade da pessoa humana.** Webartigos, São Paulo/SP. Inserido em 20/11/2010. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/detracao-remicao-e-indulto-institutos-de-observancia-a-dignidade-da-pessoahumana/52575/#ixzz2CyfoOM4z>> Acesso em 22 nov. 2012, as 16:32 hrs.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Comentários à Lei n.º 12.736/2012**, que antecipa, para a sentença condenatória, o momento adequado para realizar a detração da pena. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br>. Acesso em 07 dez. 2012, as 15:46 hrs.

DOTTI, R. A. **Curso de Direito Penal: parte geral.** 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 604. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2907/Da-detricao-penal>. Acesso em novembro de 2012 às 18:16hs.

LEITE, Gisele. **Breves considerações sobre a história do processo penal brasileiro e habeas corpus.** Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, no 197. Inserido em 23/09/2006. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1560>> Acesso em: 11 de novembro de 2012, às 15:00 hrs.

LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. **Detração penal até o código criminal do império (1830).** Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 39, 1 fev. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/973>>. Acesso em: 22 nov. 2012, as 16:39 hrs.

NICOLITT, André. **Medidas Cautelares Diversas da Prisão e Detração da Penal, 2012.** Disponível em: <<http://andrenicolitt.blogspot.com.br/2012/01/normal-0-21-false-false-false-pt-br-x.html>>, Acesso em 07 dez. 2012, as 20:30 hrs

SILVA, Amaury. **Detração penal e medidas cautelares previstas na Lei nº 12.403/2011. Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2946, 26 jul. 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19633>>. Acesso em: 3 dez. 2012

SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Detração penal – Comentários à lei 12.736 de 30 de novembro de 2012.** Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/marcelorodrigues/2012/12/04/comentarios-a-lei-12-736-de-30-de-novembro-de-2012/>> Acesso em 07 de dez. 2012, as 16:02 hrs.

Outros sites:

Biografia de Montesquieu. Disponível em: <<http://www.suapesquisa.com/biografias/montesquieu.htm>>. Acesso em 10 dez. 2012 às 17:29 hrs.

Biografia de Beccaria: Disponível em: http://pensador.uol.com.br/autor/cesare_beccaria/biografia/. Acesso em: 14 de dezembro de 2012 às 20:47 hrs.

Dos Delitos e das Penas. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5690. Acesso em: 12 de dezembro de 2012 às 00:44 hrs.

Google tradutor. Disponível em: <http://translate.google.com.br/#pt/en/RESUMO>. Acesso em 16 de dezembro de 2012 às 16:59 hrs.

ANEXO

A

Leis Modificativas dos Códigos vigentes

Código de Processo Penal

Com base nos dizeres de Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p.128 - 134).

Quanto ao direito processual penal, além de inúmeras leis que disciplinaram variados assuntos, tendo vigência paralela ao Código, encontram-se também algumas que lhe impuseram alterações, das quais as mais significativas são as seguintes:

1. a lei n. 4.611, de 2 de abril de 1965, que dispõe sobre o rito sumário nos processos-crime por homicídio culposo e lesões corporais culposas (essa lei foi ab-rogada na parte em que dá poder de iniciativa processual ao juiz e ao delegado de polícia, o que é incompatível com a regra constitucional da exclusiva titularidade da ação penal pública pelo Ministério Público);
2. a lei n. 5.349, de 3 de novembro de 1967, que altera dispositivos do Código de Processo Penal sobre a prisão preventiva (especialmente, eliminando a prisão preventiva compulsória);
3. a lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977, que alterou os artigos 219, 221, §§ 1º, 2º e 3º, 310, par. ún., 313, 322, 324, 325, 387, 453, 581, 687, 689, 696, 697, 698, 706, 707, 710, 711, 717, 718, 724, 725, 727, 730, e 731 do Código de Processo Penal (além de impor modificações ao Código Penal);
4. Lei de Execução Penal (lei n. 7.210, de 1.7.84), instituindo normas penais, administrativas e processuais atinentes à execução da pena, de modo que as disposições processuais antes englobadas no CPP integram agora esse estatuto globalmente dedicado a execução.
5. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, regulando os denominados “crimes hediondos”, com dispositivos sobre a inafiançabilidade e proibição de liberdade provisória; prazos de prisão temporária e livramento condicional e outros prazos procedimentais; apelação em liberdade;
6. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, que institui o Código de Defesa do Consumidor, contemplando a legitimação de associações civis e entidades e órgãos públicos proporem ação penal subsidiária, na inércia do Ministério Público; bem como a intervenção no processo penal como assistente da acusação (art.80);
7. Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, definindo crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, com regra sobre a extinção da punibilidade e a notitia criminis por qualquer do povo;
8. Lei n. 8.701, de 1º de setembro de 1993, que alterou o art. 370 do CPP, dispondo sobre a intimação dos advogados pela imprensa;
9. Lei n. 8.862, de 28 de março de 1994, que dá nova redação aos artigos 6º, incs. I e II; 159, caput e § 12; 160, caput e par. ún.; 164, caput; 169 e 181, caput, do CPP, todos sobre perícias e exame de corpo de delito;
10. Lei n. 9.033, de 2 maio de 1995, modificando o § 1º do art. 408 do Código de Processo Penal, para retirar o lançamento do nome do acusado no rol dos culpados, antes previsto em decorrência da decisão de pronúncia;
11. Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995, dispondo sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações por organizações criminosas, lei essa bastante crítica por investir o juiz de poderes inquisitivos na investigação e colheita das provas;

12. Lei n. 9.043, de 9 de maio de 1995, que altera a redação de caput do art. 4º do Código de Processo Penal, apenas para corrigir o termo "Jurisdições" da polícia judiciária, por "circunscrições";
13. Lei n. 9.046, de 18 de maio de 1995, acrescentando parágrafos ao art. 83 da Lei das Execuções Penais, para prever a dotação de berçários, para a amamentação, nos estabelecimentos penais destinados a mulheres;
14. Lei n. 9.061, de 14 de junho de 1995, que altera a redação de art. 809 do Código de Processo Penal, referente a Estatística Judiciária Criminal;
15. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, revolucionário diploma legislativo que dispõe sobre os juizados especiais criminais, introduzindo o processo penal consensual em nosso ordenamento, e que regula o procedimento sumaríssimo das infrações penais de menor potencial ofensivo;
16. Lei n. 9.113, de 16 de outubro de 1995, dando nova redação ao inc. III do artigo 484 do Código de Processo Penal, atinente à quesitação no Tribunal do Júri sobre circunstância que isente de pena ou exclua o crime ou o desclassifique;
17. Lei n. 9.268, de 1º de abril de 1996, que abole a conversão da multa em pena privativa de liberdade;
18. Lei n. 9.271, de 17 de abril de 1996, suspendendo o processo, com suspensão do prazo prescricional, quando o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, em homenagem aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório efetivo. A mesma lei ainda cuida da citação no estrangeiro, por carta rogatória, e da intimação pela imprensa do defensor constituído e dos advogados do querelante e do assistente;
19. lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, que disciplina o artigo 52, inc. LVI, Constituição Federal, regendo as interceptações telefônicas para fins de investigação criminal e instrução processual penal;
20. lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, sobre os crimes de tortura, atenuando o rigor da lei dos crimes hediondos, por permitir a liberdade provisória com vínculos pessoais, a progressão dos regimes de pena e o indulto;
21. A lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, determinando a aplicação aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante e de participação em competição não-autorizada, da composição civil, da transação penal e da necessidade de representação para o exercício da ação penal;
22. Lei n. 9.520, de 27 de novembro de 1997, que revogou o art. 35 e parágrafo único do Código do Processo Penal, que vedavam à mulher casada o exercício do direito de queixa, sem o consentimento do marido;
23. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que, dispendo sobre os crimes contra o meio ambiente, passou exigir a prévia reparação do dano ambiental como requisito da transação penal e da suspensão condicional do processo, além de alterar as condições para a declaração da extinção da punibilidade nesse último caso;
24. Lei n. 9.613, de 1º de março de 1998, sobre os crimes de lavagem e ocultação de bens, direitos ou valores, que afasta a possibilidade de suspensão do processo, quando o réu revel citado por edital não constitui defensor, além de criar novos crimes insuscetíveis de liberdade provisória, com ou sem fiança;
25. Lei n. 9.839, de 27 de setembro de 1999, que acrescentou o artigo 90-A à lei n.9.099/95 (juizados especiais criminais), para excluir de suas disposições o âmbito da Justiça Militar.
26. Lei complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2000, que dispõe sobre o sigilo de operações de instituições financeiras, possibilitando às Comissões Parlamentares de Inquérito, obterem informações e documentos sigilosos

diretamente do Banco Central, da Comissão de Valores Mobiliários e das instituições financeiras, independentemente de autorização judicial, bem como conferindo às autoridades e agentes fiscais o poder de quebrar o sigilo bancário, desde que necessário para instrução de processo administrativo ou procedimento fiscal, independentemente de ordem judicial;

27. Lei n.10.054, de 7 de dezembro 2000, que regulamenta a identificação criminal, nos termos do inc. LVIII, do artigo 5º, da Constituição, estabelecendo os casos em que a pessoa civilmente identificada pode ser submetida a identificação criminal;
28. Lei n. 10.217, de 11 de abril de 2001, que alterou os artigos 1º e 2º da lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995, para permitir, nas investigações criminosas, a captação e registro de interceptação de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, bem como a infiltração de agente de policia ou de inteligência nas mencionadas organizações;
29. Lei n. 10.258, de 11 de julho de 2001, que alterou o artigo 295 do Código de Processo Penal, para disciplinar a prisão especial, a qual passou a consistir, exclusivamente, no recolhimento em local distinto da prisão comum;
30. Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, que institui os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, no âmbito da Justiça Federal, atribuindo-lhes competência para processar e julgar, na esfera federal, as infrações penais de menor potencial ofensivo, definidas como crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa (art.. 2º, parágrafo único);
31. Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002, que dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícito de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependências física ou psíquica, estabelecendo um novo procedimento para os crimes de tóxico, com novidades como a previsão de resposta escrita do acusado, anterior ao recebimento da denúncia, e a previsão de o Ministério Público deixar de oferecer denuncia contra quem efetivamente colaborar;
32. Lei n. 10.446, de 8 de maio de 2002, que dispõe sobre infrações penais com repercussão interestadual ou internacional que exigem repressão uniforme, para fins do disposto no inciso I do § 1º do artigo 144 da Constituição Federal;
33. Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que alterou a redação do artigo 84 do Código de Processo Penal (referente ao chamado foro privilegiado)
34. Lei n. 10.695, de 1º de julho de 2003, que dispõe violação de direitos autorais e acrescenta dispositivos ao Código de Processo Penal, fixando regras sobre a apreensão, depósito e destruição dos bens ilicitamente produzidos e sobre o exercício da ação penal, possibilitando às associações de titulares de direitos de autor o ingresso em juízo como assistentes de acusação;
35. Lei n. 10.732, de 5 de setembro de setembro de 2003, que altera a redação do artigo 359 da lei n. 4.737, de 15 de julho de 1995 (Código Eleitoral), instituindo a obrigatoriedade do depoimento pessoal do acusado no processo penal eleitoral, com a subsequente previsão de prazo para o oferecimento de alegações escritas e arrolamento de testemunhas;
36. Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003, alterando profundamente o regime do interrogatório do Código de Processo Penal. Essa lei recolhe substancialmente um dos projetos retro referidos, passando claramente o interrogatório a ser meio de defesa, com a previsão obrigatória do defensor e o pleno resguardo do direito ao silêncio, facultadas as perguntas das partes, por intermédio do juiz;
37. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, revogou

- os artigos 503 a 512 do Código de Processo Penal (não se aplicando aos processos ajuizados anteriormente ao início de sua vigência);
38. Lei n.11.113, de 13 de maio de 2005, deu nova redação ao caput e ao § 3º do art. 304 do CPC, sobre a prisão em flagrante.
 39. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da Constituição e de Convenções adotadas pelo país, alterou o artigo 313 do CPP;
 40. a lei n. 11.435, de 28 de dezembro de 2006, alterou os art. 136 a 141 e 143 do CPP, para a substituir a expressão seqüestro por arresto, com os devidos ajustes redacionais;
 41. a lei n. 11.449, de 15 de janeiro de 2007, que alterou o art. 306, do CPP sobre a prisão em flagrante;
 42. a lei n. 11.466, de 28 de março de 2007, que alterou a Lei de Execução Penal e o Código Penal para definir como falta disciplinar grave do preso e crime do agente público a utilização de telefone celular;
 43. a lei n. 11.596, de 29 de novembro de 2007, que alterou o inciso IV do caput do art. 117 do Código Penal, para definir como causa interruptiva da prescrição a publicação da sentença ou acórdão condenatório recorrível;
 44. a lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008, alterou dispositivos do Código de Processo Penal relativos ao tribunal do júri;
 45. a lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008 alterou dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prova, dando tratamento legislativo à inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos, inclusive à prova lícita derivada da ilícita, reformulando a prova pericial e afirmando que a decisão do juiz não poderá fundamenta-se exclusivamente nos elementos informativos colhidos no inquérito policial;
 46. a lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, alterou dispositivos do Código de Processo Penal relativos à suspensão do processo, à emendatio libelli, à mutatio libelli e aos procedimentos;
 47. a lei n. 11.900, de 8 de janeiro de 2009, alterou dispositivos do Código de Processo Penal, para prever a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência, e dispôs sobre a expedição de cartas rogatórias;
 48. a lei n. 11.942, de 28 de maio de 2009, dá nova redação aos arts. 14, 83 e 89 da Lei de Execução Penal, para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência;
 49. a lei n. 12.405, de 7 de agosto de 2009, altera, entre outros os arts. 225 e 234-B do Código Penal, para dispor que nos crimes contra a liberdade sexuais contra vulnerável, proceder-se-á mediante ação penal pública condicionada à representação, ou mediante ação penal pública incondicionada se a vítima for menor de 18 anos ou pessoa vulnerável, e para dispor que os processos em que se apuram crimes contra a dignidade sexual correrão em segredo de justiça;
 50. a lei n. 12.019, de 21 de agosto de 2009, insere inciso III no art. 3º da Lei n. 8.038/1990, para prever a possibilidade de o relator de ações penais de competência originária do STJ e do STF convocar desembargador ou juiz para a realização de interrogatório e outros atos de instrução, na sede do tribunal ou no local onde se deva produzir o ato;
 51. a lei n. 12.033, de 29 de setembro de 2009, torna pública condicionada a ação penal em razão de injúria consistente na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência;
 52. a lei n. 12.037, de 1º de outubro de 2009, regulamenta o art. 5º, inc. LVIII, da CF, dispondo que civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nos casos nela previstos;

53. a lei n. 12.121, de 15 de dezembro de 2009, acrescenta um dispositivo à Lei das Execuções Penais “determinando que os estabelecimentos penais destinados às mulheres tenham por efetivo de segurança interno somente agentes do sexo feminino”.