

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.598.180 SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. CRISTIANO ZANIN
RECTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
RECDO.(A/S) : -----
ADV.(A/S) : OSVALDO JOSE DUNCKE
ADV.(A/S) : DANIEL DUNCKE
VOTO

O Senhor Ministro **CRISTIANO ZANIN** (Relator): A questão ora em exame consiste em determinar a constitucionalidade da aplicação da **detração** (art. 42 do Código Penal – CP) quanto ao período em que o apenado esteve submetido a **recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga** (art. 319, V, do Código de Processo Penal – CPP).

I. Delimitação da controvérsia

A detração penal, prevista no art. 42 do CP, consiste no cômputo, na pena privativa de liberdade ou na medida de segurança, do tempo em que o condenado esteve submetido, antes da condenação, a prisão provisória, prisão administrativa ou internação:

Detração

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

A respeito do instituto da detração, ensina Alexis Couto de Brito:

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

O fundamento da detração é evitar-se que o condenado seja punido duas vezes pelo mesmo crime, pois, se o tempo de restrição da liberdade durante o período de prisão provisória não pudesse ser computado, o Estado estaria abusando de seu poder-dever de punir e excedendo-se no prazo de restrição da liberdade do condenado. Seria sujeitar o condenado a uma fração desnecessária de pena (BRITO, Alexis Couto de. *Execução penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2025, p. 256).

A prisão provisória ou processual é uma medida cautelar pessoal, que, por sua natureza, tem finalidade distinta da prisão-pena (SAAD, Marta. Assimilação das finalidades da pena pela prisão preventiva. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, Rio de Janeiro, ano 1, v. 1, n. 1, p. 247-262, jun. 2013).

Com efeito, a **pena** pressupõe a confirmação da culpa e constitui reação estatal a um comportamento criminoso passado, vinculada a argumentos de justiça, prevenção geral ou especial. A **prisão cautelar**, por sua vez, tem finalidades preponderantemente instrumentais em relação ao próprio processo, voltadas à proteção do processo e à realizabilidade de seu resultado, não à sanção do acusado por conduta que ainda não foi definitivamente julgada. Precisamente por isso, a decretação de prisão cautelar não pode ter por fundamento as mesmas razões que legitimam a pena, sob pena de converter-se em antecipação punitiva vedada pela presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF).

Contudo, sob o ponto de vista ontológico, a prisão preventiva retira o direito nato à liberdade de forma idêntica à pena de prisão (GRECO, Luís. *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*. Berlim: Duncker & Humblot, 2015, p. 663-664). É dessa identidade estrutural que se depreende a *ratio* da detração: como a privação de liberdade

cautelar produz sobre o acusado o mesmo efeito concreto de aflição próprio da pena, deve-se considerar na execução penal o período de privação da liberdade já efetivamente imposto no transcorrer do processo.

Trata-se, em última análise, da expressão de ao menos três princípios constitucionais: (i) o **princípio do *ne bis in idem***, que veda a dupla punição pelo mesmo fato; (ii) o **princípio da culpabilidade**, segundo o qual toda pena pressupõe a culpabilidade, ressaltando-se especialmente a sua dimensão referente à determinação da pena, no sentido de que a pena não pode ultrapassar a medida da culpa; e (iii) o **princípio da proporcionalidade**, que exige correspondência entre a punição fixada na sentença, que deve ser proporcional ao fato, e a concretamente imposta ao indivíduo.

Subjacente a todos eles, e a lhes conferir unidade sistemática, está o **direito fundamental à liberdade pessoal**, que afeta a interpretação das regras que disciplinam a pena e a execução penal, incluída a detração. A esse respeito, o Tribunal Constitucional Federal alemão, ao examinar a regra de detração prevista no § 51 do StGB, extraiu precisamente essa consequência:

A decisão sobre a detração da prisão preventiva ou da prisão para extradição sofrida na pena privativa de liberdade a prazo determinado (§ 51, Abs. 1, frase 1, do StGB) diz respeito à execução da pena privativa de liberdade, pela qual a liberdade da pessoa constitucionalmente garantida pelo art. 2 (2) da Lei Fundamental é sempre afetada. Esse direito à liberdade, como decisão valorativa objetiva válida para todos os ramos do direito (cf. BVerfGE 10, 302, p. 322), influencia também a interpretação e a aplicação do § 51, 1, do StGB. Por isso, uma compreensão meramente formal do § 51, 1, do StGB, que se limite ao teor literal da disposição, não satisfaz o significado e o alcance do direito fundamental à liberdade. Antes, é necessário tomar como base para a interpretação do dispositivo a valoração que lhe é

subjacente, extraída da história legislativa, segundo a qual a prisão preventiva, na medida em que esteja em alguma relação com uma pena imposta, deve ser computada da forma mais abrangente possível; (...) (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha [*Bundesverfassungsgericht*], 2 BVR 116/99, p. 4-5. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1999/05/rk19990515_2bvr011699.html. Tradução livre do gabinete).

O art. 42 do CP foi concebido a partir da dicotomia tradicional entre prisão cautelar e liberdade que então vigorava no processo penal brasileiro: ou o acusado respondia ao processo preso e fazia jus à detração, ou estava livre e não havia privação de liberdade a compensar.

Contudo, esse modelo foi significativamente alterado pela Lei n. 12.403/2011, que introduziu no sistema processual penal brasileiro, por meio do art. 319 do Código de Processo Penal (CPP), um conjunto de **medidas cautelares pessoais diversas da prisão**. Nesse sentido, elucida Scarance Fernandes:

Com a Lei nº 12.403/2011, operou-se profunda mudança no regime jurídico das medidas cautelares pessoais. Um aspecto relevante dessa alteração foi o fato de o legislador acabar com a previsão única de duas situações extremas - prisão preventiva ou liberdade provisória apenas com o ônus de comparecimento aos atos do processo - para criar um leque de medidas cautelares. Elas podem, a grosso modo, ser separadas de forma ampla em medidas cautelares prisionais e medidas cautelares não prisionais (FERNANDES, Antônio Scarance. As medidas cautelares diversas da prisão – Brasil e Itália. *In: Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014, p. 83).

A partir de então, passou a existir uma terceira situação: o acusado que, embora não encarcerado, tampouco está em liberdade plena, mas submetido a restrições coercitivas da sua liberdade, entre as quais o recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga, previsto no inciso V do art. 319 do CPP.

Ocorre que o legislador de 2011, ao criar esse novo espectro de medidas cautelares, não alterou o art. 42 do Código Penal para nele incluir expressamente as novas hipóteses. Tampouco o fez a Lei n. 12.736/2012, que acrescentou ao Código de Processo Penal a possibilidade de detração já na sentença condenatória (art. 387, § 2º, do CPP). O art. 42 do Código Penal permanece, assim, com a redação de 1984 – anterior, portanto, à própria existência das medidas cautelares diversas da prisão –, sem qualquer referência a essas modalidades.

Dessa omissão nasce a questão ora examinada. Para o recorrente, ela exprime silêncio do legislador, revelador de opção consciente por não estender a detração a hipóteses diversas da prisão provisória. Já no entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça no Tema Repetitivo n. 1.155, o rol do art. 42 não é taxativo e a analogia *in bonam partem* autoriza o cômputo do recolhimento domiciliar noturno, que também compromete o *status libertatis* do acusado. Veja-se:

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. DESNECESSIDADE DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO ASSOCIADO. MEDIDA POUCO UTILIZADA

NO PAÍS. PRECARIEDADE. ALTO CUSTO. DÚVIDAS QUANTO À EFETIVIDADE. PREVALECE NAS FASES DE EXECUÇÃO DA PENA. DUPLA RESTRIÇÃO AO APENADO. IMPOSSIBILIDADE. TRATAMENTO ISONÔMICO. EXCESSO DE EXECUÇÃO. CONTAGEM. HORAS CONVERTIDAS EM DIAS. REMANESCENDO PERÍODO MENOR QUE 24 HORAS, A FRAÇÃO SERÁ DESPREZADA. PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. FIXAÇÃO DAS TESES .

1. A elucubração a respeito do abatimento na pena definitiva, do tempo de cumprimento da medida cautelar prevista no art. 319, VII, do código de Processo Penal - CPP (recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga) surge da ausência de previsão legal.

1.1. Nos termos do Art. 42 do Código Penal: "Computamse, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior".

1.2. A cautelar de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga estabelece que o investigado deverá permanecer recolhido em seu domicílio nesses períodos, desde que possua residência e trabalho fixos. Essa medida não se confunde com a prisão domiciliar, mas diferencia-se de outras cautelares na limitação de direitos, pois atinge diretamente a liberdade de locomoção do investigado, ainda que de forma parcial e/ou momentânea, impondo-lhe a permanência no local em que reside.

1.3. Nesta Corte, o amadurecimento da questão partiu da interpretação dada ao art. 42 do Código Penal. Concluiu-se que o dispositivo não era *numerus clausus* e, em uma compreensão extensiva e *bonam partem*, dever-se-ia permitir que o período de recolhimento noturno, por comprometer o *status libertatis*, fosse reconhecido como período detraído, em homenagem ao princípio da proporcionalidade e em apreço ao princípio do non bis in idem.

1.4. A detração penal dá efetividade ao princípio basilarda dignidade da pessoa humana e ao comando máximo do caráter ressocializador das penas, que é um dos principais objetivos da execução da pena no Brasil.

1.5. Assim, a melhor interpretação a ser dada ao art. 42 do Código Penal é a de que o período em que um investigado/acusado cumprir medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga (art. 319, V, do CPP) deve ser detraído da pena definitiva a ele imposta pelo Estado.

2. Quanto à necessidade do monitoramento eletrônico estar associado à medida de recolhimento noturno e nos dias de folga para fins da detração da pena de que aqui se cuida, tem-se que o monitoramento eletrônico (ME) é medida de vigilância, que afeta os direitos fundamentais, destacadamente a intangibilidade corporal do acusado.

É possível sua aplicação isolada ou cumulativamente com outra medida. Essa medida é pouco difundida no Brasil, em razão do alto custo ou, ainda, de dúvidas quanto a sua efetividade. Outro aspecto importante é o fato de que seu emprego prevalece em fases de execução da pena (80%), ou seja, não se destina primordialmente à substituição da prisão preventiva.

2.1. Assim, levando em conta a precária utilização do ME como medida cautelar e, considerando que o recolhimento noturno já priva a liberdade de quem a ele se submete, não se vislumbra a necessidade de dupla restrição para que se possa chegar ao grau de certeza do cumprimento efetivo do tempo de custódia cautelar, notadamente tendo em conta que o monitoramento eletrônico é atribuição do Estado.

Nesse cenário, não se justifica o investigado que não dispõe do monitoramento receber tratamento não isonômico em relação àquele que cumpre a mesma medida restritiva de liberdade monitorado pelo equipamento.

2.2. Deve prevalecer a corrente jurisprudencial inaugurada pela Ministra Laurita Vaz, no RHC n. 140.214/SC, de que o direito à detração não pode estar atrelado à condição de

monitoramento eletrônico, pois seria impor ao investigado excesso de execução, com injustificável aflição de tratamento não isonômico àqueles que cumprem a mesma medida de recolhimento noturno e nos dias de folga monitorados.

3. No caso concreto, a apenada foi presa em flagrante no dia 14/8/2018, tendo sido a prisão convertida em preventiva.

Posteriormente, a custódia foi revogada e aplicadas medidas cautelares diversas da prisão, consistentes, entre outras, no recolhimento domiciliar noturno, das 19h às 6h, bem como nos dias de folga, finais de semana e feriados, vindo a ser solta em 14 de dezembro de 2018. Não consta ter havido monitoramento eletrônico.

Foi condenada nas sanções do artigo 33, caput, e §4º, da Lei n. 11.343/06, ao cumprimento da pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime aberto, a qual foi substituída pela pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade. Tendo em vista que foi concedido direito de recorrer em liberdade, foram revogadas as medidas cautelares diversas, cujo cumprimento se efetivou em 19 de março de 2019. O apelo Ministerial interposto foi provido, condenando a agravada à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime tipificado no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/06. O acórdão transitou em julgado em 23 de setembro de 2019, tendo o mandado de prisão sido cumprido em 22 de julho de 2020.

No curso da execução da pena, após pedido defensivo, o juízo da execução considerou a título de detração o período em que a agravada cumpriu as medidas cautelares diversas da prisão. Contra tal decisão se insurgiu o órgão ministerial e o Tribunal de Justiça acatou o pleito, reformando o *decisum*. Assim, o aresto hostilizado destoa da orientação desta Corte de que o período de recolhimento noturno e nos dias de folga, por comprometer o *status libertatis* do acusado, deve ser reconhecido como período detraído da pena definitiva imposta, ainda que não tenha havido o monitoramento eletrônico.

4. Delimitadas as teses jurídicas para os fins dos arts. 927,III, 1.039 e seguintes do CPC/2015 :

4.1. **O período de recolhimento obrigatório noturno e nos dias de folga, por comprometer o *status libertatis* do acusado deve ser reconhecido como período a ser detraído da pena privativa de liberdade e da medida de segurança, em homenagem aos princípios da proporcionalidade e do non bis in idem.**

4.2. **O monitoramento eletrônico associado, atribuição do Estado, não é condição indeclinável para a detração dos períodos de submissão a essas medidas cautelares, não se justificando distinção de tratamento ao investigado ao qual não é determinado e disponibilizado o aparelhamento.**

4.3. **As horas de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga devem ser convertidas em dias para contagem da detração da pena. Se no cômputo total remanescer período menor que vinte e quatro horas, essa fração de dia deverá ser desprezada.**

5. Recurso especial provido para que o período de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga obrigatório da recorrente seja detraído da pena que lhe foi imposta, nos moldes delineados (STJ, REsp n. 1.977.135/SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, DJe 28/11/2022 – grifei).

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é possível identificar julgados nos dois sentidos, ora reconhecendo a detração, ora negando a sua aplicação em razão da ausência de previsão legal:

Ementa: AGRADO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. DETRAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DA PRISÃO. RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO E EM DIAS DE FOLGA. SEMELHANÇA E HOMOGENEIDADE ENTRE A CAUTELAR E A PENA IMPOSTA. ANALOGIA IN BONAM PARTEM. AGRADO REGIMENTAL PROVIDO. 1. O

recolhimento domiciliar noturno, por comprometer o *status libertatis* do investigado, deve ser computado para efeitos de detração penal quando houver semelhança e homogeneidade entre a medida cautelar aplicada no curso do processo e a pena imposta na sentença condenatória, em homenagem aos princípios da proporcionalidade e do non bis in idem. 2. Ante a lógica da detração, destinada a evitar o bis in idem no cumprimento da pena, deve-se proceder à analogia *in bonam partem*. 3. Agravo regimental provido para **determinar a detração, da pena final aplicada, do período em que o recorrente cumpriu medida cautelar de recolhimento noturno e nos dias de folga** (RHC 190.429 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 27/6/2024).

Ementa: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL ATENDIDOS. DETRAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RAZÃO DO CUMPRIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (ART. 5º, XLVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Estão preenchidos os pressupostos legais e constitucionais de admissibilidade do Recurso Extraordinário. 2. **Não há que se falar em detração penal do tempo em que o réu esteve em recolhimento domiciliar noturno, pois, além de a referida medida cautelar não comprometer efetivamente o *status libertatis* do acusado, o art. 42 do Código Penal não prevê a aplicabilidade do benefício a esta hipótese.** 3. Agravo Regimental a que se nega provimento (ARE 1.481.211 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 2/5/2024).

Inicialmente, votei para acompanhar o entendimento formulado pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes no ARE 1.481.211 AgR, segundo o qual a ausência de previsão legal no art. 42 do CP impediria a extensão da detração ao recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga. Contudo, após reflexão mais aprofundada sobre a questão, convenci-me de que essa posição não resiste ao cotejo com os princípios constitucionais que devem orientar a interpretação das normas que disciplinam a liberdade individual, nos termos que desenvolverei a seguir.

Diante desse contexto, impõe-se a análise da questão sob a perspectiva constitucional, para determinar se a proteção ao direito fundamental à liberdade e aos princípios da culpabilidade, da proporcionalidade e do *ne bis in idem* impõe o reconhecimento da detração nessas hipóteses.

II. A constitucionalidade da detração em relação ao período de recolhimento domiciliar cautelar

O debate em torno da amplitude da aplicação do instituto da detração vincula-se, em última instância, ao **direito fundamental à liberdade** (art. 5º, *caput*, da CF).

Diogo Malan esclarece que o direito fundamental à liberdade pessoal “assegura a liberdade física (ou de movimento) do indivíduo, abarcando os direitos de ir e vir, de permanecer ou sair, ou seja, de deslocar-se livremente de um local a outro, sem sofrer ingerências indevidas” (MALAN, Diogo. Criminalidade grave e prisão preventiva. *In: Processo Penal Humanista*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 51). Conforme entendo, seu âmbito de proteção não se esgota na tutela contra a privação total da liberdade de locomoção, mas abrange também as restrições parciais, como as decorrentes do recolhimento domiciliar.

Além disso, o conteúdo do direito fundamental à liberdade pessoal abrange duas dimensões complementares. Em sua dimensão **positiva**,

protege o direito de dirigir-se a qualquer lugar – próximo ou distante – e de ali permanecer; em sua dimensão **negativa**, assegura o direito de evitar qualquer lugar indesejado, isto é, de não ser obrigado a permanecer onde não se quer estar (KINGREEN, Thorsten; POSCHER, Ralf. *Grundrechte: Staatsrecht II*. Heidelberg: C.F. Müller, 2023. p. 147-148).

Essa estrutura tem consequências diretas para a análise do recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga, previsto no art. 319, V, do CPP, que afeta simultaneamente ambas as dimensões: restringe a liberdade positiva, ao impedir o acusado de se deslocar para onde desejaria ir nos períodos determinados; e comprime a liberdade negativa, ao obrigá-lo a permanecer em sua residência ainda que não queira.

O impacto dessa medida cautelar sobre o *status libertatis* é, ademais, **praticamente idêntico ao do regime aberto e muito próximo ao da pena restritiva de direitos de limitação de fim de semana.**

A semelhança estrutural entre as situações é destacada por Rogerio Schietti Cruz:

Neste inciso se prevê medida cautelar **muito similar**, ainda que com objetivos diversos, à prisão albergue (artigo 93 da LEP), destinada aos presos definitivos que cumprem pena em regime aberto (artigo 36 do CPB) ou dos que cumprem pena de limitação de fim de semana (artigo 48 do CPB). (...)

Assim como ocorre em relação às demais medidas cautelares diversas da prisão, o **recolhimento domiciliar impõe significativa restrição à liberdade do acusado, limitando sua locomoção e obrigando-o a permanecer em sua residência nos períodos determinados** (...) (CRUZ, Rogerio Schietti. *Prisão cautelar*. São Paulo: Juspodivm, 2025. p. 220 e 223).

A existência ou não de monitoramento eletrônico durante o cumprimento do recolhimento domiciliar não altera a conclusão quanto à

afetação do direito fundamental à liberdade. O dispositivo eletrônico não é constitutivo da restrição, mas é apenas instrumental a ela, servindo como mecanismo de fiscalização do cumprimento de uma obrigação que preexiste e independe de sua presença. Com efeito, a cautelar que constringe o acusado a permanecer em sua residência durante o período noturno e nos dias de repouso produz seus efeitos restritivos sobre a liberdade de locomoção independentemente de como é monitorada. A forma de fiscalização do cumprimento da medida é questão de eficácia operacional, não de intensidade da restrição imposta.

Considerando a afetação do direito fundamental à liberdade, entendo que a análise da detração nesses casos não pode ser conduzida a partir de uma leitura meramente literal do art. 42 do CP, mas exige interpretação orientada pelo *favor libertatis*, sensível à concreta afetação do estado de liberdade durante o cumprimento da medida cautelar; e pelo princípio *pro homine*, o qual impõe que as regras que disciplinam o cômputo do tempo de restrição sofrida sejam interpretadas extensivamente. Confira-se, a propósito, a lição de Diogo Malan:

À luz do princípio hermenêutico *pro homine*, quando se trata de reconhecer direito, dentre diversas normas constitucionais sobrepostas deve ser aplicada aquela que tenha âmbito de proteção mais amplo, ou comporte interpretação mais extensiva. Da mesma forma, quando se cuida de restringir ou suspender extraordinariamente direito deve ser aplicada a norma menos invasiva, ou que comporte interpretação mais restritiva (MALAN, *Criminalidade grave e prisão preventiva*, p. 4748).

Nesse quadro, a lacuna do art. 42 do Código Penal, que não contempla expressamente o recolhimento domiciliar como hipótese de detração, pode ser integrável pelo recurso à analogia *in bonam partem*, que no Direito Penal é, como ensinam Claus Roxin e Luís Greco, "legítima de forma irrestrita" (ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Marcial

Pons, 2024. p. 329). Até porque o princípio da legalidade impede o emprego de analogia *in malam partem*, mas não impõe qualquer óbice à sua utilização em benefício do réu.

A analogia, nesse sentido, consiste no "procedimento lógico pelo qual o espírito passa de uma enunciação singular a outra enunciação singular (...), inferindo a segunda em virtude de sua semelhança com a primeira; no direito, teríamos analogia quando o jurista atribuisse a um caso que não dispõe de expressa regulamentação legal a(s) regra(s) prevista(s) para um caso semelhante" (BATISTA, Nilo. *Introdução ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 74).

A semelhança relevante, para fins de analogia, é precisamente a que existe entre o recolhimento domiciliar e as formas de custódia já contempladas no art. 42 do CP. Em ambos os casos, o acusado tem sua liberdade de locomoção concretamente afetada por imposição do Estado no curso do processo penal. A diferença é de grau, não de natureza. E essa gradação, longe de afastar a analogia, reforça-a.

Esse entendimento encontra respaldo na doutrina especializada. Ao examinar o regime das medidas cautelares introduzidas pela Lei n. 12.403/2011, e especificamente ao situar o recolhimento domiciliar no topo da escala de coercitividade entre as cautelares diversas da prisão, Carlos Henrique Haddad observa que:

O recolhimento domiciliar impõe restrição à liberdade de locomoção, em caráter mais severo do que as demais cautelares que estabelecem proibições, tanto é verdade que, na Itália, permite-se o desconto dos dias em que vigorou a medida cautelar no cômputo da pena, a título de detração. Considera-se que o acusado que permanece em residência encontra-se em estado de custódia cautelar. A Lei nº 12.403/11 foi omissa na previsão da detração, porém, diante do grau ocupado pelo recolhimento

domiciliar na escala de coercitividade, o desconto do tempo expiado durante a execução da medida cautelar deve ser abatido no montante da pena imposta. O número de horas em que o acusado permaneceu em recolhimento domiciliar deve ser descontado na mesma proporção, ou seja, pelo equivalente de horas de cumprimento de pena (HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Medidas cautelares pessoais diversas da prisão. *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 81, p. 107-142, jan./mar. 2013).

A respeito da aplicação da detração nesses casos, argumenta Pierpaolo Bottini:

A ausência de menção à detração para cautelares distintas da prisão no ordenamento não impede sua aplicação pelo juiz, que, por analogia, pode beneficiar o réu com uma interpretação ampla da abrangência do instituto para além da prisão. Parecenos possível, por exemplo, descontar o tempo passado em prisão domiciliar da eventual pena de prisão definitiva em regime aberto, ou o período processual no qual o réu foi proibido de frequentar determinados lugares da pena restritiva da mesma natureza, se essa for a condenação. Caso a cautelar e a pena tenham naturezas distintas – como na hipótese da cautelar de prisão domiciliar e a pena de prisão em regime fechado – o tempo descontado poderá ser o mesmo, mas é possível construir pela jurisprudência uma fórmula que permita deduzir proporcionalmente – com base na razoabilidade – algo da sanção para detrair a cautelar aplicada (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Mais reflexões sobre a lei n. 12.403/11. *Boletim IBCCRIM*, ano 19, n. 223, jun. 2011, p. 12-13).

Em sentido similar, Ademar Borges e Aline Osorio observam, com apoio no direito comparado:

No direito comparado, Portugal fornece exemplo ilustrativo do emprego da analogia para ampliar o escopo da detração em benefício ao réu. O art. 80 do Código Penal português prevê a possibilidade de cômputo, no cumprimento da pena de prisão, do tempo de detenção, prisão preventiva e obrigação de permanência na habitação sofridos no curso do processo. Para além disso, os Tribunais portugueses, na análise dos casos concretos, têm ampliado o escopo desse dispositivo para outras hipóteses nele não previstas, mediante a aplicação da analogia em favor do réu, com o intuito de evitar a ocorrência de *bis in idem* (...). O Professor Jorge Figueiredo Dias observa que (...) '[m]elhor será, por isso, considerar que se está perante uma lacuna, que o juiz pode integrar — tratando-se, como se trata, de uma solução favorável ao delinquente, sempre que possa encontrar um critério de desconto adequado ao sistema legal e dotado de suficiente determinação' (...). Esse mesmo raciocínio analógico pode ser empregado para embasar, em primeiro lugar, a detração penal de qualquer medida cautelar processual diversa da prisão e, em segundo lugar e com maior razão, a detração de qualquer violação de direitos fundamentais no âmbito da execução da pena (BORGES DE SOUSA FILHO, Ademar; OSORIO, Aline. *Revista da AGU*, Brasília, v. 22, n. 4, dez. 2023, p. 74-75).

Frise-se, ademais, que a analogia *in bonam partem* é admitida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive em matéria de execução penal:

Repercussão geral no recurso extraordinário com agravo. Constitucional. Processo Penal. Execução. 2. Progressão de regime prisional. Condenado por crime hediondo ou equiparado, sem resultado morte, reincidente por crime comum (não específico). Art. 112, incisos V, VI e VII, da Lei de Execução Penal, com redação dada pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime).

3. Princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, CF): taxatividade e interpretação mais benéfica ao réu. Retroatividade da norma mais benéfica ao réu (art. 5º, XL, CF). Repercussão geral reconhecida. 4. A leitura dos dispositivos legais (art. 112 e incisos, LEP) atinentes à progressão de regime permite constatar a existência de verdadeiro vácuo normativo. Referida legislação não disciplinou, de forma expressa, a fração para progressão do condenado por crime hediondo ou equiparado reincidente em crime comum. 5. Diante da lacuna legislativa, não se pode admitir a aplicação de norma mais gravosa a partir de interpretação prejudicial ao réu. Tendo em vista a ausência de previsão aplicável a apenados condenados por crimes hediondos ou equiparados, mas reincidentes genéricos (condenação anterior por crime não hediondo ou equiparado), deve-se integrar a norma a partir de interpretação em benefício do réu, já que vedada a analogia in malam partem. 6. A Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) resultou em tratamento mais benéfico a condenados por crime hediondo, sem resultado morte, reincidentes não específicos. Nesse cenário, a norma mais benéfica deve retroagir mesmo para fatos criminosos passados. 7. Julgamento do mérito por reafirmação de jurisprudência: RHC 200.879/SC, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, por unanimidade, DJe 14.6.2021; RHC 196.810 AgR/SC, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, por maioria, DJe 25.6.2021; RHC 198.156 AgR/SC, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, por maioria, DJe 25.6.2021; ARE 1.330.176/SC, Rel. Min. Edson Fachin, decisão monocrática, DJe 6.8.2021; HC 202.691/SP, Rel. Min. Nunes Marques, decisão monocrática, DJe 6.8.2021; HC 193.187/PR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática, DJe 25.5.2021. 8. Agravo no recurso extraordinário provido para conhecer mas não prover o recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal. 9. Fixação da tese: “Tendo em vista a legalidade e a taxatividade da norma penal (art. 5º, XXXIX, CF), a alteração promovida pela Lei 13.964/2019 no art. 112 da LEP não autoriza a incidência do percentual de 60% (inc. VII) aos

condenados reincidentes não específicos para o fim de progressão de regime. **Diante da omissão legislativa, impõe-se a analogia in bonam partem, para aplicação, inclusive retroativa, do inciso V do artigo 112 da LEP** (lapso temporal de 40%) ao condenado por crime hediondo ou equiparado sem resultado morte reincidente não específico.” (ARE 1.327.963, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 13/2/2023).

A aplicação da detração aos casos aqui debatidos pode ser extraída, ademais, dos princípios da culpabilidade, da proporcionalidade e do *ne bis in idem*.

O **princípio da culpabilidade** encontra fundamento constitucional implícito no art. 1º, III (dignidade da pessoa humana), no art. 5º, *caput* (inviolabilidade do direito à liberdade), e no art. 5º, XLVI (individualização da pena), da CF (PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 113), além de se deduzir do art. 5º, LVII, que, ao consagrar a presunção de inocência até o trânsito em julgado, projeta, *a contrario sensu*, a exigência de que toda condenação ao cumprimento de pena pressuponha a prévia prova e declaração da culpabilidade do agente.

O princípio da culpabilidade consagra a responsabilidade subjetiva e pessoal no Direito Penal, partindo da premissa *nullum crimen sine culpa*. Em uma das dimensões da culpabilidade – referente à determinação da pena –, impõe-se a impossibilidade de que a sanção a ser efetivamente cumprida ultrapasse a medida da culpabilidade do agente pelo fato concreto. E se o recolhimento domiciliar imposto cautelarmente já constituiu, durante o processo, restrição concreta e mensurável da liberdade do acusado em razão do mesmo fato, desconsiderar esse período no cômputo da pena equivale a punir além da culpa.

Isso guarda relação direta com o **princípio da proporcionalidade**, que no âmbito do Direito Penal desdobra-se em duas exigências complementares, quais sejam, a proibição de excesso e a proibição de insuficiência. É a primeira que aqui releva. Uma pena que não desconta o tempo de restrição efetiva já suportado pelo condenado é, nessa medida, desproporcional, pois impõe gravame superior ao necessário e adequado para a satisfação dos fins que legitimam a sanção penal, sem que essa onerosidade adicional encontre justificativa na culpabilidade do agente.

Em última instância, trata-se também de imposição da proibição do *bis in idem*. De acordo com Keity Saboya, o **princípio do *ne bis in idem*** traduz-se como o direito fundamental do indivíduo à “unicidade de (re)ação do Estado contra a mesma pessoa, com base nos mesmos fatos e nos mesmos fundamentos” (SABOYA, Keity. *Ne bis in idem. História, teoria e perspectivas*. São Paulo: Marcial Pons, 2025. p. 511).

A vedação do duplo sancionamento seria, no entanto, esvaziada se a sanção fosse compreendida apenas como pena em sentido estrito ou formal (como prisão-pena, consequência da condenação transitada em julgado). Para que o *bis in idem* seja efetivamente afastado, o conceito de sanção deve englobar todas as consequências substanciais de natureza repressiva ou restritiva de direitos que decorrem da prática de um ilícito.

Sob essa perspectiva, o recolhimento domiciliar noturno e nos dias de repouso, imposto coercitivamente pelo Estado como resposta processual ao mesmo fato que deu origem à condenação, não pode ser tratado como medida neutra, insuscetível de cômputo. Ignorá-lo na execução da pena significaria, em termos práticos, punir duas vezes pelo mesmo fato: uma, durante o processo, sob o rótulo de cautelar; outra, após a condenação, sob o rótulo de pena.

III. Premissas da aplicação da detração para cômputo do tempo de cumprimento de medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga

Como dito, o fundamento da detração reside na equivalência ontológica entre a restrição sofrida no curso do processo e a sanção imposta ao final. O que justifica o desconto não é a identidade formal entre as duas situações – cautelar e pena –, mas a identidade material de seu conteúdo: em ambos os casos, o Estado impõe ao indivíduo, em razão do mesmo fato, limitação concreta ao exercício da liberdade de locomoção.

Conforme se extrai do julgamento do RHC 190.429 AgR, da relatoria do Ministro Edson Fachin (Segunda Turma, DJe 27/6/2024), deve haver **semelhança e homogeneidade** entre a medida cautelar aplicada no curso do processo e a pena imposta na sentença condenatória.

A equivalência entre o recolhimento domiciliar e a pena privativa de liberdade, contudo, não é uniforme para todos os regimes de cumprimento. Ela varia conforme a intensidade da restrição imposta pela pena em execução, o que impõe um escalonamento da aplicação da detração para preservar a proporcionalidade e a isonomia entre os condenados.

No **regime aberto**, há equivalência plena entre o recolhimento domiciliar noturno e nos dias de repouso e o regime de cumprimento de pena. Em ambas as situações, o indivíduo permanece livre durante o período diurno nos dias úteis e é obrigado a recolher-se à residência nos períodos noturnos e nos finais de semana.

A semelhança estrutural é praticamente integral, como destaca a doutrina ao comparar o recolhimento domiciliar cautelar à prisão albergue e à pena de limitação de fim de semana. Nesses casos, a detração deve operar em sua forma mais direta, de modo que os dias cumpridos sob recolhimento domiciliar devem ser integralmente computados na pena.

No **regime semiaberto**, há equivalência meramente parcial, pois o condenado está sujeito a restrições mais intensas do que as decorrentes do recolhimento domiciliar. Além do recolhimento noturno, está obrigado a permanecer no estabelecimento penal ou em local determinado durante o dia, podendo realizar atividades externas apenas quando autorizadas.

Assim, para preservar a isonomia e a proporcionalidade, evitando que o condenado ao regime semiaberto seja beneficiado na mesma medida que o condenado ao regime aberto, cuja situação é ontologicamente mais próxima da cautelar, a detração deve operar na proporção de dois dias de recolhimento domiciliar para cada um dia de pena em regime semiaberto. Esse critério reflete a menor intensidade da equivalência entre as duas situações e impede tanto o excesso quanto o déficit punitivo.

Por fim, no **regime fechado** a distância entre o recolhimento domiciliar cautelar e a pena em execução é mais acentuada, pois o condenado está sujeito a restrições incomparavelmente mais severas do que as impostas pelo recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga.

Conforme entendo, a aplicação imediata da detração nesse contexto produziria resultado desproporcional, beneficiando o condenado em medida que não corresponde à equivalência real entre as duas situações. A solução mais adequada, nesses casos, é o diferimento da detração para o momento em que ocorrer a progressão ao regime semiaberto (e segundo o critério a ele aplicável, acima exposto), pois somente a partir desse momento há a equivalência necessária para justificar o desconto.

Esse escalonamento preserva a coerência interna do sistema e, em vez de tratar igualmente situações ontologicamente distintas, ou de negar a detração com base na ausência de equivalência perfeita, calibra o desconto conforme o grau real de semelhança entre a cautelar sofrida e a pena em execução, atendendo simultaneamente às exigências da proporcionalidade, da isonomia e da vedação ao *bis in idem*.

A adoção desses critérios de detração, contudo, representa alteração do entendimento que vinha sendo aplicado pelos juízos de execução penal em todo o país, com base na tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça no Tema Repetitivo n. 1.155. Naquele julgamento, firmou-se o entendimento de que as horas de recolhimento domiciliar deveriam ser convertidas em dias, sem distinção conforme o regime de cumprimento de pena. Inúmeros condenados tiveram suas detrações calculadas com base nessa orientação, que se tornou vinculante para os tribunais de todo o país.

Por sua vez, o entendimento que vinha prevalecendo no Supremo Tribunal Federal era mais gravoso para o apenado, negando *in totum* a possibilidade de detração.

O entendimento que defendo neste voto, portanto, pode ser mais gravoso do que o até então aplicado por jurisprudência vinculante do Superior Tribunal de Justiça, porém mais benéfico do que o entendimento até então prevalecente no Supremo Tribunal Federal.

A meu ver, a superação ou o refinamento dessas concepções é tecnicamente mais adequado e condizente com os princípios da proporcionalidade e da isonomia, porém não pode operar em prejuízo daqueles que tiveram seus direitos reconhecidos e calculados conforme o critério então vigente segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, devendo-se aplicar a lógica da irretroatividade do entendimento prejudicial ao réu.

No que se refere ao debate em torno das alterações jurisprudenciais, Alaor Leite adverte que se deve distinguir, para os fins da proibição de retroatividade, a **jurisprudência concretizadora do injusto penal**, que precisa e aplica um conteúdo de desvalor já delineado pelo legislador, ainda que de forma abstrata; e a **jurisprudência constitutiva do injusto penal**, que decide originariamente sobre o conteúdo de injusto de uma conduta, sem que esse conteúdo possa ser identificado com anterioridade

no texto legal ou nas concepções fundamentais da ordem jurídica (LEITE, Alaor. Proibição de Retroatividade e Alteração Jurisprudencial. A Irretroatividade da Jurisprudência Constitutiva do Injusto Penal. *In: Actas do Colóquio "O Direito e o Tempo"*. Coimbra: FCT, 2016. p. 70). Neste último caso, os tribunais devem se submeter aos mesmos limites aplicáveis ao legislador, como a proibição de retroatividade (ROXIN; GRECO, Direito Penal: parte geral, p. 343).

A distinção proposta por Alaor Leite entre jurisprudência constitutiva e jurisprudência concretizadora do injusto penal, embora formulada no contexto da tipicidade, ilumina o problema ora enfrentado, tendo em vista se tratar de aplicação de detração por analogia, o que enseja a delimitação de critérios não previstos previamente na legislação.

E quando a jurisprudência assume esse papel não meramente concretizador, ela deve também suportar os limites que a Constituição impõe ao legislador. Até porque a *ratio* da proibição de retroatividade, consagrada no art. 5º, XL, da CF, é precisamente a de que o conteúdo do injusto penal – e, por extensão, os critérios que definem a extensão da punição – “não seja constituído originariamente a partir e para um determinado caso, mas de forma geral e abstrata pela lei – que conhece procedimentos democráticos de confecção e aplica-se indistintamente a todos os cidadãos.” (LEITE, Proibição de Retroatividade e Alteração Jurisprudencial, p. 76).

Por essas razões, proponho que o critério de detração ora fixado produza efeitos apenas em relação às detrações ainda não calculadas ou não transitadas em julgado no momento da publicação desta decisão. As detrações já reconhecidas e calculadas com base no critério do Tema Repetitivo n. 1.155 do Superior Tribunal de Justiça ficam preservadas, não podendo ser revistas em desfavor do condenado, com fundamento no novo critério ora estabelecido.

IV. O caso concreto

No caso concreto, o recorrido havia sido condenado a uma pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática dos crimes previstos no art. 304, *caput*, e art. 311, *caput*, ambos do Código Penal, questionando-se a aplicação de detração referente ao período em que o apenado esteve submetido a recolhimento domiciliar noturno e aos finais de semana, sem monitoramento eletrônico.

O cálculo da detração foi realizado com base no critério fixado pelo Superior Tribunal de Justiça no Tema Repetitivo n. 1.155, conforme se extrai da decisão de primeiro grau (doc. 5). Embora, como exposto, esse critério não reflita com plena precisão a equivalência entre o recolhimento domiciliar e o regime semiaberto, ao qual o recorrido foi condenado, o que, em tese, justificaria modulação proporcional do desconto, a forma de cálculo da detração não foi objeto de recurso pela acusação e não pode retroagir para prejudicar o apenado. Essa questão, portanto, transitou em julgado, e determinar a revisão do cálculo em desfavor do recorrido configuraria inadmissível *reformatio in pejus*. Por essa razão, deixo de examinar a questão e mantenho o critério adotado na origem.

V. Dispositivo

Posto isso, nego provimento ao recurso extraordinário.

Proponho a seguinte tese de repercussão geral:

É constitucional, com fundamento nos princípios da culpabilidade, da proporcionalidade e da vedação ao *bis in idem* (art. 1º, III; art. 5º, *caput*, XLVI e LVII, da CF), a detração do período de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga, previsto no art. 319, V, do CPP, independentemente de monitoramento eletrônico, desde que haja semelhança e homogeneidade entre a medida cautelar cumprida e a pena

imposta na sentença condenatória, devendo a detração ser realizada: (i) integralmente, quando a pena for fixada em regime inicial aberto; (ii) na proporção de dois dias de recolhimento domiciliar para cada um dia de pena, quando o regime inicial for semiaberto; e (iii) de forma diferida nos casos em que o regime inicial for fechado, aplicando-se o critério determinado na alínea *ii* apenas após a progressão para o regime semiaberto.

É como voto.