

A detração penal da medida cautelar de recolhimento obrigatório noturno e nos dias de folga segundo o Tema 1155 do Superior Tribunal de Justiça

Criminal sentence credit for the precautionary measure of mandatory nighttime and days-off home confinement according to the Brazilian Superior Court of Justice theme 1155

Alinne Coutinho Lisboa¹

Resumo: O presente artigo analisa a possibilidade de aplicação da detração penal ao período de cumprimento da medida cautelar de recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, prevista no art. 319, V, do Código de Processo Penal, à luz da tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no Tema Repetitivo nº 1155. A pesquisa parte da transformação promovida pela Lei nº 12.403/2011 no sistema cautelar brasileiro, que rompeu com a tradicional dicotomia entre prisão e liberdade e instituiu medidas cautelares pessoais diversas da prisão, algumas das quais produzem significativa restrição ao direito de locomoção. Examina-se a evolução jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, especialmente a divergência entre suas Turmas e a posterior uniformização promovida pela Terceira Seção. Analisa-se, ainda, a interpretação extensiva e em *bonam partem* do art. 42 do Código Penal adotada no Tema 1155, bem como seus fundamentos nos princípios da proporcionalidade e do *non bis in idem*. Sustenta-se que a decisão reconhece a dimensão material da restrição cautelar e impede que o período de limitação da liberdade seja desconsiderado na execução da pena. Conclui-se que o precedente representa importante mecanismo de contenção do poder punitivo estatal, embora permaneça necessária disciplina legislativa mais abrangente acerca da detração das demais medidas cautelares pessoais.

Palavras-chave: Detração penal. Recolhimento domiciliar noturno. Medidas cautelares. Tema 1155. Superior Tribunal de Justiça. Proporcionalidade. *Non bis in idem*.

¹Advogada Criminalista. Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Superior de Advocacia de Pernambuco (ESA/PE). Mestre em Direito Penal pela Faculdade Damas da Instrução Cristã (FADIC), Recife/PE. alinnecoutinho.adv@outlook.com

Abstract: This article analyzes the possibility of applying sentence credit to the period during which the defendant is subject to the precautionary measure of mandatory home confinement during nighttime and days off, provided for in article 319, V, of the Brazilian Code of Criminal Procedure, in light of the thesis established by the Superior Court of Justice in Repetitive Topic No. 1155. The research starts from the transformation promoted by Law No. 12,403/2011 in the Brazilian precautionary system, which broke with the traditional dichotomy between imprisonment and liberty and introduced personal precautionary measures other than imprisonment, some of which significantly restrict the right to freedom of movement. The article examines the development of the Superior Court of Justice's case law, particularly the divergence between its panels and the subsequent uniformization promoted by its Third Section. It also analyzes the extensive and in bonam partem interpretation of article 42 of the Penal Code adopted in Topic 1155, as well as its foundations in the principles of proportionality and non bis in idem. It argues that the decision recognizes the material dimension of precautionary restrictions and prevents the period of limitation of liberty from being disregarded during sentence enforcement. It concludes that the precedent represents an important mechanism for limiting State punitive power, although broader legislative regulation concerning sentence credit for other personal precautionary measures remains necessary.

Keywords: Sentence credit. Nighttime home confinement. Precautionary measures. Topic 1155. Superior Court of Justice. Proportionality. Non bis in idem.

1 Introdução

A liberdade individual constitui um dos bens jurídicos mais relevantes submetidos à tutela constitucional no Estado Democrático de Direito. No processo penal, entretanto, o exercício do poder estatal pode produzir restrições à liberdade antes mesmo da formação definitiva do juízo de culpabilidade, circunstância que confere especial importância ao regime jurídico das medidas cautelares pessoais.

Historicamente, o sistema processual penal brasileiro esteve estruturado em torno de uma lógica predominantemente bipolar, na qual a prisão cautelar constituía o principal instrumento de contenção do imputado, enquanto a liberdade funcionava como alternativa à privação da liberdade. Esse cenário foi significativamente alterado pela Lei nº 12.403/2011, que introduziu no Código de Processo Penal um conjunto de medidas cautelares pessoais

diversas da prisão, estabelecendo alternativas à prisão preventiva e ampliando as possibilidades de intervenção estatal durante a persecução penal.

A reforma legislativa representou importante modificação na estrutura cautelar brasileira. A partir dela, o juiz passou a dispor de instrumentos intermediários entre a liberdade plena e a prisão, permitindo que a resposta cautelar fosse graduada segundo as particularidades do caso concreto. Entre essas medidas encontra-se o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, previsto no art. 319, V, do Código de Processo Penal.

Embora menos gravosa que a prisão cautelar em sentido estrito, a medida não é destituída de efeitos sobre a liberdade individual. Ao contrário, impõe ao investigado ou acusado a obrigação de permanecer em sua residência durante períodos determinados, restringindo concretamente sua liberdade de locomoção e sua autodeterminação.

A criação de novas modalidades de restrição cautelar, contudo, não foi acompanhada de correspondente alteração do art. 42 do Código Penal, dispositivo que disciplina a detração penal e prevê o cômputo, na pena privativa de liberdade ou na medida de segurança, do tempo de prisão provisória e de internação.

Formou-se, assim, uma questão jurídica relevante: o período durante o qual o acusado permaneceu submetido ao recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga deve ser desconsiderado para fins de detração ou deve ser computado na pena posteriormente imposta?

A controvérsia alcançou o Superior Tribunal de Justiça e passou por diferentes momentos interpretativos, inclusive com divergência entre a Quinta e a Sexta Turmas. A matéria foi posteriormente submetida ao rito dos recursos repetitivos, culminando na fixação do Tema nº 1155.

O presente artigo tem por objetivo analisar a construção jurisprudencial que conduziu à tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, concentrando-se especificamente na possibilidade de detração do período de recolhimento obrigatório noturno e nos dias de folga, com ou sem monitoramento eletrônico.

Para tanto, inicialmente será examinada a natureza da detração penal e sua relação com os princípios do *non bis in idem* e da proporcionalidade. Em seguida, será analisada a medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga, com destaque para sua capacidade de restringir concretamente o *status libertatis*. Posteriormente, será reconstruída a evolução jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça até a consolidação do Tema 1155, examinando-se seus fundamentos e consequências.

A pesquisa utiliza método dedutivo e abordagem qualitativa, mediante revisão bibliográfica e documental, com especial atenção à legislação pertinente e aos precedentes do Superior Tribunal de Justiça que contribuíram para a formação da tese repetitiva.

2 A Detração penal como instrumento de compensação da restrição à liberdade

A detração penal encontra previsão no art. 42 do Código Penal, segundo o qual se computa, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, de prisão administrativa e de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.

Em sua conformação tradicional, a detração é apresentada como mecanismo de abatimento do período de privação de liberdade anteriormente suportado pelo condenado. Sua finalidade, contudo, não se limita a uma operação meramente aritmética. O instituto possui relevante dimensão de justiça material, na medida em que impede que o indivíduo suporte duas vezes, em momentos distintos, consequências decorrentes de uma mesma intervenção estatal.

José Cirilo de Vargas compreende a detração como o desconto realizado na pena privativa de liberdade ou na medida de segurança do período de prisão provisória, destacando que sua não realização implicaria dupla punição pelo mesmo fato (VARGAS, 1998).

Na mesma perspectiva, Alberto Silva Franco define a detração como operação mediante a qual se computa, na duração da condenação definitiva, a parcela temporal correspondente à aplicação de determinada medida cautelar ou à internação (FRANCO, 1990).

A compreensão do instituto, entretanto, não deve permanecer limitada à literalidade do art. 42 do Código Penal. Rodrigo Duque Estrada Roig sustenta que as normas relativas à detração, por sua natureza favorável ao acusado, devem receber interpretação extensiva e ampliativa de direitos (ROIG, 2021).

Pierpaolo Cruz Bottini, por sua vez, relaciona a detração aos princípios da equidade e da vedação ao *bis in idem*, defendendo sua extensão às hipóteses em que o Estado tenha interferido concretamente nos direitos fundamentais do cidadão, especialmente em sua liberdade de locomoção (BOTTINI, 2013).

Essa compreensão é particularmente relevante diante da transformação do sistema cautelar promovida pela Lei nº 12.403/2011. Se o legislador passou a admitir diferentes graus de restrição à liberdade antes do trânsito em julgado, a análise da detração não pode

permanecer vinculada exclusivamente a um modelo no qual a única forma juridicamente relevante de restrição cautelar seria a prisão.

O problema reside, portanto, na necessidade de compatibilizar a literalidade do art. 42 do Código Penal com a realidade normativa produzida pela reforma processual de 2011.

A questão ganha maior densidade quando se considera que as medidas cautelares diversas da prisão não possuem todas a mesma intensidade. Algumas produzem restrições predominantemente relacionadas a deveres processuais, enquanto outras incidem diretamente sobre a liberdade de locomoção.

O recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga insere-se precisamente nesta última categoria. Por isso, sua análise não pode ser dissociada dos efeitos concretos da medida sobre o *status libertatis* do indivíduo.

3 O recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga como medida cautelar restritiva da liberdade

A Lei nº 12.403/2011 introduziu no art. 319 do Código de Processo Penal um sistema diversificado de medidas cautelares pessoais. A reforma procurou superar a lógica segundo a qual o processo penal deveria escolher entre dois extremos: a prisão ou a liberdade sem qualquer restrição.

Nesse novo modelo, as medidas cautelares devem observar os critérios de necessidade e adequação previstos no art. 282 do Código de Processo Penal, sendo aplicadas de acordo com a gravidade do fato, as circunstâncias do caso e as condições pessoais do investigado ou acusado.

O art. 319, V, prevê o “recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos”.

A medida apresenta característica peculiar. Diferentemente do simples comparecimento periódico em juízo, por exemplo, ela não apenas estabelece uma obrigação processual de comparecer perante a autoridade judicial. Tampouco se limita a restringir determinado comportamento específico. Seu conteúdo consiste na imposição de permanência física em determinado espaço durante períodos previamente estabelecidos.

Wagner Luiz Lioi Modesto diferencia as medidas cautelares que restringem direitos daquelas que efetivamente comprometem a liberdade do indivíduo, inserindo o recolhimento domiciliar, a internação provisória e o monitoramento eletrônico entre as modalidades que produzem restrição mais intensa da liberdade (MODESTO, 2017).

A distinção é fundamental para a análise da detração.

Não se pretende sustentar que toda e qualquer medida cautelar pessoal diversa da prisão deva automaticamente gerar desconto na pena. A questão deve ser examinada a partir da intensidade da intervenção estatal sobre a liberdade.

O recolhimento domiciliar noturno, nesse aspecto, apresenta característica objetiva: durante determinado período, o indivíduo deixa de possuir liberdade plena para decidir onde permanecer e como utilizar seu tempo. Sua circulação é limitada por determinação judicial e seu descumprimento pode produzir consequências processuais, inclusive a substituição da medida por prisão preventiva, quando presentes os requisitos legais.

A medida, portanto, embora não equivalha integralmente à prisão, produz restrição concreta à liberdade de locomoção.

É precisamente essa dimensão material que assumiu relevância na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

4 A divergência jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça

A questão da detração do recolhimento domiciliar noturno foi objeto de interpretações distintas no Superior Tribunal de Justiça.

Inicialmente, a Quinta Turma adotava entendimento segundo o qual não seria possível descontar da pena o período de cumprimento das medidas cautelares diversas da prisão. No julgamento do HC Nº 380.370/DF, em 7 de março de 2017, prevaleceu a compreensão de que o recolhimento domiciliar noturno e o comparecimento periódico em juízo não se confundiriam com prisão provisória, ainda que representassem algum grau de restrição à liberdade.

Posteriormente, contudo, a Quinta Turma modificou seu entendimento. No julgamento do HC Nº 380.369/DF, em 19 de setembro de 2017, passou a admitir a detração do período de recolhimento domiciliar noturno.

A alteração fundamentou-se especialmente na constatação de que a medida comprometia o *status libertatis* do acusado. A decisão relacionou a possibilidade de detração aos princípios da proporcionalidade e do *non bis in idem*.

A orientação foi posteriormente reafirmada no HC Nº 466.586/RS, julgado em 2018, no qual a Quinta Turma reconheceu novamente que o recolhimento domiciliar noturno, por comprometer a liberdade do indivíduo, deveria ser considerado para fins de detração.

A Sexta Turma, entretanto, apresentou inicialmente orientação diversa. No HC Nº 402.628/DF, a decisão partiu de interpretação literal do art. 42 do Código Penal, destacando

que o dispositivo não previa expressamente o desconto do tempo de cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão.

A divergência demonstrava que duas concepções interpretativas estavam em disputa.

De um lado, uma interpretação formal, fundada na literalidade do art. 42 do Código Penal e na distinção jurídica entre prisão provisória e medidas cautelares diversas da prisão.

De outro, uma interpretação material, que considerava os efeitos concretos da medida sobre a liberdade e buscava compatibilizar o instituto da detração com os princípios da proporcionalidade e do *non bis in idem*.

A controvérsia foi finalmente enfrentada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC Nº 455.097/PR, em 14 de abril de 2021.

Nesse julgamento, a Corte reconheceu que o recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga produz restrição efetiva à liberdade e admitiu o cômputo do período para fins de detração.

A decisão tornou-se marco fundamental para a posterior consolidação do entendimento em sede de recurso repetitivo.

5 O Tema 1155 do Superior Tribunal de Justiça

A multiplicidade de decisões e a divergência existente no próprio Superior Tribunal de Justiça demonstravam a necessidade de uniformização da interpretação do art. 42 do Código Penal diante do novo sistema cautelar.

O Tema Repetitivo nº 1155 foi instaurado justamente para enfrentar essa controvérsia.

O problema submetido à Corte não consistia apenas em verificar se determinada medida estava ou não formalmente prevista no art. 42 do Código Penal. A questão central envolvia a possibilidade de interpretar o dispositivo de maneira compatível com a transformação do sistema cautelar brasileiro e com os princípios constitucionais que limitam o poder punitivo.

A tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade de detração do período de recolhimento obrigatório noturno e nos dias de folga, com ou sem monitoramento eletrônico, mediante interpretação extensiva e *in bonam partem* do art. 42 do Código Penal.

O entendimento possui três elementos fundamentais.

Primeiro, reconhece-se que o art. 42 não constitui rol taxativo quanto às hipóteses de restrição da liberdade juridicamente relevantes para fins de detração.

Segundo, admite-se interpretação extensiva e favorável ao réu, afastando-se a compreensão de que somente a prisão provisória poderia produzir efeitos para fins de desconto.

Terceiro, estabelece-se que o monitoramento eletrônico não constitui requisito indispensável para o reconhecimento da detração.

A ausência de monitoramento não descaracteriza a restrição imposta pela decisão judicial. A obrigação de permanecer no domicílio durante determinado período decorre da própria ordem judicial e produz limitação objetiva à liberdade de locomoção.

Outro aspecto relevante da tese diz respeito à forma de cálculo. Conforme a orientação consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça, devem ser somadas as horas de recolhimento domiciliar e convertidas em dias, sendo considerado um dia de pena para cada período de 24 horas. As frações inferiores a 24 horas, ao final do cálculo, são desprezadas.

A adoção de critério objetivo é importante para conferir previsibilidade à aplicação do precedente e evitar que a detração fique submetida a avaliações subjetivas acerca da intensidade da restrição.

6 A interpretação extensiva e *in bonam partem* do art. 42 do Código Penal

O aspecto dogmaticamente mais relevante do Tema 1155 reside na técnica interpretativa utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça.

O art. 42 do Código Penal estabelece expressamente que o tempo de prisão provisória e de internação deve ser computado na pena. A questão consistia em saber se a expressão “prisão provisória” poderia alcançar, para fins favoráveis ao acusado, medida cautelar formalmente distinta da prisão, mas materialmente restritiva da liberdade.

O Superior Tribunal de Justiça respondeu afirmativamente.

A interpretação extensiva não se confunde com analogia. Na interpretação extensiva, o intérprete identifica o sentido da norma a partir de seu conteúdo e finalidade, reconhecendo que a formulação linguística não exprimiu integralmente seu alcance jurídico.

No caso da detração, essa técnica mostra-se particularmente adequada porque o instituto possui natureza favorável ao acusado.

Rodrigo Duque Estrada Roig ressalta que a disciplina da detração deve ser interpretada de forma extensiva e ampliativa dos direitos do condenado (ROIG, 2021). A posição encontra correspondência na compreensão de Pierpaolo Cruz Bottini, para quem o fundamento da detração reside na equidade e na vedação à dupla punição, o que autoriza considerar intervenções estatais relevantes sobre os direitos fundamentais (BOTTINI, 2013).

A solução adotada pelo STJ também pode ser compreendida a partir do garantismo penal de Luigi Ferrajoli. O princípio da legalidade, em sua dimensão garantista, possui função primordial de contenção do poder punitivo. A interpretação favorável ao indivíduo, quando destinada a impedir excesso estatal, não amplia o poder de punir; ao contrário, limita-o.

Nesse sentido, a interpretação *in bonam partem* do art. 42 não cria nova hipótese de punição nem agrava a situação jurídica do acusado. Seu resultado é precisamente o inverso: reconhece juridicamente uma restrição de liberdade já efetivamente suportada e determina que ela seja considerada na execução da pena.

A técnica hermenêutica adotada no Tema 1155, portanto, não representa abandono do princípio da legalidade. Constitui, antes, uma leitura da legalidade penal em sua função garantidora, compatível com o modelo constitucional de contenção do *jus puniendi*.

7 A proporcionalidade e o *non bis in idem* como fundamentos da detração

A compreensão do Tema 1155 exige também considerar os princípios da proporcionalidade e do *non bis in idem*.

A proporcionalidade exerce função fundamental no controle da intervenção estatal sobre a liberdade. No âmbito penal, impede que a resposta estatal ultrapasse os limites necessários à realização das finalidades constitucionalmente legítimas da sanção.

Quando o indivíduo permanece submetido durante determinado período ao recolhimento obrigatório noturno e nos dias de folga e, posteriormente, é condenado a pena privativa de liberdade sem que aquele período seja considerado, produz-se uma assimetria entre a restrição anteriormente suportada e a resposta penal definitiva.

A detração funciona, nesse contexto, como mecanismo de compensação.

Não se afirma que a medida cautelar possua natureza jurídica de pena. Sua natureza permanece cautelar. O que se reconhece é que seus efeitos sobre a liberdade são concretos e, por isso, não podem ser juridicamente ignorados quando o Estado passa a executar uma pena.

Aury Lopes Jr. chama atenção para a necessidade de impedir que as medidas cautelares assumam funções de antecipação da pena. A cautelaridade somente se legitima quando vinculada à necessidade de proteção do processo, não podendo converter-se em instrumento de punição antecipada (LOPES JR., 2022).

Nesse ponto, a detração desempenha função corretiva: não transforma a cautelar em pena, mas impede que a restrição cautelar seja completamente desconsiderada para fins de cumprimento da sanção definitiva.

O princípio do *non bis in idem*, por sua vez, impede que o Estado imponha duplicidade de consequências punitivas em razão do mesmo fato.

Sua incidência não exige necessariamente duas condenações formais. Também é possível identificar uma dimensão material, relacionada à proibição de submeter o indivíduo a carga punitiva superior àquela juridicamente legitimada.

Se a liberdade foi concretamente restringida durante o processo e, posteriormente, a pena é integralmente executada sem consideração do período de restrição, o sistema pode produzir uma duplicação material do sacrifício imposto ao indivíduo.

É nesse sentido que a detração se apresenta como instrumento de racionalização do poder punitivo.

8 O Tema 1155 à luz do Garantismo Penal

A solução adotada pelo Superior Tribunal de Justiça pode ser analisada sob a perspectiva do garantismo penal desenvolvido por Luigi Ferrajoli.

Na teoria garantista, a legitimidade da intervenção penal está diretamente relacionada à existência de limites jurídicos ao poder estatal. A pena não constitui manifestação ilimitada da soberania, mas instrumento submetido a condições e garantias destinadas a proteger o indivíduo contra o arbítrio.

A questão da detração insere-se nesse problema porque envolve justamente a mensuração da intervenção estatal sobre a liberdade.

Se o sistema reconhece que determinado indivíduo esteve submetido a uma limitação concreta de sua liberdade e, posteriormente, ignora completamente esse período, cria-se uma zona de intervenção estatal sem correspondente consideração na resposta penal definitiva.

A decisão do STJ procura reduzir essa assimetria.

Também há aproximação com a perspectiva de Aury Lopes Jr., para quem o processo penal deve ser compreendido a partir de sua dupla dimensão: instrumento de realização da pretensão punitiva e, simultaneamente, mecanismo de contenção do poder estatal.

A cautelar não pode ser compreendida exclusivamente sob a perspectiva de sua utilidade para a persecução penal. Deve-se considerar igualmente a carga de restrição de direitos que produz sobre o imputado.

Essa preocupação também dialoga com a criminologia crítica de Salo de Carvalho, especialmente no que concerne à expansão das formas de controle penal e à necessidade de identificar mecanismos que, embora não assumam formalmente natureza de pena, produzem efeitos concretos de controle e restrição.

Nesse sentido, o Tema 1155 pode ser compreendido como mecanismo de contenção dessa expansão: quanto maior a utilização de instrumentos de controle cautelar, maior deve ser a preocupação com os efeitos jurídicos produzidos por essas intervenções.

9 O monitoramento eletrônico e a irrelevância de sua ausência para a detração

Um dos aspectos de maior relevância prática da tese firmada no Tema 1155 consiste no reconhecimento de que o monitoramento eletrônico não constitui requisito indispensável para o reconhecimento da detração.

O ponto merece atenção porque poderia parecer, à primeira vista, que a ausência de fiscalização eletrônica reduziria a intensidade da restrição.

Entretanto, essa compreensão não se sustenta.

O núcleo da medida cautelar prevista no art. 319, V, está na obrigação de recolhimento. O monitoramento eletrônico constitui mecanismo adicional de fiscalização do cumprimento da ordem judicial, não sendo ele que cria a obrigação de permanecer em casa.

A restrição decorre da própria determinação judicial.

A exigência de monitoramento como condição para a detração poderia produzir situação paradoxal: dois indivíduos submetidos à mesma obrigação judicial de recolhimento seriam tratados de maneira distinta apenas porque o Estado decidiu instalar ou não equipamento eletrônico em seus corpos.

A ausência de fiscalização eletrônica, portanto, não elimina a restrição jurídica imposta.

Ao afastar esse requisito, o STJ prestigia também a isonomia, impedindo que uma deficiência administrativa ou estrutural do Estado repercuta negativamente sobre o direito do acusado à compensação do período de restrição.

10 Os limites da Tese e a necessidade de aperfeiçoamento legislativo

Embora o Tema 1155 represente importante avanço na disciplina da detração penal, sua abrangência permanece delimitada.

A tese alcança especificamente o recolhimento obrigatório noturno e nos dias de folga, com ou sem monitoramento eletrônico. Não se estabeleceu, a partir dela, uma regra geral segundo a qual toda medida cautelar pessoal diversa da prisão produziria automaticamente direito à detração.

Essa delimitação é compreensível.

As medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal possuem conteúdos e intensidades distintos. O comparecimento periódico em juízo, por exemplo, não produz a mesma restrição da liberdade que o recolhimento domiciliar. Do mesmo modo, a proibição de contato com determinada pessoa possui conteúdo distinto da limitação diária da liberdade ambulatorial.

Por essa razão, uma extensão indiscriminada da tese poderia desconsiderar as diferenças materiais existentes entre as medidas.

O critério que emerge do Tema 1155 é, portanto, predominantemente material: deve-se verificar se a medida produz efetiva restrição da liberdade e se essa restrição pode ser objetivamente mensurada.

Ainda assim, permanece evidente a existência de lacuna legislativa.

A Lei nº 12.403/2011 alterou significativamente o regime das cautelares, mas não modificou o art. 42 do Código Penal para disciplinar expressamente os efeitos das novas modalidades de restrição.

O resultado foi a transferência para a jurisprudência de uma questão que possui relevantes consequências sobre a liberdade individual.

A solução jurisprudencial é importante, mas não elimina a necessidade de intervenção legislativa. O ideal seria que o legislador estabelecesse critérios objetivos para o cômputo das diferentes modalidades de restrição cautelar, definindo quais medidas podem produzir detração e quais parâmetros devem orientar seu cálculo.

Uma disciplina legal mais abrangente contribuiria para a segurança jurídica, reduziria a possibilidade de decisões divergentes e fortaleceria a previsibilidade do sistema de execução penal.

11 Considerações finais

A análise desenvolvida permite concluir que a discussão acerca da detração penal do recolhimento obrigatório noturno e nos dias de folga ultrapassa a dimensão meramente técnica de interpretação do art. 42 do Código Penal.

A controvérsia surgiu como consequência direta da transformação do sistema cautelar brasileiro promovida pela Lei nº 12.403/2011. Ao criar medidas intermediárias entre a liberdade plena e a prisão, o legislador reconheceu que a intervenção estatal sobre a liberdade pode ocorrer em diferentes graus. Entretanto, não promoveu a correspondente atualização do regime jurídico da detração.

O Tema Repetitivo nº 1155 constitui resposta jurisprudencial a essa insuficiência normativa.

Ao admitir a detração do período de recolhimento obrigatório noturno e nos dias de folga, com ou sem monitoramento eletrônico, o Superior Tribunal de Justiça afastou uma leitura exclusivamente literal do art. 42 do Código Penal e adotou interpretação extensiva e *in bonam partem*.

A importância dessa orientação reside, sobretudo, no reconhecimento de que a classificação formal da medida não pode ocultar seus efeitos materiais sobre a liberdade.

O recolhimento noturno não equivale integralmente à prisão, mas também não corresponde à liberdade plena. Trata-se de modalidade intermediária de restrição do *status libertatis*. É precisamente essa posição intermediária que justifica a necessidade de tratamento jurídico adequado do período de cumprimento da medida.

A detração, nesse contexto, não transforma a medida cautelar em pena. Seu propósito é evitar que o tempo de restrição da liberdade seja integralmente desconsiderado quando da execução da sanção definitiva.

A interpretação adotada pelo STJ encontra fundamento nos princípios da proporcionalidade e do *non bis in idem*, na medida em que impede que o Estado imponha uma carga de restrição à liberdade que, posteriormente, seja completamente ignorada para fins de cumprimento da pena.

O precedente também se harmoniza com uma concepção garantista do direito penal, na qual a função da interpretação jurídica não pode ser dissociada da necessidade de contenção do poder punitivo.

Todavia, a solução do Tema 1155 não encerra a discussão. Sua delimitação ao recolhimento noturno e nos dias de folga deixa em aberto a situação de outras medidas cautelares que podem produzir restrições relevantes à liberdade.

Nesse ponto, a pesquisa evidencia a necessidade de que o legislador brasileiro atualize o regime da detração penal, adequando o art. 42 do Código Penal à realidade cautelar inaugurada pela Lei nº 12.403/2011.

Em síntese, o Tema 1155 representa importante avanço na construção de um sistema penal mais coerente com a Constituição de 1988. Sua contribuição fundamental está em reconhecer que a liberdade não pode ser compreendida apenas em termos binários — prisão ou liberdade —, mas também a partir dos diferentes graus de restrição impostos pelo Estado.

A detração do recolhimento obrigatório noturno e nos dias de folga, portanto, constitui mecanismo de compensação destinado a impedir que uma parcela concreta da

liberdade já restringida pelo Estado seja simplesmente apagada da história jurídico-penal do indivíduo.

Mais do que uma questão de cálculo da pena, trata-se de reconhecer que, em um Estado Democrático de Direito, o exercício do poder punitivo deve ser mensurado não apenas pelo resultado formal da condenação, mas também pela totalidade das restrições de direitos efetivamente impostas ao indivíduo ao longo da persecução penal.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudio do Prado. *Prisão, liberdade e medidas cautelares no processo penal*. São Paulo: JH Mizuno, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Presunção de inocência: conteúdo, limites e consequências*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas cautelares penais: novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. *Revista Eletrônica de Direito Penal*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2013.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Brasília, DF: Presidência da República.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Brasília, DF: Presidência da República.

BRASIL. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 380.369/DF*. Quinta Turma. Relator Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 19 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 380.370/DF*. Quinta Turma. Relator Ministro Felix Fischer. Brasília, 7 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 402.628/DF*. Sexta Turma. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 21 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 455.097/PR*. Terceira Seção. Relatora Ministra Laurita Vaz. Brasília, 14 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 466.586/RS*. Quinta Turma. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 27 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Tema Repetitivo nº 1155*. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas cautelares e prisão processual: comentários à Lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (coord.). *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022.

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

MODESTO, Wagner Luiz Lioi. Detração penal e medidas cautelares diversas da prisão: possibilidade de aplicação. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 13, n. 75, p. 116-131, dez./jan. 2017.

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

SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1, t. 2.