

**FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

DÉBORA BARBOSA NUNES DA SILVA

**O INSTITUTO DA DETRAÇÃO E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO EM
MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DA PRISÃO: PROPORCIONALIDADE COMO
CRITÉRIO METODOLÓGICO INTERPRETATIVO**

**RECIFE
2024**

DÉBORA BARBOSA NUNES DA SILVA

**O INSTITUTO DA DETRAÇÃO E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO EM
MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DA PRISÃO: PROPORCIONALIDADE COMO
CRITÉRIO METODOLÓGICO INTERPRETATIVO**

Trabalho apresentado ao curso de Direito da
Faculdade Damas da Instrução Cristã para a
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Henrique
Gonçalves de Siqueira

Coorientadora: Profa. Dra. Andréa Walmsley
Soares Carneiro

**RECIFE
2024**

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB-4/2116

S586i Silva, Débora Barbosa Nunes da.
O Instituto da Detração e a possibilidade de aplicação em medida cautelar diversa da prisão: proporcionalidade como critério metodológico interpretativo / Débora Barbosa Nunes da Silva. - Recife, 2024.
56 f.

Orientador: Profa. Dra. Andréa Walmsley Soares Carneiro.
Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2024.
Inclui bibliografia.

1. Detração penal. 2. Medida cautelar diversa da prisão. 3. Proporcionalidade. I. Carneiro, Andréa Walmsley Soares. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título.

340 CDU (22. ed.)

FADIC (2024.1-005)

DÉBORA BARBOSA NUNES DA SILVA

**O INSTITUTO DA DETRAÇÃO E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO EM
MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DA PRISÃO: PROPORCIONALIDADE COMO
CRITÉRIO METODOLÓGICO INTERPRETATIVO**

Trabalho de Conclusão do Bacharelado em
Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã
– FADIC, como requisito parcial para obtenção
do Título de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____ de _____ de 2024.

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira
Faculdade Damas da Instrução Cristã – FADIC – Brasil

Coorientadora: Profa. Dra. Andréa Walmsley Soares Carneiro
Faculdade Damas da Instrução Cristã – FADIC – Brasil

CURSO DE DIREITO

AVALIAÇÃO DE TRABALHOS DE CONCLUSÃO DE CURSO – TCC

ALUNO (A)	DÉBORA BARBOSA NUNES DA SILVA
TEMA	O INSTITUTO DA DETRAÇÃO E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO EM MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DA PRISÃO: PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO METODOLÓGICO INTERPRETATIVO
DATA	18/06/2024

AVALIAÇÃO

CRITÉRIOS	PONTUAÇÃO	ATRIBUIÇÃO
A introdução e conclusão apresentam coerência metodológica?	1,0	1,0
A monografia foi construída coerentemente a partir da metodologia proposta na introdução?	1,0	1,0
Nível de aprofundamento científico da monografia e qualidade das referências	3,0	3,0
Nível de conhecimento científico demonstrado pelo discente na apresentação e arguição oral	2,0	2,0
Nível da monografia quanto às regras básicas de redação	2,0	2,0
Os critérios formais básicos (ABNT) foram seguidos?	1,0	1,0
NOTA	10,0 (máximo)	10,00

PRESIDENTE	Leonardo Siqueira
EXAMINADOR(A)	Andrea Walmsley
MENÇÃO	APROVADA

À Deus, minha amada família, docentes de toda uma vida e companheiros de jornada acadêmica, bem como profissional.

AGRADECIMENTOS

Ao longo da minha jornada acadêmica e profissional, reconheço o inquestionável cuidado e amor do Senhor Deus para comigo, pois sem Ele e o Espírito Santo, eu não teria chegado até aqui. Verdadeiramente, “até aqui o Senhor me ajudou”.

Agradeço profundamente ao apoio contínuo, a paciência e as orações da minha amada família, representada aqui por minha mãe Andréa, meu avô Paulo, minha avó Noemia, meus tios Leandro, Paula, Adriana, André e João, e minha irmã Rebeca.

Aos professores que marcaram a minha vida de maneira inspiradora desde os anos iniciais de estudo, destaco Helaine Machado e María José, do ensino fundamental e médio, respectivamente. Os conhecimentos compartilhados em sala de aula foram fundamentais para a minha trajetória acadêmica.

Sou grata ao meu orientador, Leonardo Siqueira, pela sua paciência, disponibilidade e por acreditar em mim, mesmo diante das dificuldades. Muito obrigada por não ter desistido de mim. Também, expresso imensa gratidão à minha coorientadora, Andréa Walmsley, pelos conhecimentos compartilhados, apontamentos e disponibilidade.

À professora Daniela Moura, por sempre se mostrar prestativa, uma pessoa inspiradora, e por toda ajuda desde a construção do pré-projeto até a finalização da presente pesquisa.

Aos bibliotecários, Ricardo e Alexandra, pelo auxílio constante com questões técnicas e por sempre demonstrarem empatia e solicitude.

Aos docentes da antiga Instituição, especialmente Sebastião Morais, Milena Trajano e Priscila Braz, os quais tenho imensa admiração, assim como aos professores da Faculdade Damas, representados por Rosalina Freitas, Mariângela Pereira, Ricardo de Brito e Marcelo Santiago.

Ao Dr. Wellington César, por possibilitar meu contato com a seara Criminal, algo que nunca imaginei que gostaria tanto. Da mesma forma, agradeço às Defensoras Mariana Chaffin e Débora Camboim pelos conhecimentos compartilhados em Direito e Processo Penal, e aos assistidos da Defensoria Pública no Núcleo de São Lourenço da Mata por proporcionarem a vivência do Direito na prática.

À Sabrina Marques, pelo apoio constante e amizade que tornaram as voltas para casa mais leves, mesmo sendo de períodos distintos.

Aos meus amigos e irmãos em Cristo, que embora não mencionados especificamente, contribuíram para alcançar este objetivo com suas orações e palavras de apoio.

Ao querido Elvis, nosso amado cachorrinho, em memória, que desde o primeiro período sempre ficava com Vovô na praça, aguardando minha chegada após as aulas. Saudades imensas da sua animação quando eu descia do ônibus e de sua companhia.

“Lembrem-se dos que estão na prisão, como se aprisionados com eles; dos que estão sendo maltratados, como se fossem vocês mesmos que o estivessem sofrendo no corpo”.

RESUMO

A presente pesquisa tem como objeto analisar a possibilidade de aplicação do instituto da detração penal quando imposta medida cautelar diversa da prisão, por meio do critério interpretativo da proporcionalidade nos julgados do Superior Tribunal de Justiça. A detração penal está prevista no artigo 42 do Código Penal, permitindo descontar na pena privativa de liberdade e na medida de segurança o período de cumprimento de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, de prisão administrativa e de internação. Com o advento da Lei nº 12.403/2011, foi incluído um rol de medidas alternativas ao cárcere no Código de Processo Penal, dispostas nos artigos 319 e 320, que, assim como a prisão provisória, têm o objetivo de assegurar o regular desenvolvimento do processo e implicam restrições significativas na esfera de liberdade do jurisdicionado. A detração tem desafiado os aplicadores do direito, uma vez que sua definição acaba sendo “maculada” pela ausência de previsão das medidas cautelares diversas da prisão entre suas hipóteses. Por este motivo, a relevância da temática se dá porque tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátrias não são uníssonas acerca da possibilidade de aplicação da detração nas medidas cautelares alternativas à prisão. Utiliza-se da máxima da proporcionalidade, composta pelas sub-regras da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, sobretudo esta última, com o intuito de verificar se o sacrifício aos interesses individuais (*jus libertatis*) mantém uma relação de proporcionalidade com os interesses estatais (*jus puniendi*). Para o desenvolvimento da temática proposta, analisam-se as medidas cautelares diversas da prisão, a Lei nº 12.403/2011, o instituto da detração penal, o critério da proporcionalidade e suas sub-regras, o panorama jurisprudencial sobre a temática de maneira breve e retrospectiva perante o Supremo Tribunal Federal e a Corte Especial, o Tema Repetitivo 1155 e as teses fixadas, e, por fim, alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça passíveis de debate em relação à sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito. No que tange aos objetivos específicos, pretende-se estudar as medidas cautelares alternativas à prisão e as bases conceituais do instituto da detração penal; compreender a proporcionalidade como critério interpretativo para a aplicação da detração e; demonstrar o entendimento exarado nas turmas do Superior Tribunal de Justiça quanto à aplicação da detração nas medidas alternativas ao cárcere. Quanto à metodologia, a pesquisa é do tipo descritiva, qualitativa, de natureza aplicada e bibliográfica, empregando-se o método hipotético-dedutivo. Especificamente, utilizam-se artigos, livros, dissertações e jurisprudência.

Palavras-chave: detração penal; medida cautelar diversa da prisão; proporcionalidade.

ABSTRACT

The purpose of this research is to analyze the possibility of applying the institute of criminal detention when a precautionary measure other than imprisonment is imposed, through the interpretative criterion of proportionality in the judgments of the Superior Court of Justice. Criminal detention is provided for in article 42 of the Penal Code, allowing the period of provisional imprisonment, in Brazil or abroad, administrative arrest and internment, to be deducted from the custodial sentence and security measure. With the advent of Law No. 12.403/2011, a list of alternative measures to prison was included in the Code of Criminal Procedure, set out in articles 319 and 320, which, like provisional imprisonment, have the objective of ensuring the regular development of the process and imply significant restrictions on the sphere of freedom of the person under jurisdiction. Detraction has challenged law enforcers, since its definition ends up being “tainted” by the lack of provision for precautionary measures other than imprisonment among its hypotheses. For this reason, the relevance of the topic arises because both national doctrine and jurisprudence are not unanimous regarding the possibility of applying detraction in precautionary measures alternative to imprisonment. The maxim of proportionality is used, composed of the sub-rules of adequacy, necessity and proportionality in the strict sense, especially the latter, with the aim of verifying whether the sacrifice to individual interests (*jus libertatis*) maintains a proportional relationship with state interests (*jus puniendi*). To develop the proposed theme, the various precautionary measures relating to prison are analyzed, Law No. 12.403/2011, the institute of criminal detention, the criterion of proportionality and its sub-rules, the jurisprudential panorama on the subject in brief and retrospective before the Federal Supreme Court and the Special Court, Repetitive Theme 1155 and the established theses, and, finally, some decisions of the Superior Court of Justice subject to debate in relation to the sub-rule of proportionality in the strict sense. Regarding specific objectives, the aim is to study alternative precautionary measures to prison and the conceptual bases of the institute of criminal detention; understand proportionality as an interpretative criterion for applying detraction and; demonstrate the understanding expressed in the Superior Court of Justice groups regarding the application of detraction in alternative measures to prison. As for the methodology, the research is descriptive, qualitative, applied and bibliographic in nature, using the hypothetical-deductive method. Specifically, articles, books, dissertations and jurisprudence are used.

Keywords: criminal detention; precautionary measure other than imprisonment; proportionality.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO.....	15
2.1	Breve análise do Sistema Penal brasileiro com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 347	15
2.2	Medidas cautelares diversas da prisão: conceito, classificação, objetivo e requisitos	17
3	BASES CONCEITUAIS DA DETRAÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	22
3.1	Historicidade do instituto da detração penal.....	22
3.2	Pressupostos teóricos da detração penal	23
4	PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO METODOLÓGICO INTERPRETATIVO	30
4.1	Breve histórico acerca da proporcionalidade.....	30
4.2	Considerações iniciais do conteúdo da proporcionalidade.....	30
4.3	Adequação	32
4.4	Necessidade	34
4.5	Proporcionalidade em sentido estrito	35
5	ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM OBSERVÂNCIA AO CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE	37
5.1	Panorama jurisprudencial com o Tema Repetitivo 1155.....	37
5.2	Proporcionalidade e in(observância) dos demais princípios	38
5.3	Análise jurisprudencial a partir da proporcionalidade.....	41
6	CONCLUSÃO.....	47
	REFERÊNCIAS.....	50

1 INTRODUÇÃO

A possibilidade de utilização do instituto da detração penal para além das hipóteses previstas legalmente, sobretudo quando do cumprimento de medidas cautelares pessoais alternativas à prisão, serve como instrumento de efetivação do próprio instituto em apreço, visando garantir que o jurisdicionado não seja punido em excesso mediante o abuso do poder punitivo estatal, bem como pela própria natureza jurídica da detração enquanto benefício legal, o qual deve ser interpretado de forma ampliativa e extensiva de direitos, como bem pontua Roig (2021).

Não obstante a possibilidade de decretação da prisão preventiva a fim de assegurar a instrução processual, o Código Criminal do Império de 1830 era omissivo quanto à detração penal. Por sua vez, o surgimento da detração penal deu-se ainda sob a vigência do Código Imperial, com a Lei nº 1.696 de 1869, nos casos de condenação à prisão com trabalho. Atualmente, a detração penal está disciplinada no artigo 42 do Código Penal, cuja redação é a mesma desde a reforma promovida pela Lei nº 7.209/1984, aplicando-se às hipóteses de prisão provisória, prisão administrativa e internação.

As medidas cautelares diversas da prisão, por sua vez, foram introduzidas no ordenamento pátrio por meio da Lei nº 12.403/2011, as quais estão previstas nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal, elencadas em dez espécies. Convém destacar que o advento da legislação em comento promoveu mudanças significativas na sistemática processual penal, uma vez que a prisão processual assumiu o caráter de *ultima ratio*, sendo considerada excepcional e subsidiária, destinada apenas aos casos mais extremos.

Na redação anterior do Códex Processual Penal, o magistrado possuía, basicamente, duas opções: decretar a prisão processual ou conceder a liberdade provisória. Não havia previsão de medidas alternativas para casos em que a prisão fosse considerada demasiadamente grave e a liberdade plena desaconselhável. Cientes do exagero que o uso da prisão acarretava em determinadas situações, procurou-se reduzir o número de prisões processuais antes do trânsito em julgado, substituindo-as por medidas menos gravosas à liberdade e igualmente satisfatórias para tutela de bens jurídicos no processo pessoal (Mendonça, 2011).

Autores como Oliveira e Sanches alertam acerca da necessidade do estudo da temática, haja vista que, embora não constituam pena, as medidas cautelares diversas da prisão implicam restrições a bens jurídicos relevantes e fundamentais do investigado ou acusado

durante a persecução penal, variando em intensidade conforme o caso, enquanto não há um juízo de cognição profundo sobre sua culpa. De acordo com Sanches (2020), o conceito de detração penal ultrapassa a definição técnica-jurídica estabelecida no artigo 42 do Código Penal, não comportando interpretação restritiva diante da natureza de benefício legal, o qual se encontra comprometido devido à omissão em suas hipóteses quanto às medidas cautelares diversas da prisão.

Por este aspecto, o estudo da temática merece destaque, uma vez que, tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátrias, existem divergências quanto à possibilidade de aplicação da detração nos provimentos cautelares alternativos. Além disso, a despeito dos avanços observados perante o Superior Tribunal de Justiça, com a possibilidade de detração na medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno, independentemente do cúmulo com a medida de monitoração eletrônica (Tema Repetitivo 1155¹), as demais medidas alternativas também comprometem o direito de liberdade do jurisdicionado ao longo da persecução penal, o que implicaria em excesso de execução caso a detração não seja observada, promovendo maiores detrimentos à figura do apenado.

Dessa forma, surge a seguinte indagação: é possível a aplicação do instituto da detração penal quando é imposta uma medida cautelar diversa da prisão?

Para responder a tal questionamento, é necessário entender que o período de submissão às medidas cautelares diversas da prisão importa restrições ao direito de liberdade do indivíduo. Em outras palavras, essas medidas privam o jurisdicionado de bens jurídicos relevantes e fundamentais, incluindo, às vezes, seu *jus libertatis*, antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

Além disso, em um primeiro momento, é possível asseverar que a detração penal, enquanto benefício legal ao jurisdicionado, não deve se restringir às hipóteses previstas no artigo 42 do Código Penal, haja vista que sua definição vai além do conteúdo de seu texto legal, e, em atenção ao seu fundamento de evitar a dupla punição do agente, com a exacerbação do dever-poder punitivo estatal, não considerá-la durante o período de cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão, violaria o direito de se ter uma pena justa. Frisa-se, ainda, que à

¹ Informativo nº 758: Tema Repetitivo 1155, STJ:

Execução Penal. Medida cautelar de recolhimento noturno e nos dias de folga. Detração. Possibilidade. Interpretação do art. 42 do Código Penal. Monitoramento eletrônico. Desnecessidade. Contagem. Soma das horas convertidas em dias. Remanescente período menor que 24 horas. Fração de dia desprezada. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@cnot=019566>. Acesso em: 05 jun. 2024.

luz da proporcionalidade, é necessário avaliar se o sacrifício imposto aos interesses individuais (*jus libertatis*) pela aplicação da medida cautelar diversa da prisão guarda uma relação de proporcionalidade com os interesses do Estado (*jus puniendi*).

Assim, o objetivo geral da presente pesquisa consiste em estudar a possibilidade de detração quando imposta uma medida cautelar diversa da prisão. No que tange aos objetivos específicos, intentam-se os seguintes: estudar as medidas cautelares alternativas à prisão no ordenamento jurídico brasileiro e as bases conceituais do instituto da detração penal; compreender a proporcionalidade como critério interpretativo para a aplicação do instituto da detração penal e; demonstrar o entendimento exarado nas turmas do Superior Tribunal de Justiça — *Habeas Corpus* n° 380.370 - DF (2016/0312718-7), *Habeas Corpus* n° 140.214 - SC (2020/034920-0), AgRg no *Habeas Corpus* n° 649804 - DF (2021/0065375-6) e Ag no Recurso Especial n° 2038946 - SP (2022/0365414-7) —; quanto à aplicação da detração nas medidas alternativas ao cárcere.

A pesquisa desenvolvida é do tipo descritiva, com o intuito de abordar de maneira minuciosa as medidas cautelares diversas da prisão, o instituto da detração penal e seus fundamentos, além do critério da proporcionalidade e suas sub-regras, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Utiliza-se, ainda, a metodologia qualitativa, de natureza aplicada e bibliográfica, tendo como método o hipotético-dedutivo.

As técnicas empregadas incluem análise, descrição, observação, comparação e síntese. Especificamente, realiza-se um estudo bibliográfico que envolve a análise do ordenamento jurídico, especialmente a Lei n° 12.403/2011, bem como os Códigos Penal (artigo 42) e de Processo Penal (artigos 319 e 320). Além disso, são consultadas fontes documentais, incluindo publicações do Conselho Nacional de Justiça e do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, boletins do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, artigos científicos, livros, dissertações e julgados da Corte Especial, com o objetivo de proporcionar uma melhor compreensão acerca da temática.

No primeiro capítulo, inicia-se contextualizando, em apertada síntese, como se encontra o Sistema Penal brasileiro, especificamente o aparelho prisional, por meio de dados estatísticos da Secretaria Nacional de Políticas Penais e do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 347, que definiu o sistema prisional como “estado de coisas inconstitucional” devido à afronta sistemática de direitos fundamentais.

Além disso, no julgamento da referida ADPF pelo Supremo Tribunal Federal,

determinou-se a necessidade de fundamentação por parte dos magistrados e tribunais ao não aplicarem provimentos cautelares diversos da prisão. Posteriormente, abordam-se as medidas cautelares alternativas à prisão, incluindo sua definição, classificação e objetivos. Em seguida, explana-se a Lei nº 12.403/2011, que introduziu formalmente as medidas cautelares diversas da prisão no ordenamento pátrio, discutindo sua finalidade, as espécies de medidas cautelares alternativas à prisão e seus fundamentos legais de aplicação. Para embasar o estudo, são utilizados como principais referenciais teóricos Andrey Borges de Mendonça, Aury Lopes Jr., Renato Brasileiro de Lima, Pierpaolo Cruz Bottini e Fernanda Regina Vilares.

No capítulo seguinte, aborda-se o instituto da detração penal, iniciando com uma breve análise de sua historicidade, especialmente na legislação penal brasileira. Em seguida, apresenta-se a definição doutrinária e acadêmica do instituto, seus fundamentos e funções, natureza jurídica, hipóteses legais de aplicação — prisão provisória, prisão administrativa e internação — e competência. Ademais, ainda no segundo capítulo, discute-se a importância de incluir outras circunstâncias de aplicação no artigo 42 do Código Penal, especificamente as medidas cautelares diversas da prisão, uma vez que o referido dispositivo legal não configura um rol taxativo, e tais medidas, assim como a prisão provisória, implicam restrições ao *status libertatis* do jurisdicionado. Nesse capítulo, destacam-se como referenciais teóricos Adeildo Nunes, Alexis Couto de Brito, Cezar Roberto Bitencourt, Rodrigo Duque Estrada Roig, além das dissertações de Najme Hadad Sanches, Rodrigo Fernando Vieira de Oliveira e Leonardo Brandão Amaral.

O terceiro capítulo, por sua vez, aborda a máxima da proporcionalidade como critério metodológico interpretativo. No tópico inicial, apresenta-se um breve histórico sobre a temática. Em seguida, são feitas considerações iniciais sobre o conteúdo da proporcionalidade, detalhando suas sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Aborda-se também a importância da subsidiariedade entre essas sub-regras, haja vista que a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre exige a análise de todas as sub-regras mencionadas. Subsequentemente, o capítulo passa do plano abrangente para a particularização de cada um dos subelementos da proporcionalidade. A base teórica desse capítulo é constituída, principalmente, por artigos e dissertações, com destaque para as obras de Bruno Vasconcelos Barros, Mariana Moura Gonçalves, Belize Câmara Correia e Pedro Machado de Almeida Castro.

Para finalizar, o quarto capítulo trata da análise da jurisprudência do Superior

Tribunal de Justiça em relação ao critério da proporcionalidade, especialmente no que concerne à proporcionalidade em sentido estrito. Primeiramente, apresenta-se um panorama jurisprudencial breve e retrospectivo sobre a possibilidade de detração penal nas medidas cautelares alternativas à prisão, conforme os entendimentos do Supremo Tribunal Federal e da Corte Especial. Em seguida, destaca-se o Tema Repetitivo 1155, que trata do Recurso Especial nº 1977135 - SC, submetido ao rito dos recursos repetitivos, tendo como questão central definir se o tempo de cumprimento de medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno deve ser considerado para fins de detração penal e se é necessária a cumulação com a medida de monitoração eletrônica, detalhando as teses fixadas. Posteriormente, realiza-se uma síntese da proporcionalidade em sentido estrito, bem como dos fundamentos da detração penal e das medidas cautelares diversas da prisão, citando também outros princípios aplicáveis à detração penal, além do *ne bis in idem*, a fim de analisar os julgados do Superior Tribunal de Justiça.

Para fazer a análise proposta, o quarto capítulo apresenta alguns julgados passíveis de crítica em relação à sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito, que são os seguintes: *Habeas Corpus* nº 380.370 - DF (2016/0312718-7), *Habeas Corpus* nº 140.214 - SC (2020/034920-0), Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 649804 - DF (2021/0065375-6) e Agravo Regimental no Recurso Especial nº 2038946 - SP (2022/0365414-7).

2 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

2.1 Breve análise do Sistema Penal brasileiro com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 347

Antes de adentrar no estudo das medidas cautelares alternativas à prisão e do instituto da detração penal, é cabível lançar luz no estado em que se encontra o Sistema Penal brasileiro, sobretudo no que diz respeito ao aparelho prisional. Sabe-se que o sistema de justiça criminal pode ser analisado por diversas vertentes, dentre elas tem-se a Criminologia Crítica. Consoante expõe Nilo Batista (2007, p. 32), a Criminologia Crítica busca verificar o funcionamento do sistema penal — composto pelos aparelhos policial, judicial e prisional —, e a missão que lhe é atribuída, quando comparado com outros meios formais de controle social, apontando, por conseguinte, as incongruências do sistema punitivo.

Por sua vez, Alessandro Baratta (2002, p. 215) corrobora o exposto, tendo em vista que o sistema positivo e a prática oficial constituem o objeto de estudo dessa vertente criminológica, incluindo a análise da origem do sistema, sua estrutura, as funções efetivamente exercidas e as respostas que apresenta aos problemas sociais.

Assim, o estudo dessa temática se mostra relevante, uma vez que se trata de um problema de direito contudente, isso porque de acordo com dados estatísticos da Secretaria Nacional de Políticas Penais² (SENAPPEN), por meio do Levantamento de Informações Penitenciárias do segundo semestre de 2023³, o número total de presos no Brasil é 852.010, incluindo os que se encontram em celas físicas e em prisão domiciliar. Dentre esse total, 208.882 são presos provisórios, correspondendo a 24,52%. Diante desse cenário, o país ocupa a terceira posição mundial em termos de população carcerária.

Não à toa, diante desse contexto, o Supremo Tribunal Federal (STF) por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 347, ajuizada em 2015 pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) do Sistema Prisional Brasileiro, consoante ementa colacionada a seguir:

² Órgão executivo integrado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, responsável pelo acompanhamento e controle da aplicação da Lei de Execução Penal (Lei n° 7.210/1984) e das diretrizes da Política Penitenciária Nacional (Brasil, 2023). Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/aceso-a-informacao/institucional>. Acesso em: 21 out. 2023.

³ 15º Ciclo do Levantamento de Informações Penitenciárias, slides 8-9. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMDMwODBhZTctMWE2Mi00MTc3LThlYjMtZjE0NzA0OWRmNTVhIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 21 out. 2023.

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL** – ADEQUAÇÃO. Cabível é a **arguição de descumprimento de preceito fundamental** considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. [...] (ADPF 347, 2015).

Diante disso, resta evidenciada a afronta constante e sistemática de direitos fundamentais, sobretudo quando comparada aos preceitos da Constituição Federal (CF/88) e aos tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário, tais como as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos (Regras de Mandela) e a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984, (Wermuth; Castro, 2021, p. 785), levando, dessa maneira, o sistema prisional a ocupar o “banco dos réus”⁴.

Outrossim, cabe ressaltar que a utilização do Estado de Coisas Inconstitucional, instituto desenvolvido pela Corte Constitucional da Colômbia (CCC) e introduzido no sistema jurídico brasileiro por meio da aludida ADPF nº 347, deve ocorrer apenas em circunstâncias excepcionais. Esta medida se faz necessária quando existirem casos estruturais que envolvam violações substanciais de direitos humanos, bem como bloqueios institucionais que prejudiquem a atuação de outros poderes. Requerendo, por conseguinte, uma decisão estrutural que considere todos os agentes e/ou instituições envolvidos no fato (Conectas Direitos Humanos, 2021).

Dentre os requerimentos formulados na ADPF nº 347, o PSOL requereu a necessidade de motivação expressa por parte dos juízes e tribunais para a não aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão nos casos de determinação ou manutenção da prisão provisória. Ocorre que, em sede de apreciação da liminar, tal pleito restou rejeitado, conforme pontuou o Ministro Roberto Barroso em seu voto, devido à previsibilidade legal de motivação por parte dos magistrados, conforme os artigos 315 e 282, parágrafo sexto, do Código de Processo Penal e o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal (ADPF 347 MC / DF, 2015, DJe 09/09/2015, p. 74). No entanto, com a decisão de julgamento proferida em 04 de outubro

⁴ Expressão utilizada pela organização não governamental Conectas Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.conectas.org/litigiopt/adpf-347-sistema-prisional-no-banco-dos-reus/>. Acesso em: 21 out. 2023.

de 2023, o Supremo Tribunal Federal julgou o pedido parcialmente procedente, determinando a necessidade de fundamentação, sempre que possível, quando da não aplicação de medidas cautelares e penas alternativas à prisão pelos juízes e tribunais (ADPF 347 / DF, 2015, DJe 04/10/2023, p. 8).

No tópico a seguir, dar-se-á início ao estudo das medidas cautelares alternativas à prisão, com ênfase nas medidas de natureza pessoal e na legislação pertinente, em especial a Lei nº 12.403/2011.

2.2 Medidas cautelares diversas da prisão: conceito, classificação, objetivo e requisitos

Medida cautelar *lato sensu* constitui um gênero do qual são espécies as prisões cautelares, a liberdade provisória e outras medidas cautelares diversas da prisão (Távora; Alencar, 2011, p. 611). Na presente pesquisa, o enfoque é direcionado especificamente para essas últimas, que constituem o ponto central de análise. Nessa toada, Eugênio Pacelli (2017, p. 233) conceitua as medidas cautelares como todas as limitações aos direitos pessoais e à liberdade de locomoção constantes no Código de Processo Penal, aplicadas antes do trânsito em julgado e a partir da vigência da Lei nº 12.403/2011.

As medidas cautelares no Processo Penal possuem uma classificação própria, variando de acordo com sua natureza: patrimonial e/ou real, probatória e pessoal (Mendonça, 2011, p. 24). Dito isso, as medidas cautelares reais estão relacionadas à reparação do dano e ao perdimento de bens como efeito da condenação, incidindo sobre o patrimônio lícito do réu ou sobre o produto ou proveito do crime. Já as medidas cautelares atinentes à prova objetivam a obtenção de uma prova para o processo, a fim de garantir sua utilização ou evitar seu perecimento ao longo do procedimento.

Por sua vez, as medidas cautelares de natureza pessoal, foco deste capítulo, estão relacionadas à liberdade de locomoção – ou outro direito – do agente durante a persecução penal, importando em diferentes graus de restrição ao seu direito ambulatorial, ora em maior grau, como na prisão cautelar, ora em menor intensidade, como nas medidas cautelares alternativas à prisão (Lima, 2020, p. 930).

As medidas cautelares de natureza processual penal têm por objetivo assegurar o regular desenvolvimento do processo e, conseqüentemente, a eficaz aplicação do *jus puniendi* e/ou poder de penar, possuindo, portanto, caráter instrumental (Lopes Junior, 2024, local. 272). Além disso, essas medidas podem ser impostas tanto na fase investigatória (pré-processual) quanto na fase processual (ação penal), abrangendo toda a persecução penal.

A Lei nº 12.403/2011, conhecida como Lei das Cautelares ou Lei das Cautelares Pessoais, instituída em 4 de maio de 2011, introduziu mudanças significativas no que diz respeito às prisões e à liberdade provisória. Isso porque, com o advento da legislação supracitada, a bipolaridade cautelar do sistema do Código de Processo Penal foi encerrada. Anteriormente, de acordo com a sistemática original prevista no Códex Processual Penal de 1941, o magistrado possuía apenas duas opções, quais sejam, decretar a prisão cautelar ou conceder a liberdade provisória com ou sem fiança (Lima, 2020, p. 930-931).

Conforme propensão do direito comparado, seguindo as diretrizes estabelecidas nas Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio de 1990), e com o objetivo de superar a mencionada dicotomia cautelar, que consistia, repise-se, na escolha entre a concessão da liberdade provisória ou prisão cautelar, houve um acréscimo significativo ao rol de medidas alternativas ao cárcere no Código de Processo Penal. Isso deu espaço a um sistema poliformo, caracterizado pela multicautela, cuja inspiração adveio dos ordenamentos português e italiano (Avena, 2023, local. 869; Oliveira, 2022, p. 78).

Nesse sentido, veja-se o seguinte trecho da obra de Lima (2020, p. 931):

Essa mudança reflete tendência mundial consolidada pelas diretrizes fixadas nas Regras das Nações Unidas sobre medidas não privativas de liberdade, as conhecidas Regras de Tóquio, de 1990. Esta Declaração refletiu a percepção de que as medidas cautelares, notadamente as de natureza pessoal, por privarem o acusado de um de seus bens mais preciosos – a liberdade –, quando ainda não há decisão definitiva sobre sua responsabilidade penal, devem possuir um caráter de *ultima ratio*, sendo utilizadas tão somente quando não for possível a adoção de outra medida cautelar menos gravosa, porém de igual eficácia.

Nessa senda, as Regras de Tóquio têm como um de seus principais objetivos fomentar a implementação de medidas não privativas de liberdade, visando reduzir o uso do encarceramento, bem como promover a racionalização das políticas de justiça criminal em observância aos direitos humanos. Assim, essas regras priorizam abordagens e resultados que causem menos detrimientos à figura do jurisdicionado do que os advindos do encarceramento (Brasil, 2016, p. 15).

Com base no exposto, colaciona-se trecho de Pierpaolo Cruz Bottini, o qual expõe os benefícios advindos com a nova sistemática trazida pela Lei nº 12.403/2011 para a ordem processual penal:

Essa superação da medíocre dicotomia — prisão ou nada — protege de forma mais efetiva o processo, o acusado e a própria sociedade. O processo, porque surge um novo rol de medidas de resguardo à ordem dos trabalhos. O acusado, porque a prisão cautelar, ato de extrema violência, será a extrema e última opção. A sociedade, porque a redução da prisão cautelar significa o desencarceramento de cidadãos sem condenação definitiva, que eram submetidos desde o início do processo ao contato nefasto com o submundo de valores criados pela cultura da prisão (Bottini, 2013, p. 265).

A Lei das Cautelares Pessoais teve como objetivo reduzir o uso da prisão provisória (Vilares, 2023, p. 15-17). Outrossim, conforme dito anteriormente, a legislação em comento ampliou o leque de medidas cautelares no Código de Processo Penal, permitindo ao julgador a escolha da medida mais adequada, em conformidade com os critérios da legalidade e da proporcionalidade.

Desse modo, o texto legal trouxe significativas alterações no sistema penal, tendo em vista que a prisão preventiva assumiu o caráter de *ultima ratio*, cuja decretação restou reservada aos casos de impossibilidade de sua substituição frente a outra medida cautelar, conforme aponta Camile Eltz de Lima (2016). Isso assegura um maior controle sobre o encarceramento provisório, haja vista que tais medidas visam adequar a necessidade e a proporcionalidade do uso da prisão (FBSP, 2022, local. 3).

Nessa linha, foram incorporadas ao Código de Processo Penal dez medidas cautelares pessoais alternativas à prisão⁵, distribuídas nos artigos 319 e 320. Cumpre ressaltar que as medidas cautelares alternativas à prisão não são novidade, tampouco estranhas à legislação penal pátria. Algumas delas já estavam presentes no ordenamento jurídico, ora como

⁵ Art. 319, do Código de Processo Penal. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração;
- VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX - monitoração eletrônica.

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

sanção restritiva de direitos, a exemplo da proibição de frequentar determinados lugares, ora como uma forma específica de privação de liberdade, como é o caso do recolhimento domiciliar noturno.

Além disso, na prática jurídica, com base na sistemática original, alguns juízes valiam-se de outros mecanismos para além das duas opções clássicas (prisão cautelar ou liberdade provisória), como a retenção de passaportes e a proibição de acesso a determinados locais, caracterizando a utilização das cautelares inominadas mediante o poder geral de cautela (Vilares, 2023, p. 16). No entanto, a utilização dessas cautelares gerava ampla controvérsia e suscitava dúvidas quanto à sua legalidade, como bem apontado por Bottini (2013, p. 265), todavia esse desajuste com a legalidade foi solucionado com a Lei das Cautelares Pessoais.

Em que pese a Lei nº 12.403/2011 ter introduzido as medidas alternativas à prisão, não definiu os seus fundamentos de aplicação (Castelo Branco; Santoro; Guimarães, 2018, p. 307). No entanto, a doutrina reconhece a necessidade de observância ao binômio *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* para decretação de qualquer uma das medidas cautelares de natureza pessoal. Assim, a decisão judicial que decretar uma medida cautelar deve fundamentar-se na prova da existência do crime, indício suficiente de autoria (*fumus commissi delicti*) e indícios do perigo decorrente do estado de liberdade do indiciado ou acusado em relação à investigação ou à regular instrução processual (*periculum libertatis*).

O *periculum libertatis* está expresso no artigo 282, inciso I, do Código de Processo Penal, quanto ao requisito da necessidade da medida para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais. Ademais, há a necessidade de enquadramento nas hipóteses do artigo 312 do Digesto Processual Penal, quais sejam, para garantia da ordem pública, ordem econômica, da instrução criminal ou da aplicação da lei penal. Dessa maneira, a doutrina estabelece como matriz geral das medidas cautelares de natureza pessoal a regra do artigo 312 do Código de Processo Penal, concernente à prisão preventiva. Por fim, tem-se a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, que está expressa no artigo 282, inciso II, do Código de Processo Penal.

Vilares (2023, p. 16) ressalta a importância de que a matriz geral das medidas cautelares seja submetida, em seguida, a “uma filtragem” conforme os critérios do artigo 282 do Código de Processo Penal, o qual concretiza o princípio da proporcionalidade em seus incisos.

E mais, Lopes Junior (2024, local. 308) destaca que não se trata de utilizar as

medidas alternativas à prisão quando os fundamentos da prisão preventiva não estiverem presentes. E conclui o citado autor que tais medidas devem ser empregadas somente quando for cabível a prisão preventiva; porém, em razão da proporcionalidade, houver outra restrição menos onerosa, reservando a prisão preventiva como último instrumento a ser utilizado.

Considerando a situação do sistema penal vigente, conforme demonstrado à luz da Criminologia Crítica e da ADPF nº 347, constata-se que a Lei nº 12.403 não logrou alcançar o propósito para o qual foi criada, qual seja, reduzir o índice de encarceramento provisório. Desde a sua entrada em vigor em 4 de julho de 2011, o número de presos provisórios aumentou de 173.818 para 261.786 em 2015, de acordo com dados da Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN)⁶, cujo número atual é de 208.882 presos, conforme dados do segundo semestre de 2023.

Ademais, embora não constituam pena, as medidas cautelares alternativas à prisão implicam restrições significativas na esfera de liberdade do jurisdicionado, enquanto não há um juízo de cognição profundo sobre a culpa, cujos graus de restrição variam de acordo com a medida imposta (Mendonça, 2011, p. 25). Dessa forma, a imposição dessas medidas reclama estrita observância aos princípios da legalidade e da provisoriedade da medida, bem como à parcimônia (Lopes Junior, 2024, local. 273; Brasil, 2020, p. 12-13).

No tópico seguinte, será abordado o instituto da detração penal, com uma breve análise acerca de sua historicidade, definição, fundamentos de aplicação, funções, natureza jurídica, hipóteses legais de cabimento e competência.

⁶ 15º Ciclo do Levantamento de Informações Penitenciárias, slide 9. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMDMwODBhZTctMWE2Mi00MTc3LThlYjMtZjE0NzA0OWRmNTVhIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 21 out. 2023.

3 BASES CONCEITUAIS DA DETRAÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 Historicidade do instituto da detração penal

Anteriormente, no Direito Romano, já existia uma preocupação em computar e/ou abater na pena definitiva imposta o tempo que o acusado permaneceu segregado sem que houvesse definição de culpa (Digesto, Livro 48, Título 19, “*De Poenis*”, Lei 25). Contudo, com a queda do Império Romano e o advento do período Medieval, essa preocupação foi relegada, não havendo proporcionalidade entre o crime cometido e a pena aplicada. Apenas com a Revolução Francesa a temática voltou a ser objeto de debate, impulsionada pelos ideais liberais e pela preocupação com os direitos humanos (Ponte, 2012).

Brito (2023, local. 113) leciona que, apesar de ser inconcebível a não utilização da detração, o Direito Penal brasileiro tardou em adotá-la. Não obstante o Código Criminal do Império de 1830 ter sofrido influência dos ideais liberais, era silente quanto à detração penal, prevendo em seu artigo 37 a possibilidade de decretação da prisão preventiva, a fim de garantir a instrução processual. Isso transferia aos magistrados a obrigação de reconhecer o cômputo e/ou desconto no cálculo da pena, mesmo que de maneira velada.

Nessa linha, os prelúdios do instituto da detração penal no Brasil remontam a 1869, com o advento do Decreto-legislativo nº 1.696 nos casos de condenação à prisão com trabalho (artigo 7º), sendo instituída ainda sob a vigência do Código Imperial (Amaral, 2022, p. 50-54). Por sua vez, a detração penal foi adotada de maneira definitiva por meio do Decreto nº 774 de 1890 durante o governo provisório da República, com o cômputo da prisão preventiva na execução (artigo 3º).

Em 11 de outubro de 1890, o Decreto nº 847 promulgou o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, que incluía a previsão da detração penal no artigo 60, com o cômputo da suspensão administrativa e da prisão preventiva. Posteriormente, com a implementação do Código Penal de 1940, a matéria passou a ser regulada pelo artigo 34. Mais adiante, com a reforma promovida pela Lei nº 7.209/1984, o Código Penal de 1940 recebeu uma nova redação, passando a disciplinar o instituto da detração penal no artigo 42, cuja redação é mantida até hoje (Oliveira, 2022, p. 113-115; Sanches, 2020, 113-114). Este cenário demanda, pois, uma atualização do instituto frente aos avanços na seara criminal, especialmente com a Lei das Cautelares Pessoais de 2011 e a introdução dos provimentos cautelares alternativos ao cárcere,

visando proporcionar maior segurança jurídica e, conseqüentemente, a uniformização da temática.

3.2 Pressupostos teóricos da detração penal

De início, destaca-se que a matéria concernente ao instituto da detração penal é regulamentada pelo artigo 42 do Código Penal (Nunes, 2018, p. 153), não obstante sua menção no artigo 111 pela Lei nº 7.210/1984, a qual institui a Execução Penal, bem como no artigo 387, parágrafo segundo, do Código de Processo Penal, cuja explanação se dará em momento oportuno da presente pesquisa.

É importante destacar que se compartilha do entendimento de Oliveira (2022, p. 115), tendo em vista que, ao buscar um conceito doutrinário de detração penal, é comum encontrar definições semelhantes, todas fundamentadas nos limites legais do artigo 42 do Código Penal. No entanto, essa postura vai de encontro à própria natureza jurídica do instituto, que consiste em um benefício legal que ultrapassa os limites estabelecidos pelo dispositivo legal que o prevê.

Superada essa observação, detração penal é o termo atribuído ao instituto jurídico pelo qual permite-se que o período em que o jurisdicionado permaneceu encarcerado, antes da sentença penal condenatória, seja considerado e/ou abatido da execução da pena privativa de liberdade. De igual maneira, na medida de segurança, haja vista o tempo em que o agente esteve internado deve ser levado em conta a fim de se estabelecer o período mínimo de duração da medida e da realização do exame de cessação de periculosidade, conforme o artigo 97, parágrafos 1º e 2º, do Código Penal (Galvão, 2019, p. 655).

Em outras palavras, é a possibilidade conferida legalmente de se descontar e/ou computar na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o período que o condenado cumpriu previamente à condenação, em virtude de prisão cautelar, no Brasil ou no estrangeiro, bem como de prisão administrativa e de internação, nos termos do artigo 42 do Código Penal.

Assim, esse período anterior à sentença penal condenatória deve ser considerado como efetivo cumprimento de pena ou de medida de segurança, sendo, portanto, deduzido da condenação imposta (Bitencourt, 2024, local. 312). Ainda, é importante destacar, conforme leciona Galvão (2019, p. 655), que não se pode cogitar que a penalidade fixada tenha sido menor com a aplicação da detração, mas sim que o tempo de sujeição à prisão cautelar foi, de fato, computado, bem como o tempo de internação, à medida de segurança.

A detração pode ser definida ainda como a dedução na pena privativa de liberdade do tempo em que o agente permaneceu encarcerado em razão de prisão provisória resultante de prisão em flagrante, prisão preventiva ou prisão temporária antes da sentença penal condenatória, como também na medida de segurança do período que esteve internado em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (Sanches, 2020, p. 111).

Ademais, de maneira objetiva, Gavião (2014, p. 7) delinea a detração como uma compensação conferida àquele que teve sua liberdade lesionada e/ou restrita antes de uma condenação transitada em julgado, e, sobrevindo sentença condenatória por esse mesmo fato, em observância ao princípio do *non bis in idem*, fará *jus* ao abatimento na pena a ser cumprida, equivalente ao período em que esteve preso antes da condenação definitiva.

No que tange aos fundamentos, a detração penal tem como lastro principal impedir excessos por parte do Estado no exercício do *jus puniendi* (dever-poder de punir), evitando que o agente seja punido duas vezes pela mesma prática delituosa, prevenindo, assim, o excesso de execução. Caso contrário, o condenado estaria submetido a um *quantum* de pena desnecessário, o que configuraria uma violação ao princípio do *ne bis in idem*, segundo o qual ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato (Machado; Oliveira, 2013, p. 64). Além disso, é importante ressaltar que o instituto da detração penal possui raiz constitucional, decorrendo do princípio da não culpabilidade, estabelecido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, refletindo a preocupação do legislador em assegurar um mecanismo que efetive a ordem de que a inocência deve ser presumida (Tavares; Beloni, [21--?], p. 3).

Assim, é possível inferir que a detração penal atualmente exerce diversas funções, considerando que serve como limite ao poder estatal, assegura o princípio do *non bis in idem*, compensa o jurisdicionado por prejuízos causados a seu *status libertatis* e concretiza os princípios constitucionais.

A detração penal, devido a algumas questões relevantes de ordem prática, tem desafiado os aplicadores do direito. Isso porque, segundo Sanches (2020, p. 116), o conceito de detração penal acaba sendo maculado devido à ausência de outras duas hipóteses, quais sejam, o período de cumprimento de medidas cautelares pessoais alternativas à prisão – foco do presente trabalho – e de penas restritivas de direito antes da conversão em pena privativa de liberdade na fase de execução penal (artigo 181 da Lei nº 7.210/1984).

Quanto à natureza jurídica, a detração penal importa em benefício legal ao jurisdicionado, cujo regramento, repise-se, em sua totalidade deve ser interpretado de forma extensiva e ampliativa de direitos (Roig, 2021, p. 506).

Dito isso, considerando o fundamento e a natureza jurídica da detração penal, compreende-se que se deve abarcar em seu cômputo, conforme defende Sanches (2020, p. 114-116), “toda situação jurídico-penal ou processual” que restrinja ato ou direito de liberdade do jurisdicionado ao longo do processo penal, não se limitando às hipóteses previstas em lei. Ademais, Oliveira (2022, p. 118) corrobora o entendimento mencionado, uma vez que compreende como sendo o desconto na sanção imposta de “toda situação jurídico-processual” que tenha, reforça-se, de qualquer maneira e em qualquer grau, restringido ou limitado o direito à liberdade do agente durante a persecução penal.

Passa-se, a seguir, a análise das hipóteses de detração penal previstas legalmente.

Depreende-se dos termos do artigo 42 do Código Penal que as hipóteses legais de cabimento da detração são restritivas, compreendendo a prisão provisória, a prisão administrativa e a internação.

A primeira hipótese, a prisão provisória, correspondente à prisão processual ou cautelar, constitui medida cautelar de privação de liberdade, cujo objetivo é assegurar a finalidade útil do processo criminal, seja no que tange à instrução, seja em relação à segurança pública e à aplicação da lei penal, tendo como espécies a prisão preventiva e a prisão temporária⁷.

Conforme interpretação do artigo 311 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, mediante requerimento do Ministério Público, do querelante, do assistente ou por representação da autoridade policial.

Para que seja decretada, exige-se a presença de dois requisitos fundamentais: o *fumus commissi delicti*, que se caracteriza pela prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, e o *periculum libertatis*, que se refere ao perigo decorrente do estado de liberdade do acusado para a ordem pública, para ordem econômica, para a conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Por outro lado, a prisão temporária, única hipótese de prisão cautelar com prazo máximo de duração previsto legalmente, é decretada pelo magistrado, por meio de requerimento do *parquet* ou representação da autoridade policial, observando os parâmetros da adequação e necessidade estabelecidos no artigo 282, incisos I e II, do Código de Processo Penal.

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, expresso no julgamento das

⁷ Na presente pesquisa, entende-se a prisão em flagrante como uma medida precauteladora, conforme lecionam Lopes Junior (2023, local. 24) e Oliveira (2022, p. 68-69), razão pela qual não será abordada de maneira detalhada.

ADIs 3.360 e 4.109, a prisão temporária pode ser decretada quando cumulativamente preenchidos os seguintes requisitos: imprescindível para as investigações do inquérito policial, demonstrada a partir de elementos concretos ou na falta de residência fixa pelo representado; existirem fundadas razões da autoria ou participação do indiciado nos crimes elencados no artigo 1º da Lei nº 7.960/1989, vedada a analogia ou interpretação extensiva do rol previsto no dispositivo; justificada em fatos novos ou contemporâneos que embasem a medida; a medida for adequada à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado; e ser insuficiente a imposição de medidas cautelares diversas da prisão (Lopes Junior, 2023, local. 76-79).

Posto isto, de acordo com a letra da lei, a detração penal compreende justamente o cômputo desse tempo de prisão provisória.

Ainda, com base no artigo 42 do Código Penal, a prisão administrativa consta como segunda hipótese de cabimento para a detração penal. Ocorre que, com o advento da Lei das Cautelares Pessoais (Lei nº 12.403/2011), essa modalidade de prisão foi revogada, anteriormente prevista no artigo 319 do Códex Processual Penal. Todavia, a temática não está pacificada na doutrina, uma vez que, de acordo com Bitencourt (2024, local. 313), ela continua existindo. Nessa linha, o referido autor defende que a prisão administrativa ocorre em decorrência de infração disciplinar, hierárquica ou de infrações praticadas por particulares em face da Administração Pública, sejam eles nacionais ou estrangeiros.

Por sua vez, as hipóteses em que a prisão administrativa seria aplicável incluem a prisão em quartéis militares, casos de indisciplina e durante processos de extradição, enquanto o extraditado aguarda a tramitação do processo perante o Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça. Por outro lado, anteriormente, Lopes Jr. sustentava a inconstitucionalidade da prisão administrativa devido à não recepção pela Constituição Federal; agora, defende sua inexistência em virtude da Lei nº 12.403/2011 (Amaral, 2022, p. 60).

Por fim, a última possibilidade de aplicação de detração penal prevista legalmente consiste na internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou em outro estabelecimento adequado, na falta daqueles, nos termos do artigo 41, do Código Penal. Nessa hipótese, o período a ser computado para fins de detração penal é calculado com base no prazo mínimo de internação fixado em sentença de absolvição imprópria, que varia de 1 (um) a 3 (três) anos, conforme estabelecido no artigo 97, parágrafo 1º, do Código Penal.

Cabível ressaltar que essa modalidade de internação, prevista no artigo 319, inciso VII, do Código de Processo Penal, não se confunde com a medida socioeducativa de internação

estabelecida no Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que aquela se refere à privação de liberdade dos semi-imputáveis e inimputáveis em casos de crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça, bem como sempre que houver o risco de reiteração delituosa.

Amaral (2022, p. 61-62) entende que há de ser feita uma interpretação extensiva a fim de incluir o tempo de internação em qualquer modalidade de tratamento. Destaca ainda que, na hipótese de medida de segurança, o que será alvo de dedução não é o período total em que o agente ficará internado, tendo em vista que a internação perdurará até que a periculosidade seja cessada, nos termos do dispositivo mencionado, a qual será atestada mediante perícia médica. Assim, o período que será computado é aquele concernente ao primeiro exame com vistas a avaliar a cessação da periculosidade.

Nessa linha, decretada em sentença a absolvição imprópria do agente, o tempo de internação provisória deverá ser considerado para fins de antecipação da realização obrigatória do exame de verificação de cessação de periculosidade. De igual maneira, em caso de condenação a pena privativa de liberdade, o tempo de internação provisória para tratamento psiquiátrico também deverá ser computado (Oliveira, 2022, p. 124-125).

Machado e Oliveira (2013, p. 65) defendem ainda aplicação da detração quando o acusado, já sentenciado, estiver internado em casa de saúde com finalidade terapêutica. Não é outro o entendimento, conforme leciona Bitencourt (2024, local. 313), uma vez não haveria sentido em suspender a execução da pena pelo tempo que o condenado permanecesse internado por motivos de saúde.

No que diz respeito à competência para fins de detração penal, antes do advento da Lei Federal nº 12.736/2012, o desconto da reprimenda penal cabia exclusivamente ao juízo das execuções, nos termos do artigo 66, inciso III, alínea c, da Lei nº 7.210/1984, sendo processada depois da formação do processo de conhecimento com o recebimento da guia de recolhimento definitiva ou provisória. A Lei nº 12.736/2012 acrescentou ao artigo 387, do Código de Processo Penal, o parágrafo 2º, determinando o cômputo do tempo de prisão provisória, prisão administrativa ou de internação pelo juiz sentenciante para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade, em observância ao princípio constitucional da individualização da pena previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal.

Diante disso, houve uma maior eficiência no sistema jurídico-penal com a alteração legislativa promovida pela Lei nº 12.736/2012, ao possibilitar a adequação do regime inicial de cumprimento de pena pelo juiz da condenação, ao passo que impende ao juízo da execução lançar o tempo de detração para fins de abatimento da condenação, mormente para efeitos

quanto à base de cálculo de benefícios durante a execução da pena:

Com a previsão do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, conferiu-se maior eficiência ao sistema na medida em que o cômputo do tempo de prisão provisória passou a ser feito pelo juízo da condenação, não para abatimento do *quantum* da condenação imposta, mas para adequação do regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade, contornando-se, com isso, os inconvenientes do sistema precedente (Nunes, 2018, p. 158).

Ademais, essa postura configura um acerto por parte dos legisladores, haja vista que a possibilidade concedida ao juiz sentenciante de aplicar a detração para fins de determinação do regime inicial de cumprimento de pena, além de favorecer o princípio da celeridade processual, representa uma medida mais justa. Considerando que, em alguns casos, o condenado poderia ter um regime inicial mais brando em virtude da prisão cautelar cumprida durante o inquérito policial ou na fase processual, o que antes era atribuído ao juiz da execução, resultando em um período em que o condenado estaria cumprindo pena no regime fechado ou semiaberto de maneira desnecessária, já que, em razão da detração, seu regime inicial poderia ser outro (Campos; Andrade; Canesin, 2022, p. 90).

Bonfim (2024, local. 286) sustenta que é forçoso reconhecer, pelo menos no que se refere à fixação do regime inicial de cumprimento de pena, a derrogação tácita do artigo 66, inciso III, alínea c, da Lei de Execução Penal, com a antecipação da operação matemática, prevista na lei substantiva penal, pelo juiz sentenciante, haja vista que a competência para aplicação da detração penal era do Juízo das Execuções, conforme detalhado anteriormente.

Além disso, o autor em questão faz uma crítica velada à alteração promovida pela Lei nº 12.736/2012, considerando que a redação taxativa do parágrafo segundo do artigo 387 do Código de Processo Penal⁸, ao utilizar a expressão “regime inicial de pena privativa de liberdade”, excluiu de maneira indevida os inimputáveis e semi-imputáveis. Ele defende que a leitura desse dispositivo deve ser realizada de maneira a incluí-los nos casos em que, posteriormente, seja evidenciada a plena capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato e, conseqüentemente, aplicada pena privativa de liberdade. Por sua vez, quanto aos inimputáveis e semi-imputáveis em que forem impostas medidas de segurança, para fins de reavaliação quanto ao prazo mínimo inicial para realização do exame de cessação de periculosidade.

⁸ Art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal. O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.

Posto isto, observa-se que a detração penal é regulamentada em normas de natureza substantiva, bem como na legislação adjetiva, caracterizando um fenômeno de interesse processual e de direito material, conforme destacado por Andrade, 2020, p. 72.

Em que pese o Código Penal tratar expressamente das hipóteses de cabimento da detração penal em seu artigo 42, incluindo o cumprimento de prisão provisória, prisão administrativa e internação, é inegável que existem outras circunstâncias em que tal instituto pode ser aplicado, como é o caso das medidas cautelares alternativas à prisão. Esta constatação evidencia que a detração penal não se limita a um rol meramente taxativo, uma vez que constitui uma salvaguarda do direito fundamental ao cumprimento de uma pena justa em termos de qualidade e quantidade (Sanches, 2020, p. 128).

Mostra-se questionável o fato de o legislador penal ter considerado uma maneira de compensar e/ou computar o tempo em que o acusado teve seu direito à liberdade limitado em razão de prisão cautelar ou internação, em momento anterior ao trânsito em julgado da condenação, e mesmo assim, ignorar as medidas cautelares alternativas à prisão, as quais também implicam restrições ao *status libertatis* do apenado.

Cumpra-se asseverar que tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátrias não são uníssonas quanto a essa problemática, seja em razão da ausência de previsão legal, seja pelo fato de alguns doutrinadores e/ou ministros condicionarem a aplicação da detração penal às medidas cautelares diversas da prisão consideradas mais gravosas, ou mediante equivalência entre a cautelar imposta e pena cominada posteriormente em sede de sentença. No entanto, em observância ao fundamento da detração penal, que busca evitar excessos mediante abuso do *jus puniendi*, incluindo, ainda, o princípio da equidade e a vedação ao *bis in idem*, Bottini (2013, p. 271) aduz que “[...] deve o instituto [detração penal] ser estendido a qualquer hipótese de intervenção do Estado em direitos do cidadão, seja a liberdade de locomoção, seja outro qualquer.”

Portanto, encerra-se a análise dos pressupostos teóricos da detração penal e passa-se a estudar acerca do critério da proporcionalidade e seus componentes.

4 PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO METODOLÓGICO INTERPRETATIVO

4.1 Breve histórico acerca da proporcionalidade

A origem histórica da proporcionalidade desenvolveu-se na Alemanha a partir de 1875, alcançando justificação dogmática após a Segunda Guerra Mundial. A partir desse período, difundiu-se a noção de que as normas de natureza processual penal deveriam ser limitadas externamente por princípios e valores presentes no Direito Constitucional, conforme aventa Marques (2011, p. 58).

Durante o Iluminismo, houve a codificação da proporcionalidade, destacando sua inclusão na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que em seu artigo 8º estabelece a regra de que as leis não devem impor outras penalidades além das estritamente necessárias.

A jurisprudência francesa, a partir de 1970, consagrou a necessidade de ponderação das circunstâncias de cada caso concreto frente aos interesses em jogo por meio da técnica da ponderação do custo-benefício. Para o autor em comento, essa abordagem representa a manifestação concreta da proporcionalidade. As teorias de limitação do poder desenvolvidas na França foram posteriormente recepcionadas pela Alemanha, que elevou a proporcionalidade ao âmbito constitucional.

Nesse contexto, a ideia de proporcionalidade, conforme desenvolvida originalmente pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, é caracterizada por uma estrutura racionalmente definida e composta por subelementos independentes, os quais são aplicados seguindo uma ordem pré-definida (Oliveira, 2022, p. 62).

4.2 Considerações iniciais do conteúdo da proporcionalidade

Inicialmente, Barros (2012, p. 27) expõe que a finalidade precípua da proporcionalidade é verificar se as limitações aos direitos fundamentais atendem à legalidade e se não são demasiadamente lesivas ao jurisdicionado. Destaca, ainda, a abrangente aplicação da proporcionalidade no Direito Penal e no Processo Penal, considerando que envolvem normas que, por sua própria natureza, limitam a atuação estatal em relação à liberdade individual. Flach (2011, p. 160), por sua vez, expõe que a proporcionalidade busca otimizar a tutela dos bens

jurídicos em confronto, evitando o sacrifício desnecessário ou descomedido de um deles em prol da tutela do outro. Constitui, assim, uma fórmula limitadora de medidas que restrinjam direitos fundamentais, realizada através de uma justa ponderação entre os interesses em questão, orientando as ações devidas e atendendo a determinadas particularidades.

A máxima da proporcionalidade compõe-se das sub-regras da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, cuja aplicação deve dar-se de forma gradual a fim de eliminar as medidas que ofendam a sub-regra da adequação, em seguida as que ofendam a necessidade e, por último, verificar a sua conformidade com o subelemento da proporcionalidade em sentido estrito. Sendo, conforme leciona Martins (2003, p. 20) um processo seletivo classificatório (adequação), eliminatório (necessidade) e axiológico (proporcionalidade em sentido estrito).

Quanto aos seus destinatários, têm-se o Legislativo, que, no processo legiferante, não deve aprovar leis que interfiram de forma desproporcional na liberdade; o Executivo, que, no cumprimento das leis e ao exercer sua discricionariedade, não deve optar por medidas que atinjam de maneira mais gravosa as garantias e direitos fundamentais; e o Judiciário, que não deve tomar decisões que violem os direitos fundamentais, sobretudo a liberdade, sem que haja a prévia análise da proporcionalidade (Barros, 2012, p. 28).

É cabível destacar que a utilização da regra em apreço pelo Supremo Tribunal Federal é alvo de críticas (Martins, 2003, p. 41; Silva, 2002, p. 31), tendo em vista que é considerada como um mero recurso a um *topos*, com caráter meramente retórico, em razão do tratamento eclético conferido pela doutrina brasileira, sobretudo pela mescla de elementos da dogmática alemã com a ideia de razoabilidade do direito anglo-saxão.

A primeira etapa para aplicação da proporcionalidade é verificar se determinada norma ou a posição do indivíduo que será alvo da medida estatal se enquadra em uma garantia fundamental. Por sua vez, o segundo passo é analisar a licitude dos fins almejados com a medida restritiva de direitos fundamentais. Posteriormente, deve-se examinar as sub-regras que compõem a proporcionalidade (Barros, 2012, p. 40-41).

Silva (2002, p. 34) destaca a importância da ordem dos elementos que compõem a proporcionalidade, dado que nem sempre a regra da proporcionalidade implicará na análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito concomitantemente. Conclui o referido autor que essas sub-regras se relacionam de maneira subsidiária entre si, a saber, a aplicação da proporcionalidade pode se limitar ao exame da adequação; em outros

casos, pode ser imprescindível a análise acerca da necessidade. Por fim, nos casos considerados mais complexos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito.

No que tange ainda às sub-regras que constituem a proporcionalidade, há três tendências distintas no que diz respeito ao seu número. Na tendência predominante, a proporcionalidade é subdividida em três sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, conforme amplamente mencionado. A segunda, por sua vez, restringe-se à análise da adequação e necessidade, desconsiderando o processo de ponderação que resulta na análise da proporcionalidade em sentido estrito. Por outro lado, a terceira abordagem identifica um elemento adicional que antecede a análise das sub-regras mencionadas: a avaliação da legitimidade dos fins que a medida busca alcançar (Silva, 2002, p. 35).

No próximo tópico, serão abordados de maneira mais aprofundada cada um dos componentes da proporcionalidade.

4.3 Adequação

A adequação ou idoneidade, como o primeiro subelemento da proporcionalidade, estabelece que um meio é considerado adequado quando, com sua utilização, a realização do objetivo pode ser promovida e/ou fomentada, ainda que não o satisfaça completamente. Assim, determinada medida será classificada como inadequada apenas se não contribuir de forma alguma para realização do objetivo perseguido (Klatt; Meister, 2014, p. 28).

Gonçalves (2011, p. 79), leciona que se trata de um juízo de adequação da medida restritiva ou da limitação a fim de favorecer a consecução do objetivo por ela pretendido, correspondendo a uma definição negativa, uma vez que a intervenção no direito fundamental somente não será idônea quando não contribuir, de maneira alguma, para realização do fim legitimado constitucionalmente.

Assim, relaciona-se à ideia de aptidão que o intervento punitivo possui a fim de alcançar as finalidades afetas ao direito penal como instrumento de controle social. Caso a medida cautelar não se revista de capacidade para contribuir com o êxito da finalidade para a qual se dirige, sua atuação caracterizar-se-á como carente de legitimidade, sendo, dessa forma, inadequada para o caso sob análise (Correia, 2004, p. 62).

Nessa linha, em uma primeira análise, conforme leciona Castro (2015, p. 43), o magistrado deverá separar as medidas cautelares alternativas à prisão previstas nos artigos 319

e 320, do Código de Processo Penal, adequadas ao objetivo pretendido.

É importante destacar que, ao analisar essa primeira sub-regra da proporcionalidade, não se leva em conta o grau de eficácia dos meios apresentados como adequados e/ou idôneos. No entanto, faz-se imprescindível que a medida que restringe o direito de liberdade reúna as condições necessárias para contribuir de maneira significativa com o objetivo colimado, devendo ser legítima e socialmente necessária. Outrossim, nesta etapa, não há o exame comparativo entre a medida interventiva adotada e as medidas alternativas disponíveis para o alcance do mesmo fim.

A adequação está estruturada em uma relação linear de causalidade entre a medida estatal interventiva ao direito fundamental e objetivo por esta perseguido, cuja adequação ou idoneidade é atestada à medida que incrementa a realização do objetivo referido. Em outras palavras, a adequação estabelece um prognóstico no tocante à realização do objetivo e à aptidão da medida interventiva para tal fim.

Gonçalves (2011, p. 80) ainda expõe que essa sub-regra se desdobra em duas exigências fundamentais, quais sejam, a necessidade da medida interventiva buscar um fim constitucionalmente legítimo (não ser alvo de proibição explícita ou implicitamente pela Constituição, o que acarretaria uma intervenção arbitrária no direito fundamental) e a medida ser idônea para favorecer a realização desse objetivo.

A verificação da adequação da medida interventiva aos direitos fundamentais permite ainda considerações tanto sob uma perspectiva objetiva (adequação qualitativa e quantitativa) quanto subjetiva. No aspecto qualitativo da adequação objetiva, a medida interventiva deve possuir qualidade intrínseca que a torne apta a alcançar o fim pretendido. Já o aspecto quantitativo refere-se à duração e à intensidade da intervenção ao direito fundamental (excesso do meio), que devem ser condizentes com a sua finalidade. Por outro lado, na perspectiva subjetiva, prevalece um exame casuístico da proporcionalidade, pois a medida interventiva deve ser direcionada especificamente ao indivíduo sobre o qual recai a providência.

Por fim, Oliveira (2022, p. 64) expõe que o juiz deve atentar para a necessidade do caso concreto, ponderando sempre, nos termos do artigo 282, inciso II, do Código de Processo Penal⁹, que versa sobre a adequação, a gravidade do crime e suas circunstâncias, bem como as

⁹ Art. 282, do Código de Processo Penal. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

[...]

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

condições do imputado, em cotejo com as diversas medidas cautelares dispostas nos artigos 319 e 320, do Código Processual Penal.

4.4 Necessidade

A segunda sub-regra trata da necessidade, que deve ser entendida como o processo de escolha do meio menos gravoso para alcançar a finalidade desejada. O ato estatal que restringe um direito fundamental é apenas considerado necessário se a realização do fim colimado não puder ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido (Fedato; Kazmierczak, 2020, p. 495). Dessa forma, dentre os meios pré-selecionados pelo critério da adequação, apenas aquele que impuser a menor restrição à liberdade será considerado necessário. Logo, o único meio definido como necessário é o menos intenso (Martins, 2003, p. 35).

Gonçalves (2011, p. 90), por sua vez, leciona que a necessidade exige que a medida restritiva se apresente como o meio menos gravoso entre os diversos possíveis para consecução do fim proposto, destacando o caráter de indispensabilidade da providência interventiva para conservação dos direitos fundamentais.

É importante destacar que, conforme expõe Castro (2015, p. 58-59), a noção de que prevalece a medida de menor restrição ao direito fundamental é válida apenas se esta for igualmente eficiente diante do fim desejado. Assim, realiza-se o exame comparativo entre a medida considerada adequada e outras que possam promover o mesmo objetivo com a mesma intensidade ou grau de eficiência, porém com menor restrição ao direito fundamental.

Silva (2002, p. 38-39) esquematiza que, em primeiro lugar, é necessário identificar qual direito fundamental está sendo alvo de restrição; em seguida, deve-se questionar sobre a existência de medidas alternativas igualmente eficazes; e, por fim, cotejá-las. À vista disso, depreende-se que o subelemento da necessidade envolve um exame essencialmente comparativo, visando poupar ao máximo a liberdade intervinda, enquanto o exame da adequação ocorre por uma perspectiva linear, limitando-se à análise entre a medida e o objetivo a ser alcançado (relação de meio-fim).

Barros (2012, p. 47) afirma ainda que o exame da necessidade consiste em duas fases: análise da igualdade de adequação dos meios e o exame do meio menos restritivo. Na primeira etapa, verifica-se se existem meios alternativos em relação ao escolhido inicialmente e que promovam igualmente o fim pretendido; e, na segunda fase, por exemplo, se dois meios

idôneos para promover o objetivo forem identificados, afere-se qual deles restringe os direitos fundamentais de maneira menos intensa.

Castro (2015, p. 58) defende que se trata de uma otimização gradual das limitações aos direitos fundamentais, sendo fruto do princípio da intervenção mínima. Conclui que a comparação inerente à sub-regra da necessidade perpassa um caminho de variáveis, incluindo o grau de eficiência da medida em relação ao fim pretendido e o grau de restrição do direito fundamental atingido.

Por fim, alguns casos exigirão a análise da proporcionalidade em sentido estrito, considerando que haverá situações em que as medidas comparadas apresentarão graus distintos de eficiência em relação ao fim pretendido, restringindo os direitos fundamentais em graus variados. Em outros casos, medidas com igual eficiência poderão afetar direitos fundamentais distintos. Apesar dessas dificuldades, a relevância deste subelemento subsiste, sobretudo devido aos interesses envolvidos (Estado e jurisdicionado).

4.5 Proporcionalidade em sentido estrito

Embora a medida interventiva seja caracterizada como adequada e necessária, realizando o fim pretendido com a menor ingerência possível no direito fundamental, isso por si só não significa que seja considerada proporcional. Dessa forma, torna-se necessário analisar a terceira sub-regra que compõe a proporcionalidade, a saber, a proporcionalidade em sentido estrito, mediante o uso de técnicas de contrapeso de bens ou de valores e da ponderação dos interesses no caso concreto (Flach, p. 178).

O exame da proporcionalidade em sentido estrito consiste, conforme expõe Silva (2002, p. 40): “em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”. Diante disso, a medida será considerada desproporcional em sentido estrito quando as motivações que fundamentam a adoção da medida interventiva não tenham força suficiente a fim de justificar a restrição ao direito fundamental atingido.

Assim, depreende-se que o exame da proporcionalidade em sentido estrito envolve uma ponderação entre os direitos envolvidos, tendo como função principal evitar que as medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam os direitos fundamentais além do que a realização do fim almejado seja capaz de justificar (Castro, 2015, p. 60). Gonçalves (2011,

p. 92-93), por sua vez, assevera que a aplicação da regra da proporcionalidade unicamente com base nas sub-regras da adequação e da necessidade pode levar a excessos e abusos, os quais somente podem ser evitados com a técnica do sopesamento.

Essas considerações reforçam que as sub-regras ou requisitos intrínsecos da proporcionalidade não atuam de maneira isolada, reforçando a relação de subsidiariedade entre si. Dessa forma, a observância da proporcionalidade em sentido estrito implica em fazer prevalecer o interesse de maior relevância quando constatada uma situação concreta de colisão entre direitos fundamentais.

Em outras palavras, o sopesamento promovido pela sub-regra em apreço avalia a importância da restrição ao direito fundamental e os sacrifícios que esta acarreta ao jurisdicionado, bem como aos demais integrantes da sociedade, comparando com a importância atribuída ao fim pretendido por esta intervenção.

Destaca-se ainda no exame da proporcionalidade em sentido estrito o seu caráter valorativo, ponderativo e o conteúdo de ordem material, não apenas formal, situando-o em meio à tensão entre os interesses estatais e os interesses individuais.

5 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM OBSERVÂNCIA AO CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE

5.1 Panorama jurisprudencial com o Tema Repetitivo 1155

Antes de adentrar na análise dos julgados e no critério da proporcionalidade, é cabível tecer considerações quanto ao Tema Repetitivo 1155. O Superior Tribunal de Justiça afetou o Recurso Especial nº 1977135, proveniente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao rito dos recursos repetitivos, tendo como questão submetida a julgamento definir se o período de cumprimento de medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno deve ser considerado para fins de detração penal, bem como se é necessária a cumulação com a medida cautelar de monitoração eletrônica para fazer *jus* ao abatimento previsto no artigo 42 do Código Penal.

Nesse contexto, foram estabelecidas três teses em relação à medida cautelar do recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga, prevista no artigo 319, inciso V, do Código de Processo Penal, as quais serão detalhadas posteriormente.

Insta salientar que o julgamento em questão representa um marco fundamental no amadurecimento da temática, ao interpretar de forma extensiva e favorável ao jurisdicionado o artigo 42 do Código Penal, não comportando, assim, um rol taxativo.

Verifica-se, inicialmente, que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto a Corte Especial mantinham a posição de não reconhecer qualquer abatimento quanto ao período de submissão às medidas cautelares diversas da prisão. Tal posicionamento baseava-se na ausência de previsibilidade legal, considerando as hipóteses restritivas de cabimento, a saber, prisão provisória, prisão administrativa e internação, conforme já demonstrado alhures.

A mudança de entendimento teve origem na Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, de forma um tanto fechada, em relação às medidas consideradas mais gravosas, a exemplo do recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga, devido ao comprometimento do *status libertatis* do indivíduo (*Habeas Corpus* nº 380.369/DF). Essa interpretação perdurou até março de 2021, enquanto a Sexta Turma persistia em negar tal abatimento.

Em abril de 2021, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, composta por ambas as turmas de matéria criminal, proferiu julgamento que reconheceu a possibilidade da detração penal no caso de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga quando cumulado com o monitoramento eletrônico (*Habeas Corpus* nº 455.097/PR).

A partir desse momento, a jurisprudência da Corte Especial consolidou-se a favor da detração penal na medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno, tendo o acórdão mais recente sido afetado como representativo da controvérsia e julgado pelo rito dos recursos repetitivos, fixando três teses. Na primeira tese, o recolhimento obrigatório noturno e nos dias de folga foi reconhecido como período a ser detraído, em homenagem aos princípios da proporcionalidade e do *non bis in idem*. Em segundo lugar, o recolhimento domiciliar noturno associado à monitoração eletrônica não configura condição necessária para a detração. Por fim, as horas de submissão a essa medida cautelar alternativa devem ser convertidas em dias para contagem da detração da pena, e, remanescendo período inferior a 24 horas, este deve ser desconsiderado (Brasil, 2022).

Cabível destacar que, o Supremo Tribunal Federal, por sua vez, não demonstrou de maneira inequívoca que seguirá a mesma posição do Superior Tribunal de Justiça quanto à temática. No entanto, no Recurso Extraordinário (RE) nº 1398051, manifestou-se favoravelmente quanto ao recolhimento domiciliar noturno (Brasil, 2022), sendo este o primeiro e, até o momento, o único julgamento colegiado favorável, datado em 8 de novembro de 2022, conforme apontam Magno e Carvalho (2023, p. 146-147).

Em que pese todo esse avanço por parte do Superior Tribunal de Justiça, este ainda apresenta resistência em reconhecer a detração nas demais medidas alternativas à prisão, que também representam restrições ao direito ambulatorial, sendo pertinente o aprofundamento da temática.

5.2 Proporcionalidade e in(observância) dos demais princípios

Neste tópico, será realizada uma análise à luz da proporcionalidade em sentido estrito no que tange à detração e às medidas cautelares alternativas à prisão, com o objetivo de ponderar os valores e princípios em conflito, trazendo à discussão alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça como exemplo.

É consabido que a proporcionalidade assume uma importância singular no processo penal devido à inata relação conflituosa e permanente entre o *jus puniendi* estatal (dever-poder de punir) e o *jus libertatis* do jurisdicionado (Oliveira, 2022, p. 63), o que torna fundamental a análise da presença ou não das sub-regras que compõem a proporcionalidade, mormente a proporcionalidade *stricto sensu*.

Conforme já abordado, o requisito intrínseco da proporcionalidade em sentido

estrito envolve o sopesamento e/ou ponderação entre os direitos individuais atingidos pela intervenção estatal — na caso desta pesquisa, as medidas cautelares diversas da prisão —, e, por outro lado, o direito ou princípio de cunho fundamental que serve de embasamento a essa intervenção e que consiste no objetivo mediato a ser alcançado por essa medida — matriz geral e fundamentos da medidas cautelares previstos nos incisos do artigo 282, do Código de Processo Penal —, o que justificaria, sim ou não, a possibilidade de detração.

Nesta etapa da análise da proporcionalidade *stricto sensu*, chega-se à decisão final acerca do caráter excessivo do sacrifício imposto aos direitos fundamentais, caracterizando o que a doutrina denomina de “sub-regra nuclear ou medula da proporcionalidade”, conforme expõe Gonçalves (2011, p. 439).

Dessa forma, há um juízo de ponderação de interesses e de balanceamento entre princípios e bens colidentes, caracterizando uma equação entre meios e fins. Segundo o autor mencionado, a proporcionalidade em sentido estrito revela a justiça do caso concreto ao estabelecer a ponderação entre dois objetos normativos. Conclui ainda que o ato legislativo ou a intervenção estatal não adentram diretamente nessa ponderação de interesses, sendo considerados, em vez disso, os valores e princípios que estão por trás da intervenção.

Em outras palavras, existe, em última análise, um sopesamento entre os interesses individuais e os interesses do Estado, sendo necessário avaliar se o sacrifício aos interesses individuais de índole fundamental mantém uma relação de proporcionalidade com a importância do interesse estatal que se pretende preservar com a medida limitativa aos direitos fundamentais (Gonçalves, 2011, p. 442).

Além disso, insta salientar que a proporcionalidade *stricto sensu* não configura uma regra de caráter meramente formal. Ao contrário, reserva-se a fornecer os critérios para a solução das tensões entre os interesses individuais e os interesses do Estado, conferindo aplicabilidade prática, o que justifica o seu estudo em âmbito processual penal.

Superada essa análise, sabe-se que as medidas cautelares diversas da prisão não se enquadram entre as hipóteses de aplicação do artigo 42 do Código penal, que trata acerca do instituto da detração penal, conforme já detalhado anteriormente. No entanto, em atenção ao fundamento da detração, que visa impedir excessos por parte do Estado mediante o abuso do dever-poder de punir (*jus puniendi*), evitando que o sentenciado cumpra uma fração desnecessária de pena (Sanches, 2020, p. 116), o que violaria o princípio do *ne bis in idem*, as medidas cautelares devem ser contempladas nas hipóteses de detração, haja vista que impõem restrições ao *status libertatis* do jurisdicionado durante a persecução penal.

Ademais, conforme expõe Amaral (2022, p. 100), aplicam-se os princípios da individualização da pena, da presunção de inocência e da igualdade. Além disso, para o referido autor, não obstante o artigo 42 do Código Penal não possua previsão expressa quanto à sua aplicabilidade às demais medidas cautelares alternativas à prisão, deverão ser observados todos os princípios existentes em direito que possam ser empregados ao caso, independentemente de regerem ou não aquele dispositivo, em observância à analogia *in bonam partem*.

Por outro lado, quanto aos fundamentos das medidas cautelares alternativas à prisão, o artigo 282 do Código de Processo Penal estabelece que deverão ser aplicadas em observância à necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos previstos expressamente, a fim de evitar a reiteração delitiva. Isso caracteriza o *periculum libertatis*, decorrente do estado de liberdade do jurisdicionado em relação à fase investigativa ou à regular instrução criminal (Oliveira, 2022. 81). Ademais, as medidas cautelares alternativas à prisão devem ser adequadas à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado. Além da verificação pelo magistrado do *fumus commissi delicti* (na prova da existência do crime e indício suficiente de autoria).

Assim, tanto a prisão preventiva quanto às medidas cautelares alternativas à prisão têm a mesma finalidade de proteção aos interesses do processo, à realização da justiça e ao próprio corpo social, variando entre essas medidas de natureza pessoal o grau de sacrifício pessoal delas decorrente, como bem expõe Oliveira (2022, p. 82).

Outrossim, é pertinente, neste momento, trazer à discussão o questionamento de Amaral (2022, p. 103-105), quanto à tese da analogia entre as medidas cautelares alternativas à prisão e a prisão preventiva, tendo em vista que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça já se posicionaram no sentido de que não é possível a aplicação da detração de forma analógica a todas as medidas cautelares diversas da prisão, haja vista que não haveria semelhança entre estas e a prisão provisória.

O referido autor, no entanto, traz como lastro em seu posicionamento que, se é possível o cômputo na restrição mais grave (pena privativa de liberdade), não há razão para afastá-lo das penas que a substituem (penas restritivas de direito), o que, por sua vez, já está pacificado na doutrina e jurisprudência. Por fim, arremata que é cabível essa mesma lógica nas medidas cautelares alternativas à prisão, qual seja, se é possível o abatimento na cautelar mais grave (prisão cautelar), não há razões para que não seja aplicado no caso das cautelares consideradas menos gravosas, sobretudo em razão de serem substitutivas da prisão provisória.

É o que se observa, conforme trecho colacionado a seguir:

Questionamos, portanto, se é possível a detração na restrição mais grave, também deverá sê-lo na mais branda? Ou, então, realizada uma comparação da prisão provisória (mais grave) com os outros tipos de privação à liberdade, independente do grau que atinja o *status libertatis* do indivíduo (menos graves), há também de ser aplicada a detração? A única resposta que entendemos válida, por respeitar todos os princípios, é que deverá sim ser detraída as medidas cautelares. Inclusive várias das medidas cautelares possuem identidade com penas alternativas, o que seria um contrassenso, ao nosso entender, que seja possível detrair as penas restritivas de direito, mas não as cautelares que são idênticas ou que possuem grande similitude (Amaral, 2022, p. 104).

Nessa toada, é necessário ponderar os princípios, valores e/ou fundamentos em colisão que regem tanto o instituto da detração penal, a saber, o *ne bis in idem* e a analogia *in bonam partem*, quanto às medidas cautelares alternativas à prisão, cuja finalidade é assegurar o regular desenvolvimento do processo. Isso será buscado mediante a análise dos julgados no tópico a seguir.

Por fim, Sanches (2020, p. 116-117) sustenta que a detração penal, além de ser um instituto benéfico ao jurisdicionado, encontra respaldo no princípio do *favor rei*, que é considerado a base de toda legislação penal e estabelece que, em situações de conflito entre o *jus puniendi* estatal e o *jus libertatis*, o sopesamento deve inclinar-se em favor deste último.

5.3 Análise jurisprudencial a partir da proporcionalidade

Não obstante as medidas cautelares alternativas à prisão estarem elencadas em dez espécies, observa-se, nos julgados dos Tribunais Superiores, mormente do Superior Tribunal de Justiça, que o tipo de cautelar alvo de questionamento varia pouco, alternando principalmente entre o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, a monitoração eletrônica, o comparecimento periódico em juízo e a proibição de ausentar-se da comarca, todas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

A análise dos julgados será realizada de forma cronológica, alternando entre os acórdãos da Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça.

Conforme já detalhado, inicialmente, a Corte Especial manifestava-se pela impossibilidade de reconhecimento da detração penal no período em que o jurisdicionado esteve submetido às medidas cautelares pessoais alternativas à prisão, sob o argumento de ausência de previsibilidade legal.

No caso ora em análise, *Habeas Corpus* nº 380.370 - DF (2016/0312718-7) – Rel. Ministro Felix Fischer – DJe: 21/03/2017, a Quinta Turma, embora reconhecesse que o

recolhimento domiciliar noturno e a obrigação de comparecimento periódico em juízo representassem “algum grau de restrição à liberdade do acautelado”, posicionou-se no sentido de que essas medidas não se confundem com a prisão cautelar, haja vista que não apresentam equivalência material.

Da análise do relatório do acórdão em questão, o paciente foi condenado a uma pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a qual foi substituída por duas medidas restritivas de direitos. A Defesa, após o trânsito em julgado da sentença, interpôs agravo em execução, pretendendo reconhecer o desconto, no total da pena, do tempo em que o paciente esteve submetido a essas duas medidas cautelares. O período de recolhimento domiciliar foi fixado entre 20 e 05 horas, perdurando entre 04/11/2014 e 24/06/2015.

A despeito das especificidades do Juízo das Execuções do Distrito Federal, o que não vem ao caso, o posicionamento mais coerente a ser seguido é de que, de fato, houve o comprometimento do *status libertatis* do acusado, não apenas “algum grau de restrição” ao seu direito de liberdade. Ademais, observando os argumentos presentes no voto, verifica-se que o Relator compreende que apenas a medida de internação provisória, por estar elencada no artigo 319, inciso VII, do Código de Processo Penal, é compatível com o instituto da detração, e que as demais medidas, por não consistirem em efetiva custódia, não deveriam ser computadas no tempo final de condenação.

Observando tal situação sob o ponto de vista de Lopes Junior (2023, local. 71), quando houver a cumulação do recolhimento domiciliar noturno com outra medida cautelar, o julgador deverá atentar-se à proporcionalidade a fim de evitar uma excessiva gravosidade para o acusado, devendo manter-se dentro dos limites da necessidade e proporcionalidade.

Ademais, em que pese o recolhimento domiciliar noturno ser uma medida baseada no senso de responsabilidade do indiciado ou acusado, Oliveira (2022, p. 96-97) expõe que essa medida possui, em sua essência, a mesma preocupação da prisão provisória em proteger o processo, a jurisdição ou o corpo social, sendo o que varia entre elas somente a “quantidade” de liberdade que será retirada do âmbito de disponibilidade do jurisdicionado.

Insta salientar que, no julgado ora em análise, assim como nos demais, não há a fundamentação utilizada pelo magistrado para a aplicação dos provimentos cautelares alternativos, o que, ao nosso ver, impede um real aproveitamento da proporcionalidade em sentido em estrito, haja vista que o sopesamento inerente a essa sub-regra envolve, além dos direitos e interesses individuais, os interesses estatais, como bem aponta Bonfim (2024, local. 245).

Assim, considerando de maneira genérica que a medida do recolhimento domiciliar noturno foi fundamentada com base em uma das duas finalidades de cautela instrumental previstas no artigo 282 do Código de Processo Penal, a saber, para aplicação da lei penal ou para instrução criminal, tendo em vista que o sentenciado obteve a liberdade provisória, não há, no caso em questão, uma relação de proporcionalidade entre o sacrifício imposto ao réu, ora paciente, com o comprometimento do seu direito ambulatorial por quase oito meses, do período das 20h às 05h, até o trânsito em julgado da condenação, e a importância do interesse estatal que se pretendia resguardar com a medida do recolhimento domiciliar noturno, conforme o princípio do *favor rei*.

Outro caso interessante a ser analisado é o *Habeas Corpus* nº 140.214 – SC (2020/034920-0) – Rel. Ministra Laurita Vaz – DJe: 24/06/2021, também atinente à medida cautelar do recolhimento domiciliar noturno, em que foi reconhecido que o período deve ser detraído, sob pena de excesso de execução, além de estabelecer que as hipóteses de cabimento do artigo 42 do Código de Penal não configuram *numerus clausus*.

No caso em questão, a recorrente foi presa em flagrante em 21/03/2017 e denunciada pelo crime de tráfico e associação para o tráfico de drogas. A prisão em flagrante foi convertida em preventiva; porém, foi colocada em liberdade em 20/07/2017, com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, incluindo o recolhimento domiciliar noturno das 21 até às 07 horas do dia seguinte, totalizando dez horas. As medidas cautelares foram cumpridas até 26/11/2019, quando passou a cumprir pena fixada em 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão, em regime semiaberto.

O pedido de progressão para o regime aberto foi indeferido em razão de não ter atingido o requisito objetivo, sem considerar o tempo de cumprimento de medidas alternativas à prisão.

Veja-se o seguinte trecho do voto da Ministra Relatora:

O Tribunal de origem denegou a impetração originária, asseverando que o cálculo da pena está correto ao abater da pena definitiva somente o período em que a Reeducanda permaneceu segregada preventivamente – equivalente a 3 (três) meses e 17 (dezessete) dias –, **sem contabilizar os mais de 2 (dois) anos em que permaneceu em liberdade provisória, mediante condições**. Ou seja, o período de recolhimento domiciliar noturno não foi detraído.

Ora, dentre os argumentos mencionados no julgado, a Sexta Turma reconheceu a necessidade de uniformização de sua jurisprudência, haja vista que a Quinta Turma, em reiterados precedentes, reconheceu que o período de recolhimento domiciliar noturno imposto

como medida cautelar alternativa à prisão deve ser reconhecido como pena efetivamente cumprida para fins de detração penal, por constituir restrição à liberdade de locomoção, não diferenciando o colegiado o fato da medida do recolhimento domiciliar noturno ser ou não cumulada com a monitoração eletrônica.

Outrossim, restou consignado no julgado em análise que, em homenagem à detração como instituto benéfico ao acusado, independentemente do uso de tornozeleira, impedir o cômputo na hipótese de recolhimento domiciliar noturno sujeitaria o apenado a excesso de execução, em virtude de a referida medida ensejar a privação de liberdade do jurisdicionado, que não dispõe da mesma autodeterminação de uma pessoa integralmente livre.

No caso em comento, foi aplicada a mesma *ratio decidendi* adotada pela Terceira Seção no *Habeas Corpus* nº 455.097 - PR (2018/0148412-0) – Rel. Ministra Laurita Vaz, considerando que o período a ser computado como pena cumprida se restringe aos intervalos em que o constrito permaneceu obrigatoriamente recolhido em seu domicílio para fins de detração penal.

Nessa toada, considerando os argumentos apresentados, o sacrifício imposto aos interesses de cunho fundamental da apenada, com a privação de liberdade por mais de dois anos devido à medida de recolhimento domiciliar noturno por dez horas diárias, não apresenta uma relação de proporcionalidade com o interesse estatal tutelado (cautela instrumental), conforme outrora decidido pelo Tribunal de Origem, haja vista a natureza jurídica da detração enquanto benefício legal e o princípio do *favor rei*. Logo, configura-se acertado o julgamento pela Sexta Turma, atendendo à sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito. Outrossim, insta salientar que o julgado em apreço se encontra bem fundamentado, trazendo ensinamentos já abordados, como a natureza jurídica da detração e seu fundamento de evitar o excesso de execução.

No momento, passa-se a observar a seguinte situação julgada pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 649804 - DF (2021/0065375-6) – Rel. Ministro João Otávio de Noronha – DJ 29/03/2022):

No caso vertente, verifica-se que o agravante foi preso em flagrante no dia 08/09/2019 e recebeu liberdade provisória no dia 10/09/2019, quando passou a cumprir medida cautelar diversa da prisão, consistente em monitoração eletrônica. Observa-se que o agravante não foi preso nem recolhido em nenhum estabelecimento penal enquanto perdurou a medida cautelar alternativa. **Nesse passo, ao permitir a liberdade provisória e impor as medidas alternativas diversas da prisão, conforme disposto no artigo 319 do Código de Processo Penal, não se está restringindo a liberdade do agravante, mas somente monitorando a liberdade concedida, diferentemente do que ocorre em medida mais gravosa que é o encarceramento,** o qual

compromete o direito de locomoção do acusado e cujas condições são submetidas à fiscalização. De fato, seria desarrazoado colocar no mesmo plano a situação jurídica daquele que se encontra encarcerado nos estabelecimentos penais, em regime fechado ou semiaberto, por força da prisão provisória, e a situação muito mais favorável do acusado que responde a processo em liberdade. Portanto, a situação do agravante não se enquadra em nenhuma das hipóteses de detração previstas no artigo 42 do Código Penal, uma vez que a monitoração eletrônica é modalidade de medida cautelar diversa da prisão (grifo nosso).

O posicionamento mais coerente a ser adotado é de que, de fato, houve o comprometimento do *status libertatis* do apenado, com a imposição de medida cautelar de monitoração eletrônica de 10/09/2019 a 09/12/2019, considerando que alguns autores como Oliveira (2022, p. 103-104), entendem que o monitoramento eletrônico configura um instrumento muito útil de controle, e por sua utilização ser das mais gravosas, deve ser empregado como último recurso antes da decretação da prisão preventiva.

Por sua vez, Lopes Junior (2023, local. 73) a caracteriza como uma medida de controle extremo, que promove um grande controle sobre a intimidade do agente, razão pela qual deve ser utilizada por parte dos magistrados com seletividade. Ademais, é cabível destacar, como bem pontuado pelo referido autor, que a utilização da medida cautelar do monitoramento eletrônico confere visibilidade do estigma do processo penal e do controle social exercido.

Assim, em que pese o acórdão não tenha descrito a fundamentação para a aplicação do provimento cautelar em questão — essencial para a análise da proporcionalidade em sentido estrito —, considerando os fundamentos anteriormente abordados (gravidade da medida) e em homenagem ao princípio do *favor rei*, bem como o sacrifício imposto ao jurisdicionado, entende-se que é necessário um aprofundamento da temática a fim de possibilitar a detração não apenas nas medidas de recolhimento domiciliar noturno e internação provisória, conforme fundamentos do voto em análise.

Outra situação a ser analisada é a seguinte, julgada pela Sexta Turma da Corte Especial (Agravo Regimental no Recurso Especial nº 2038946 - SP (2022/0365414-7) – Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz – DJ 14/08/2023):

Infere-se dos autos que o agravante foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no art. 33 da Lei n. 11.343/2006. O acusado foi preso em flagrante no dia 22/6/2018 e, após a sentença condenatória, em 14/1/2019, a prisão foi revogada pelo Tribunal estadual, que concedeu liminar em *habeas corpus*, com **a imposição de medidas cautelares de comparecimento mensal em juízo e proibição de ausentar-se da comarca.**

Após o trânsito em julgado da condenação, foi detraído de sua pena o período de 6 meses e 23 dias, correspondente ao tempo em que esteve encarcerado preventivamente (fl. 15).

Formulado pedido de detração também em relação às medidas cautelares, este foi indeferido pelo Juízo da execução, entendimento que foi ratificado pelo Tribunal estadual.

[...]

No caso em tela, o acórdão recorrido está conforme a jurisprudência desta Corte, pois, **"[a]inda que tais cautelares possam oferecer algum nível de restrição à liberdade, a intensidade de cada uma delas ou de todas elas juntas em nada se aproxima do encarceramento"** (fl. 95) (grifo nosso).

Apesar do entendimento exarado no acórdão em análise, considerando que as medidas cautelares alternativas à prisão possuem graus distintos de restrição ao direito ambulatorial do jurisdicionado, Lopes Junior (2023, local. 69) expõe que o comparecimento periódico em juízo é uma medida de controle da liberdade do agente, pois permite o controle da vida cotidiana, bem como a certificação do paradeiro do jurisdicionado, tendo como objetivo a eficaz aplicação da lei penal. Por outro lado, Marcão (2012, local. 140) considera essa cautelar como uma medida branda e suficiente para casos de menor gravidade, observando que, na prática, “não passa de um simples ‘carimbar a carteirinha’.”

No que diz respeito à medida de proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência for conveniente ou necessária para a investigação ou instrução criminal, Marcão (2012, local. 141) leciona que sua finalidade é influenciar de maneira positiva na apuração dos fatos passados, bem como que a análise da necessidade e adequação deve considerar as vantagens para a investigação ou instrução criminal, sem o que não estaria justificada.

Conclui o autor que essa restrição apresenta limitação lógica e temporal, qual seja, o término da instrução processual. Assim, a medida em comento não poderá ser imposta se não se demonstrar necessária para o prosseguimento da perscrutação criminal (Bonfim, 2024, local. 244).

Com base na análise do caso em questão, depreende-se que a fase instrutória já estava encerrada. Nesse sentido, a medida de proibição de ausentar-se da comarca não atende à primeira sub-regra que compõe a proporcionalidade, a saber, a adequação, uma vez que não contribui para a realização do fim perseguido (instrução criminal), caracterizando sua aplicação como constrangimento ilegal.

Por fim, considerando que, na prática jurídica, o provimento cautelar de comparecimento periódico em juízo não apresenta, de fato, comprometimento do direito de liberdade do jurisdicionado e, tendo como fundamentação a aplicação da lei penal, tem-se como proporcional sua imposição, o que poderia levar a uma conclusão diversa caso a medida de proibição de ausentar-se da comarca fosse ao menos adequada.

6 CONCLUSÃO

Assim, com base no trabalho apresentado, é possível afirmar que o estudo do instituto da detração penal e das medidas cautelares alternativas à prisão, especialmente no que se refere à possibilidade de aplicação da detração para além das hipóteses previstas no artigo 42 do Código Penal, possui extrema relevância para os operadores do direito.

Inicialmente, é necessário consignar a necessidade de atualização da detração penal, a fim de acompanhar os avanços, não tão novos, na seara criminal, como a Lei das Cautelares Pessoais de 2011, considerando que a redação do referido instituto é a mesma desde a alteração promovida com a Lei n° 7.209/1984.

Apesar do aprofundamento da temática recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça, com o julgamento do Tema Repetitivo 1155 — que reconheceu a possibilidade de detração na medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno, sendo prescindível a medida de monitoramento eletrônico —, essa Corte Especial ainda mostra resistência em reconhecer a detração nas demais medidas cautelares alternativas à prisão. Ocorre que outras medidas cautelares, como o monitoramento eletrônico e a proibição de ausentar-se da comarca, importam, ao nosso ver, restrições significativas aos direitos fundamentais do jurisdicionado durante a persecução penal, justificando, assim, o abatimento do tempo de condenação.

A ausência de previsão legal quanto às medidas cautelares diversas da prisão no artigo que disciplina a detração penal, juntamente com o silêncio legislativo na Lei das Cautelares Pessoais, que, embora tenha introduzido tais medidas de maneira formal no ordenamento jurídico, não sanou a omissão apontada, contribui com a problemática abordada na presente pesquisa. Além disso, foram considerados o fundamento e natureza jurídica da detração penal, a saber: evitar a dupla punição do agente, com o excesso de execução mediante o abuso do dever-poder punitivo estatal, e a natureza de benefício legal ao jurisdicionado, cujo regramento deve ser interpretado de maneira ampliativa e extensiva de direitos, não comportando, portanto, interpretação restritiva.

Ademais, percebe-se que as definições de detração penal encontradas na doutrina, em grande parte das análises, vão de encontro à sua natureza jurídica, uma vez que estão fundamentadas nos limites legais previstos no artigo 42 do Código Penal, o que, por sua vez, compromete seu conceito devido à omissão das medidas cautelares alternativas à prisão.

Por essa razão, para além das hipóteses de cabimento da detração, que incluem, a prisão provisória, a prisão administrativa e a internação, devem ser incluídas as medidas

cautelares diversas da prisão, uma vez que não abater o período de submissão a essas medidas restritivas violaria o direito de cumprimento de uma pena justa.

Além disso, é questionável a preocupação do legislador penal, tendo em vista que encontrou uma forma de compensar o período que acusado teve seu direito de liberdade limitado, seja pela prisão provisória, seja pela internação, sem atentar ao fato de que as medidas cautelares diversas da prisão também comprometem o *status libertatis* do indivíduo, conforme mencionado anteriormente.

Nessa linha, foi levantada a hipótese de que o período de cumprimento de medidas cautelares alternativas ao cárcere deve ser computado e/ou detraído a partir da máxima da proporcionalidade, sobretudo pelo prisma da proporcionalidade em sentido estrito. Isso se deve à constatação de que os provimentos cautelares alternativos privam o *jus libertatis* do investigado ou réu durante a persecução penal. Ademais, a detração penal, como benefício do jurisdicionado, não deve se limitar às hipóteses legais, tendo em vista que ultrapassa, justamente, os limites do dispositivo legal que a estabelece, bem como devido ao seu fundamento de evitar a dupla punição do agente com o excesso de execução. Por fim, que em observância à proporcionalidade, é preciso avaliar a relação de proporcionalidade entre os interesses do agente submetido à medida cautelar e os interesses estatais.

A despeito da importância da proporcionalidade, principalmente do subelemento da proporcionalidade em sentido estrito no âmbito processual penal, devido à relação intrinsecamente conflituosa entre os interesses do indiciado/acusado e os interesses do Estado, observa-se com a presente monografia que não houve um aproveitamento considerável nos julgados analisados sobre o critério da proporcionalidade. Haja vista que, para realização da ponderação inerente ao subelemento da proporcionalidade em sentido estrito, é necessário, além da consideração dos interesses individuais alvo de sacrifício, o conhecimento da fundamentação utilizada para a aplicação da medida alternativa à prisão no caso em concreto.

Percebe-se, ainda, que a máxima da proporcionalidade é passível de aplicação aos julgamentos pelo Poder Judiciário, principalmente por situar-se em meio aos conflitos entre os interesses do jurisdicionado e do Estado, o que fundamentaria de maneira mais eficaz os próprios julgados e, conseqüentemente, a uniformização da temática alvo de estudo. Dessa forma, sugere-se o emprego da proporcionalidade em sentido estrito pelos operadores do direito, não apenas como conteúdo de caráter meramente retórico, mas também com a explanação dos interesses envolvidos no caso em concreto, para que haja maiores avanços quanto à temática.

REFERÊNCIAS

- ADPF-347: sistema prisional no banco dos réus. **Conectas Direitos Humanos**, São Paulo, 28 maio 2021. Disponível em: <https://www.conectas.org/litigiopt/adpf-347-sistema-prisional-no-banco-dos-reus/>. Acesso em: 21 out. 2023.
- AMARAL, Leonardo Brandão. **Medidas cautelares pessoais alternativas à prisão e a (im)possibilidade da detração**. 2023. 129 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Porto Alegre, 2023. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/10856>. Acesso em: 5 abr. 2024.
- ANDRADE, Richelho Fernandes de. Detração penal: uma análise de eventuais distorções na aplicação do artigo 387, §2º do Código de Processo Penal. **Revista Encontros Científicos da UNIVS**, Ceará, v. 2, n. 1, p. 68-82, jun. 2020. Disponível em: <https://rec.univs.edu.br/index.php/rec/article/view/72>. Acesso em: 5 abr. 2024.
- AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559647774/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright\]!/4/30/10/2/4](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559647774/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright]!/4/30/10/2/4). Acesso em: 5 abr. 2024.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARROS, Bruno Vasconcelos. **O princípio da proporcionalidade como critério de constitucionalidade do decreto e da manutenção da prisão processual**. 2012. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas - Programa de Pós-Graduação em Direito, Maceió, 2012. Disponível em: <https://www.repositorio.ufal.br/handle/riufal/1881>. Acesso em: 13 maio 2024.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 1: parte geral**. 30. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553629325/epubcfi/6/84\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcap29.xhtml\]!/4\[Tratado_de_Direito_Penal-V1_Ebook-40\]/2/334/7:148\[na%20%2Cpar\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553629325/epubcfi/6/84[%3Bvnd.vst.idref%3Dcap29.xhtml]!/4[Tratado_de_Direito_Penal-V1_Ebook-40]/2/334/7:148[na%20%2Cpar]). Acesso em: 14 abr. 2024.
- BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553620852/epubcfi/6/48\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcap-18.xhtml\]!/4/2/2](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553620852/epubcfi/6/48[%3Bvnd.vst.idref%3Dcap-18.xhtml]!/4/2/2). Acesso em: 2 maio 2024.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas cautelares penais (Lei 12.403/11) novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. **Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB**, [S. l.], ano 1, n. 1, p. 263-273, jun. 2013. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redpenal/article/view/7152/5127>. Acesso em: 14 abr. 2024.

Brasil. **Código Criminal: Lei de 16 de dezembro de 1830.** Manda executar o Código Criminal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 5 jun. 2024

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Guia de formação em alternativas penais III:** medidas cautelares diversas da prisão. Brasília, 2020. (Série Justiça Presente, Coleção Alternativas Penais). Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/guia-de-formacao-em-alternativas-penais-III-medidas-cautelares-diversas-da-prisao_eletronico.pdf. Acesso em: 2 maio 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Tóquio:** regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Brasília, DF, p. 24, 2016. (Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>. Acesso em: 2 maio 2024.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento de Informações Penitenciárias:** período de julho a dezembro de 2023. Brasília: DEPEN, 2023. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMDMwODBhZTctMWE2Mi00MTc3LThlYjMtZjE0NzA0OWRmNTVhIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 2 maio 2024.

Brasil. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890.** Promulga o Código Penal. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 5 jun. 2024

Brasil. **Decreto nº 1.696, de 15 de setembro de 1869.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1696-15-setembro-1869-552475-publicacaooriginal-69772-pl.html>. Acesso em: 5 jun. 2024

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 5 jun. 2024.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 2 maio 2024.

Brasil. **Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984.** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm. Acesso em: 5 jun. 2024.

Brasil. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/legislacao/109222/lei-de-execucao-penal-lei-7210-84>. Acesso em: 5 jun. 2024.

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: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm. Acesso em: 2 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 649804/DF. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. MEDIDA CAUTELAR DE MONITORAÇÃO ELETRÔNICA. DETRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. ENTENDIMENTO DO STJ. DECISÃO MANTIDA. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 29 de março de 2022.

Diário de Justiça, 29 mar. 2022. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100653756&dt_publicacao=31/03/2022. Acesso em: 5 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial nº 2038946/SP. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 14 de agosto de 2023. **Diário de Justiça**, 14 ago. 2023. Disponível em:

[file:///C:/Users/beca9/Downloads/STJ_AGRG-RESP_2038946_99ec3%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/beca9/Downloads/STJ_AGRG-RESP_2038946_99ec3%20(1).pdf). Acesso em: 5 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 140.214 – SC (2020/034920-0). RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO (SEM MONITORAÇÃO ELETRÔNICA). DETRAÇÃO. CABIMENTO. ÓBICE À DETRAÇÃO DO TEMPO DE RECOLHIMENTO DOMICILIAR. EXCESSO DE EXECUÇÃO. HIPÓTESES DO ART. 42 DO CÓDIGO PENAL QUE NÃO SÃO *NUMERUS CLAUSUS*. PARECER MINISTERIAL ACOLHIDO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Recorrente: Nadir de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relatora: Ministra Laurita Vaz, Brasília, de 24 de junho de 2021. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003429200&dt_publicacao=24/06/2021. Acesso em: 5 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 380.369/DF. *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO. RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO DETRAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. Impetrante: Defensoria Pública do Distrito Federal. Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Paciente: Gabriel Ferreira Vieira. Relator: Ribeiro Dantas, Brasília, 19 de setembro de 2017. Disponível em:

https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_HC_380369_bdd54.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1717610815&Signature=TEuc6Q BX3rOmD5sotIPr8nJcGlg%3D. Acesso em: 5 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 380.370 - DF (2016/0312718-7). EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DO RECURSO ESPECIAL. Impetrante: Defensoria Pública do Distrito Federal. Impetrado: Tribunal de Justiça Federal e dos Territórios. Paciente: Brenno Ricardo dos Santos Valverde. Relator: Felix Fischer, Brasília, de 21 de março de 2017. Disponível em:

<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/450541335/inteiro-teor-450541345?origin=serp>. Acesso em: 5 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 455.097/PR. *HABEAS CORPUS*. PENAL. MEDIDA CAUTELAR DE RECOLHIMENTO NOTURNO, AOS FINAIS DE SEMANA E DEMAIS DIAS NÃO ÚTEIS (FISCALIZADA, NA ESPÉCIE, POR MONITORAÇÃO ELETRÔNICA). DETRAÇÃO. PRINCÍPIO DA HUMANIDADE.

ESPECIAL PERCEPÇÃO DA PESSOA PRESA COMO SUJEITO DE DIREITOS. ÓBICE À DETRAÇÃO DO TEMPO DE RECOLHIMENTO DOMICILIAR DETERMINADO COMO MEDIDA SUBSTITUTIVA DA PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE EXECUÇÃO. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Paraná. Advogado: Defensoria Pública do Estado do Paraná. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Paciente: Walfrido de Oliveira. Relatora: Laurita Vaz, Brasília, 14 de abril de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801484120. Acesso em: 5 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). Recurso Especial nº 1.977.135/SC. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA. DETRAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR. RECOLHIMENTO NOTURNO E NOS DIAS DE FOLGA. POSSIBILIDADE. COMPROMETIMENTO DO *STATUS LIBERTATIS* DO ACUSADO. INTERPRETAÇÃO DADA AO ART. 42 DO CÓDIGO PENAL – CP. EXTENSIVA E *BONAM PARTEM*. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E *NON BIS IN IDEM*. *IN DUBIO PRO REO*. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Brasília, 23 de novembro de 2022. **Diário de Justiça Eletrônico**, 28 nov. 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103921805&dt_publicacao=28/11/2022. Acesso em: 20 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo de Jurisprudência. **Informativo nº 758, de 28 de novembro de 2022**. Tema Repetitivo 1155, STJ. Execução Penal. Medida cautelar de recolhimento noturno e nos dias de folga. Detração. Possibilidade. Interpretação do art. 42 do Código Penal. Monitoramento eletrônico. Desnecessidade. Contagem. Soma das horas convertidas em dias. Remanescente período menor que 24 horas. Fração de dia desprezada. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@cnot=019566>. Acesso em: 5 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF MC nº 347/DF. Direitos fundamentais dos presos. ADPF. Sistema carcerário. Violação massiva de direitos. Falhas estruturais. Necessidade de reformulação de políticas públicas penais e prisionais. Procedência parcial dos pedidos. I. Objeto da ação 1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental por meio da qual se postula que o STF declare que o sistema prisional brasileiro configura um estado de coisas inconstitucional, ensejador de violação massiva de direitos fundamentais dos presos, bem como que imponha ao Poder Público a adoção de uma série de medidas voltadas à promoção da melhoria da situação carcerária e ao enfrentamento da superlotação de suas instalações. II. Condições carcerárias e competência do STF 2. Há duas ordens de razões para a intervenção do STF na matéria. Em primeiro lugar, compete ao Tribunal zelar pela observância dos direitos fundamentais previstos na Constituição, sobretudo quando se trata de grupo vulnerável, altamente estigmatizado e desprovido de representação política (art. 5º, XLVII, XLVIII e XLIX, CF). Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, 4 de outubro de 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, 19 dez. 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur493579/false>. Acesso em: 2 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF MC nº 347/DF. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade –

PSOL. CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, 9 de setembro de 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**, 19 fev. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur339101/false>. Acesso em: 2 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma mantém decisão que abateu de pena o tempo de recolhimento domiciliar noturno: Para o colegiado, o recolhimento domiciliar noturno corresponde a medida que restringe a liberdade de locomoção, o que atrai o benefício da detração. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 8 nov. 2022. Disponível em: [https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=497127&ori=1ribunal%20Federal%20\(stf.jus.br\)](https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=497127&ori=1ribunal%20Federal%20(stf.jus.br)). Acesso em: 5 jun. 2024.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553624573/epubcfi/6/40\[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo16.xhtml!\]/4/2/202/3:7\[%20LE%2CP.\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553624573/epubcfi/6/40[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo16.xhtml!]/4/2/202/3:7[%20LE%2CP.]). Acesso em: 2 maio 2024.

CAMPOS, Caio Eduardo de Lima; ANDRADE, Gabriel Toledo de; CANESIN, Vinícius Bonalumi. **Revista Jurídica UniFil**, [S. l.], v. 18, n. 18, p. 86-99, set. 2022. Disponível em: <http://periodicos.unifil.br/index.php/rev-juridica/article/view/261>. Acesso em: 14 abr. 2024.

CASTELO BRANCO, Thayara; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. Medida (de segurança) cautelar: uma análise dogmática e criminológica do art. 319, VII, do Código de Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 149, ano 26, p. 299-325, nov. 2018.

CASTRO, Pedro Machado de Almeida. **As medidas cautelares pessoais diversas da prisão à luz da proporcionalidade**. 2015. 256 f. (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo - Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15122015-143931/pt-br.php>. Acesso em: 13 maio 2024.

CORREIA, Belize Câmara. **O princípio da proporcionalidade no direito penal: a possibilidade do controle de constitucionalidade das normas penais incriminadoras à luz da proporcionalidade no direito brasileiro**. 2004. 116 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco - Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife, 2004. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4135>. Acesso em: 13 maio 2024.

FEDATO, Matheus Arcangelo; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Prisão cautelar, argumentação e proporcionalidade: uma proposta para a fundamentação das decisões judiciais. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 483–514, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://rbdpp.emnuvens.com.br/RBDPP/article/view/268>. Acesso em: 13 maio 2024.

FLACH, Michael Schneider. O princípio da proporcionalidade como limite penal. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 68, p. 157-186, jan./abr. 2011. Disponível em: https://www.amprs.com.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1312317086.pdf. Acesso em: 18 maio 2024.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP); CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Alternativas penais**: medidas cautelares diversas da prisão: o que são e quando são usadas? [folder]. Brasília, 2022. Disponível em: <https://publicacoes.forumseguranca.org.br/items/d95943fd-e303-4b51-87a8-9f12d751fab9>. Acesso em: 2 maio 2024.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. 12. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

GAVIÃO, Marcus Vinicius Tavares. Detração penal, medidas cautelares alternativas e o requerimento da própria prisão. **Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/MarcusViniciusTGaviao.pdf. Acesso em: 2 maio 2024.

GONÇALVES, Mariana Moura. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais à luz da proporcionalidade**. 2011. 494 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-21082012-115732/pt-br.php>. Acesso em: 13 maio 2024.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. A Máxima da proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global. Tradução João Costa Neto. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, ano 7, n. 1, p. 23-41, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/960>. Acesso em: 13 maio 2024.

LIMA, Camile Eltz de. O problema da detração penal nas medidas cautelares alternativas à prisão: das lacunas aos descontos possíveis. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 24, n. 283, p. 17-18, jun. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553620609/epubcfi/6/4\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright_3-0_novo.xhtml\]!/4](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553620609/epubcfi/6/4[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright_3-0_novo.xhtml]!/4). Acesso em: 4 abr. 2024.

LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553624504/epubcfi/6/2\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcover.xhtml\]!/4/2\[cover\]/2%4050:76](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553624504/epubcfi/6/2[%3Bvnd.vst.idref%3Dcover.xhtml]!/4/2[cover]/2%4050:76). Acesso em: 14 abr. 2024.

MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Filipe Costa. Detração nas medidas cautelares pessoais: é possível?. **Revista da seção judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 36, p. 63-80, abr. 2013. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/8832>. Acesso em: 14 abr. 2024.

MAGNO, Patricia Carlos; CARVALHO, Leonardo Furtado. Por uma detração compensatória enquanto dispositivo de uma política criminal redutora de danos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 13, n. 1, p. 129-158, abr. 2023. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/8832>. Acesso em: 20 maio 2024.

MARCÃO, Renato Flávio. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502155374/epubcfi/6/2\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcapa.xhtml\]!/4/2\[cover-image\]/2%4052:34](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502155374/epubcfi/6/2[%3Bvnd.vst.idref%3Dcapa.xhtml]!/4/2[cover-image]/2%4052:34). Acesso em 29 maio 2024.

MARQUES, Mateus. (Re)pensando a proporcionalidade: uma análise no âmbito das prisões cautelares. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 10, n. 40, p. 57-70, jan./mar. 2011. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=89010. Acesso em: 13 maio 2024.

MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 3, n. 5, p. 15-45, jul./dez. 2003.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

NUNES, Adeildo. **Progressão e regressão de regime prisional**. Curitiba: Juruá, 2018.

OLIVEIRA, Rodrigo Fernando Vieira de. **A utilização do instituto da detração penal quando da aplicação de medidas cautelares diversas da prisão previstas no Código de Processo Penal**. 2022. 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã - Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife, 2022.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PONTE, Leila Hassem da. Da detração penal no Código Criminal do Império de 1830. **Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/Artigo/Acervo/12872?pagina=12>. Acesso em: 2 maio 2024.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021.

SANCHES, Najme Hadad. **Aplicação da detração penal sob a luz da Constituição Federal**. 2020. 237 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2020. Disponível em: http://www.bdtd.ibict.br/vufind/Record/NOVE_55b3dfa20d1cac241ffe699b5853c122. Acesso em: 4 abr. 2024.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4567833/mod_resource/content/1/2.%20SILVA%2C

%20Virg%C3%ADlio%20Afonso%20da.%20O%20Proporcional...%20p.%2023-50.pdf.
Acesso em: 13 maio 2024.

TAVARES, Rayssa Campos; BELONI, Rodrigo. **Detração penal e a sua aplicabilidade nas medidas cautelares diversas da prisão**, [S. l.], [21--?]. Disponível em: <https://www.repositoriodigital.univag.com.br/index.php/rep/article/viewFile/833/822>. Acesso em: 4 abr. 2024.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

VILARES, Fernanda Regina. Medidas cautelares pessoais alternativas à prisão: uma análise retrospectiva para melhores perspectivas. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 31, n. 369, p. 15-17, ago. 2023.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; CASTRO, André Giovane de. Direitos humanos e estado de coisas inconstitucional: o transconstitucionalismo latino-americano na ADPF nº 347. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 2, p. 783-800, ago. 2021. Disponível em: <https://publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/7400>. Acesso em: 5 jun. 2023.