



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1977135 - SC (2021/0392180-5)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK  
RECORRENTE : ANA KARLA BATISTA  
ADVOGADO : MARCOS PAULO POETA DOS SANTOS E OUTRO(S) -  
SC032364  
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

### EMENTA

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. PRECARIIDADE. 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: "*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*".

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 basilar da 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.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, retomado o julgamento, após o voto-vista regimental do Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik (Relator), dando provimento ao recurso especial, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial para que o período de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga obrigatório da recorrente seja detraído da pena que lhe foi imposta e delimitou as teses jurídicas nos seguintes termos: 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*; 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; 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, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Laurita Vaz, Rogerio Schietti Cruz, Ribeiro Dantas e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não compunha a Seção no início do julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília, 23 de novembro de 2022.

JOEL ILAN PACIORNIK  
Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2021/0392180-5

**PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.977.135 / SC**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0007838-26.2018.8.24.0064/SC 5049422-09.2021.8.24.0023/SC  
5049422-09.2021.8.24.0023/TJSC 50494220920218240023  
5049422092021824002350586720320208240023 50494922620218240023  
5058672-03.2020.8.24.0023/SC 50586720320208240023 78382620188240064

PAUTA: 10/08/2022

JULGADO: 10/08/2022

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : ANA KARLA BATISTA  
ADVOGADO : MARCOS PAULO POETA DOS SANTOS E OUTRO(S) - SC032364  
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal e de Medidas Alternativas - Pena Privativa de Liberdade

**SUSTENTAÇÃO ORAL**

O Dr. Fernando da Silva Comin (Procurador-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina) sustentou oralmente pela parte Recorrida: Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho (Subprocuradora-Geral da República) sustentou oralmente pelo Ministério Público Federal.

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após as sustentações orais do Ministério Público do Estado de Santa Catarina e do Ministério Público Federal, pediu vista regimental o Sr. Ministro Relator.

Aguardam os Srs. Ministros Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Ribeiro Dantas e Antonio Saldanha Palheiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1977135 - SC (2021/0392180-5)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK  
RECORRENTE : ANA KARLA BATISTA  
ADVOGADO : MARCOS PAULO POETA DOS SANTOS E OUTRO(S) -  
SC032364  
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

### EMENTA

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. PRECARIIDADE. 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: "*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*".

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 basilar da 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.

## RELATÓRIO

Cuida-se de recurso especial interposto por ANA KARLA BATISTA com fundamento no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal – CF, contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA em julgamento de agravo em execução penal n. 5049492-26.2021.8.24.0023/SC.

Consta dos autos que o MM. Juiz da Vara de Execuções Penais da Comarca da Capital, nos autos da execução penal n. 5058672-03.2020.824.0023, procedeu ao cômputo de medida cautelar diversa da prisão para fins de detração da pena de ANA KARLA BATISTA (fl. 62).

O *parquet* estadual interpôs agravo em execução perante o Tribunal de Justiça, pretendendo que fosse desconsiderado o período de detração. A Corte Estadual deu provimento ao recurso nos termos do acórdão assim ementado:

**"AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA MINISTERIAL CONTRA DECISÃO QUE DEFERIU A DETRAÇÃO. UTILIZAÇÃO DO PERÍODO EM QUE A EXECUTADA CUMPRIU MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDAS CAUTELARES DE RECOLHIMENTO DOMICILIAR COM MONITORAMENTO ELETRÔNICO QUE NÃO SE**



**CONFUNDE COM PRISÃO PROVISÓRIA. HIPÓTESE NÃO CONTEMPLADA PELO ARTIGO 42 DO CÓDIGO PENAL. DECISÃO MODIFICADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO." (fl. 61)**

Em sede de recurso especial (fls. 73/82), a defesa apontou, além de divergência jurisprudencial, violação aos arts. 42, do Código Penal, e artigo 319, do Código de Processo Penal. Isso porque, atualmente, o STF já pacificou o posicionamento de que o recolhimento domiciliar noturno pode configurar o instituto da detração penal, eis que implica, efetivamente, restrição à sua liberdade.

Ressaltou que, embora não exista previsão legal para a detração no que tange às medidas cautelares alternativas à prisão, é possível sua aplicação analógica em homenagem ao princípio da proporcionalidade e ao princípio do *non bis in idem*.

Pugnou, assim, pela reforma do acórdão recorrido para que a decisão a *quo* seja mantida a fim de reconhecer o período em que a recorrente cumpriu medidas cautelares diversas da prisão como pena cumprida (período compreendido entre 14/12/2018 a 19/3/2019 - Eventos 119 e 169 dos autos n. 0007838-26.2018.8.24.006).

Contrarrazões apresentadas às fls. 100/109.

Admitido o recurso no TJ (fls. 124/129), os autos foram protocolados e distribuídos nesta Corte.

O Ministro Presidente da Comissão Gestora de Precedentes qualificou o presente recurso para a adoção do rito estabelecido pelos arts. 256 ao 256-D do Regimento Interno do STJ – RISTJ (fls. 151/153).

Aberta vista ao MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF, este opinou favoravelmente à qualificação deste recurso como representativo da controvérsia e a adoção do rito estabelecido pelos arts. 256 ao 256-D do Regimento Interno do STJ, assim como a recorrente (fl. 155/157 e 159/164).

O recurso foi admitido como representativo de controvérsia, sendo afetado à Terceira Seção, conforme dispõe o art. 256-E, II, do RISTJ.

É o relatório.

### **VOTO**

O recurso especial em epígrafe preenche os pressupostos de admissibilidade e, considerada a relevância das matérias, estando devidamente preenchidos os requisitos legais para o processamento sob a sistemática dos repetitivos, o processo foi afetado por esta Terceira Seção.

### **DAS CONTROVÉRSIAS**

1. Definir se o período em que o apenado cumpriu medida cautelar de recolhimento noturno deve ser computado para fins de detração da pena;

2. Definir se há necessidade de fiscalização eletrônica para que o tempo de cumprimento de medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno seja computado para fins de detração.

Importa esclarecer que as questões deduzidas no presente recurso se encontram, atualmente: a primeira, pacificada; a segunda, ainda controvertida, no âmbito desta Corte.

Fazendo uma digressão a respeito dos temas, faço constar que no julgamento do HC 380.370/DF, este Tribunal entendeu pelo não cabimento da detração do tempo em que o réu esteve submetido a medidas cautelares pessoais alternativas (recolhimento domiciliar noturno e obrigação de comparecimento periódico em juízo), porque, por expressa previsão legal, não se confundiriam com a prisão provisória. Cito o precedente:

**EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. DETRAÇÃO. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO. COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO. IMPOSSIBILIDADE. EQUIVALÊNCIA MATERIAL COM A PRISÃO DOMICILIAR. INOCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. VIA INADEQUADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

*I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem, de ofício.*

***II - Não cabe a detração do tempo em que o paciente esteve submetido a medidas cautelares pessoais alternativas, no caso, ao recolhimento domiciliar noturno e à obrigação de comparecimento periódico em juízo, que, por expressa previsão legal, não se confundem com a prisão provisória, a despeito de representarem, sempre, algum grau de restrição à liberdade do acautelado.***

*III - Havendo a instância a quo concluído que não haveria equivalência material, no caso, entre o instituto do recolhimento domiciliar noturno e a prisão domiciliar substitutiva da preventiva, não é possível a reforma desse juízo de fato, na via estreita, de cognição sumária, do writ. Habeas corpus não conhecido.*

(HC 380.370/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 21/3/2017).

Ainda no mesmo ano, no julgamento do HC 380.369/DF, o Ministro Ribeiro Dantas reforçou o entendimento acima externado, no entanto, salientou que, dentre as medidas cautelares, o período de recolhimento noturno, por comprometer o *status libertatis* do acusado, deveria ser reconhecido como período detraído, em homenagem ao princípio da proporcionalidade e em apreço ao princípio do *non bis in idem*. Confira-se a ementa do julgado:

**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.**

**1. Inexiste previsão legal para o cômputo do período de cumprimento de medidas cautelares alternativas à prisão (art. 319, CPP) para fins de detração da pena, cujas hipóteses estão elencadas no artigo 42, do CP. Entretanto, o período de recolhimento noturno, por comprometer o status libertatis do acusado, deve ser reconhecido como período detraído, em homenagem ao princípio da proporcionalidade e em apreço ao princípio do non bis in idem.**

**2. Habeas corpus não conhecido, mas concedido de ofício para restabelecer a decisão do Juízo da Vara de Execuções Penais do DF, que deferiu o pedido apresentado pela defesa do paciente para que o período de cumprimento da medida cautelar de recolhimento noturno fosse computado para fins de detração da pena.**

(HC 380.369/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 27/9/2017).

Esta Corte seguiu com esses posicionamentos, em sua maioria, afirmando ser possível a detração em casos de recolhimento domiciliar noturno, todavia, por vezes, também negou essa possibilidade. A título exemplificativo, cito os seguintes arestos:

**EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. DETRAÇÃO. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.**

**1. A legislação de regência não prevê a detração para as medidas cautelares diversas da prisão.**

**2. No caso, diante da ausência de previsão legal e por não consistir o recolhimento domiciliar noturno em efetivo comprometimento do direito de locomoção do acusado, como ocorre nas hipóteses legais, não é possível a detração do período em que o paciente esteve sujeito à medida cautelar em apreço.**

**3. Ordem denegada.**

(HC 402.628/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 4/10/2017).

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DA DECISÃO QUE NÃO CONHECEU DO HABEAS CORPUS. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. FIXAÇÃO. DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. DETRAÇÃO. PERÍODO. MEDIDA CAUTELAR. RECOLHIMENTO NOTURNO. POSSIBILIDADE. CONSEQUÊNCIA. REAPRECIÇÃO. REGIME INICIAL. ANÁLISE. TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

I - O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos.

II - O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

III - In casu, não merece amparo a alegação defensiva quanto à ilegitimidade da fixação do regime mais gravoso para início de cumprimento da reprimenda, quanto mais ao se observar aquilo que aduz o art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, quando aventa, para a concessão do regime semiaberto, a necessidade da ausência de reincidência, a condenação por um período que não exceda a 8 (oito) anos e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

IV - Não obstante alegue a defesa ser o paciente primário e a quantidade da pena aplicada seja de 5 (cinco) anos de reclusão, denota-se que existem 3 (três) circunstâncias judiciais desfavoráveis, não havendo que se falar em mácula quando da imposição do regime mais gravoso.

V - **Na esteira do atual entendimento desta Turma, o período em que o apenado cumpriu medida cautelar de recolhimento noturno deve ser computado para fins de detração da pena.**

VI - Tendo em vista a alteração da situação jurídica do paciente, advinda do reconhecimento da detração, deve o Juízo natural reapreciar a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, com a dedução do período detraído. Agravo regimental parcialmente provido.

(AgRg no HC 447.385/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 22/10/2018).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. DETRAÇÃO DA PENA E RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como

substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

**2. Embora inexista previsão legal, o recolhimento domiciliar noturno, por comprometer o status libertatis da pessoa humana, deve ser reconhecido como pena efetivamente cumprida para fins de detração da pena, em homenagem ao princípio da proporcionalidade e em apreço ao princípio do non bis in idem. Precedentes.**

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para permitir a detração da pena correspondente ao período em que o paciente cumpriu medida cautelar diversa da prisão, consistente no recolhimento domiciliar noturno.

(HC 466.586/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 10/12/2018).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DETRAÇÃO DO PERÍODO DE CUMPRIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA À PRISÃO DE RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

**1. "Embora inexista previsão legal, o recolhimento domiciliar noturno, por comprometer o status libertatis da pessoa humana, deve ser reconhecido como pena efetivamente cumprida para fins de detração da pena, em homenagem ao princípio da proporcionalidade e em apreço ao princípio do non bis in idem. Precedentes" (HC 496.049/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 20/5/2019).**

2. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no HC 508.191/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, DJe 3/9/2019).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO. DETRAÇÃO PENAL.

**1. A despeito da inexistência de previsão legal para a detração penal na hipótese de submissão do sentenciado a medidas cautelares diversas da prisão, o período de recolhimento domiciliar noturno, por comprometer o status libertatis, deve ser detraído da pena em observância aos princípios da proporcionalidade e do non bis in idem.**

2. Agravo regimental provido.

(AgRg no HC 565.899/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, DJe 12/11/2020).

EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS.

**DETRAÇÃO DO PERÍODO DE CUMPRIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA À PRISÃO. RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NO ÂMBITO DA QUINTA TURMA DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.**

*1. Preambularmente, impende registrar que o artigo 34, inciso XX, do RISTJ, atribui ao Relator a competência para "decidir o habeas corpus quando for inadmissível, prejudicado ou quando a decisão impugnada se conformar com tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência dominante acerca do tema ou as confrontar".*

*2. Consolidou-se nesta Superior Corte de Justiça entendimento no sentido de que a interposição do agravo regimental torna superada a alegação de afronta aos princípios do juiz natural e da colegialidade e torna prejudicados eventuais vícios relacionados ao julgamento monocrático, tendo em vista que, com o agravo, devolve-se ao órgão colegiado competente a apreciação do mérito da ação, do recurso ou do incidente, não se configurando qualquer prejuízo à parte. Precedentes.*

**3. Quanto ao aspecto meritório, consolidou-se na Quinta Turma deste Tribunal entendimento no sentido de que, a despeito da inexistência de previsão legal para a detração penal na hipótese de submissão do sentenciado a medidas cautelares diversas da prisão, o período de recolhimento domiciliar noturno, por comprometer o status libertatis, deve ser detraído da pena, em observância aos princípios da proporcionalidade e do non bis in idem.**

**4. Agravo regimental não provido.**

(AgRg nos EDcl no HC 626.870/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 7/12/2020).

No final do ano de 2020, no julgamento do AgRg no HC 515.444/DF, a Ministra Laurita Vaz fez constar em sua ementa mais um elemento para o reconhecimento do direito, o monitoramento eletrônico, consignando a impossibilidade de detração do tempo de submissão ao recolhimento domiciliar noturno, sem monitoração eletrônica, por falta de previsão legal e por não comprometer o direito de locomoção do réu. Cito:

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO (SEM MONITORAÇÃO ELETRÔNICA). DETRAÇÃO. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES DA SEXTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO DESPROVIDO.**

**1. Não é possível a detração, na pena privativa de liberdade, do tempo em que o Acusado foi submetido a medida cautelar diversa da prisão**

**(recolhimento domiciliar noturno, sem monitoração eletrônica), em razão da ausência de previsão legal e por não consistir a medida em efetivo comprometimento do direito de locomoção do Réu. Precedentes.**

**2. "Em consonância com a orientação jurisprudencial desta Corte, o período de cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão, como, por exemplo, o recolhimento domiciliar noturno, não deve ser computado para fins de detração penal." (AgRg no HC n. 562.045/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/05/2020, DJe 18/05/2020).**

**3. Agravo desprovido.**

**(AgRg no HC 515.444/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 18/12/2020).**

Esse entendimento foi consolidado em meados de 2021 por esta Terceira Seção, nos autos do HC n. 455.097/PR.

Na ocasião, a relatora, Ministra Laurita Vaz, ao fazer alusão e parametrizar os casos de cumprimento de pena em regime semiaberto, em que compatibilizadas as prisões preventivas, concluiu que a diferenciação de tratamento entre os institutos não se justificaria e que o período de recolhimento domiciliar noturno fiscalizado por monitoramento eletrônico, deveria ser detraído, porque o rol do art. 42 do Código Penal seria *numerus apertus*. Nesse sentido, concedeu a ordem de *habeas corpus*, salientando, ainda, o princípio da humanidade na execução penal, bem como o excesso de execução.

O Ministro Rogério Schietti Cruz, por sua vez, em seu suntuoso voto-vista, discordou do posicionamento, aos seguintes argumentos:

1) falta de previsão legal: *"uma vez que o art. 42 do CP, ao prever apenas o cômputo de prisão provisória e não o de recolhimento noturno para fins de detração penal, não deixa o intérprete a possibilidade de abater medida cautelar pessoal diversa da prisão provisória, salvo se houver restrição, por período integral, à liberdade de ir e vir" (...)* *"não seria hipótese de utilizarmos analogia in bonam partem - cujo pressuposto irrefutável é a igualdade de situações (ubi idem ratio ibi idem dispositio) - porquanto ausente a plena similitude entre a prisão cautelar e a medida alternativa de recolhimento domiciliar noturno;*

2) impossibilidade lógica de atribuir o mesmo valor, para fins de detração penal, à medida cautelar diversa da prisão e à prisão preventiva: *"o legislador, claramente, coloca o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga como menos gravoso que a prisão preventiva." (...)* *"o recolhimento domiciliar noturno não se confunde nem mesmo com a prisão domiciliar." (...)* *"O uso de idêntica detração para restrições a direitos fundamentais tão díspares seria uma injustiça a quem se recolheu*

*em prisão domiciliar e, mais ainda, a quem cumpriu prisão preventiva; seria, sob outra angulação, um prêmio indevido a quem sofreu limitação muito menos severa à sua liberdade durante o processo" e;*

3) impossibilidade de fixação do regime de pena do acusado durante o processo: *"para ser possível o cabimento da detração, o recolhimento noturno e nos dias de folga teria que ser compatível com qualquer forma de cumprimento de reprimenda. Recolhimento domiciliar noturno, por uma fração de tempo ou mesmo em dias de folga, assemelha-se muito mais a eventual pena restritiva de direitos do que a sanção privativa de liberdade".*

O em. ministro propôs, caso o voto da relatora prevalecesse, a fixação de parâmetros objetivos e proporcionais para o cômputo da detração: *"a) adoção da proporção de 3 dias da medida cautelar (recolhimento apenas noturno) para descontar 1 dia de pena; ou b) 2 dias da medida cautelar para descontar 1 dia de pena, nos dias de recolhimento integral (dias não úteis)".*

Ocorre que, na sequência, a Ministra Laurita Vaz ratificou seu voto por entender que não haveria violação ao princípio da legalidade, afirmando, ainda, *"que impedir a detração, no caso, importaria ao apenado excesso de execução".* Por último, concluiu que a soma das horas de recolhimento domiciliar a que o paciente foi submetido deveriam ser convertidas em dias para contagem da detração e, remanescendo período menor que 24 horas, esse deveria ser desconsiderado.

Assim, a Terceira Seção, por unanimidade, concedeu a ordem para que o período de recolhimento domiciliar, em horas, a que o paciente foi submetido (fiscalizado, no caso, por monitoramento eletrônico) fosse convertido em dias, para contagem da detração da pena, nos termos do voto da relatora.

Veja-se a ementa do julgado:

**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. MEDIDA CAUTELAR QUE SE ASSEMELHA AO CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. UBI EADEM RATIO, IBI EADEM LEGIS DISPOSITIO. HIPÓTESES DO ART. 42 DO CÓDIGO PENAL QUE NÃO SÃO NUMERUS CLAUSUS. PARECER MINISTERIAL ACOLHIDO. ORDEM**



## DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. A detração é prevista 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, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referido no artigo anterior".

2. **Interpretar a legislação que regula a detração de forma que favoreça o Sentenciado harmoniza-se com o Princípio da Humanidade, que impõe ao Juiz da Execução Penal a especial percepção da pessoa presa como sujeito de direitos. Doutrina.**

3. No clássico *Direito e Razão*, Ferrajoli esclareceu a dupla função preventiva do Direito Penal. De um lado, há a finalidade de prevenção geral dos delitos, decorrente das exigências de segurança e defesa social. De outro, o Direito Penal visa também a prevenir penas arbitrárias ou desmedidas. Essas duas funções são conexas e legitimam o Direito Penal como instrumento concreto para a tutela dos direitos fundamentais, ao definir concomitantemente dois limites que devem minimizar uma dupla violência: a prática de delitos é antijurídica, mas também o é a punição excessiva.

4. **O óbice à detração do tempo de recolhimento noturno e aos finais de semana determinado com fundamento no art. 319 do Código de Processo Penal sujeita o Apenado a excesso de execução, em razão da limitação objetiva à liberdade concretizada pela referida medida diversa do cárcere.**

5. **A medida diversa da prisão que impede o Acautelado de sair de casa após o anoitecer e em dias não úteis assemelha-se ao cumprimento de pena em regime prisional semiaberto. Se nesta última hipótese não se diverge que a restrição da liberdade decorre notadamente da circunstância de o Agente ser obrigado a recolher-se, igual premissa deve permitir a detração do tempo de aplicação daquela limitação cautelar. Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio: onde existe a mesma razão fundamental, aplica-se a mesma regra jurídica.**

6. O Superior Tribunal de Justiça, nos casos em que há a configuração dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, admite que a condenação em regime semiaberto produza efeitos antes do trânsito em julgado da sentença (prisão preventiva compatibilizada com o regime carcerário do título prisional). Nessa perspectiva, mostra-se incoerente impedir que a medida cautelar que pressuponha a saída do Paciente de casa apenas para laborar, e durante o dia, seja descontada da reprimenda.

7. Conforme ponderou em seu voto-vogal o eminente Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, o réu submetido a recolhimento noturno domiciliar e dias não úteis - ainda que se encontre em situação mais confortável em relação àqueles a quem se impõe o retorno ao estabelecimento prisional -, "não é mais senhor da sua vontade", por não dispor da mesma autodeterminação de uma pessoa integralmente livre. Assim, em razão da

evidente restrição ao status libertatis nesses casos, deve haver a detração.

**8. Conjuntura que impõe o reconhecimento de que as hipóteses do art. 42 do Código Penal não consubstanciam rol taxativo.**

9. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça deliberou que a soma das horas de recolhimento domiciliar a que o Paciente foi submetido 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. 10. Parecer ministerial acolhido. Ordem de habeas corpus concedida, para que o período de recolhimento domiciliar a que o Paciente foi submetido (fiscalizado, no caso, por monitoramento eletrônico) seja detraído da pena do Paciente, nos termos do presente julgamento.

(HC 455.097/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 7/6/2021).

Note-se que a presente hipótese diferencia-se da examinada no referido *leading case* por se tratar de pedido de detração de período em que a recorrente cumpriu medida cautelar de recolhimento noturno sem fiscalização eletrônica. Ocorre que, ainda em 2021, a Sexta Turma, sob a mesma relatoria da Ministra Laurita, houve por bem uniformizar a jurisprudência desta Corte para perfilhar do entendimento da Quinta Turma de que a medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno, ainda que não cumulada com a fiscalização eletrônica, implicaria privação da liberdade e justificaria a detração. Segue a ementa:

**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.**

1. A detração é prevista 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, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referido no artigo anterior".

2. Nos autos do HC n. 455.097/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ (DJe de 04/06/2021), a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o período de recolhimento domiciliar fiscalizado por monitoramento eletrônico deve ser detraído, porque o rol do art. 42 do Código Penal é *numerus apertus*.

3. A presente hipótese diferencia-se da examinada no referido *leading case* por tratar-se de pedido de detração de período em que a Recorrente cumpriu medida

cautelar de recolhimento noturno sem fiscalização eletrônica.

4. **Todavia, independentemente do uso da tornozeleira, o óbice à detração do tempo em que o constrito permaneceu compulsoriamente recolhido em seu domicílio sujeita o Apenado a excesso de execução, em razão da limitação objetiva à liberdade concretizada pela referida medida diversa do cárcere.**

5. **Incide na hipótese a mesma ratio decidendi adotada pela Terceira Seção no julgamento do HC n. 455.097/PR, no sentido de que o réu submetido a recolhimento domiciliar mandatório - a despeito do fato de encontrar-se em situação mais confortável em relação àqueles a quem se impõe o retorno ao estabelecimento prisional - está submetido a evidente restrição ao seu status libertatis, ao não mais dispor da mesma autodeterminação de uma pessoa integralmente livre.**

6. **Assim, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça deve uniformizar a jurisprudência e perfilhar do entendimento da Quinta Turma, de que a medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno, ainda que não cumulada com a fiscalização eletrônica, implica privação da liberdade que justifica a detração.**

7. **Em conformidade ainda com o que foi decidido no HC n. 455.097/STJ pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, o tempo a ser computado como pena cumprida, para fins de detração penal, limita-se aos intervalos nos quais o constrito foi obrigado a recolher-se. Os períodos em que lhe foi permitido sair, ou em que se encontrava voluntariamente em casa, não devem ser descontados.**

8. **A soma das horas de recolhimento domiciliar a que o Réu foi submetido 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.**

9. **Parecer ministerial acolhido. Recurso ordinário parcialmente provido para que o período de recolhimento domiciliar obrigatório seja detraído da pena da Recorrente, nos moldes acima delineados.**

(RHC 140.214/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 24/6/2021).

Após esse julgamento, seguiu-se nesta Corte essa orientação, no entanto, ora pontuando a necessidade do uso do monitoramento eletrônico, ora não fazendo essa exigência. Confirmam-se os seguintes precedentes representativos dessa oscilação jurisprudencial:

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. DETRAÇÃO. PERÍODO DE RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.**

**1. A Terceira Seção concluiu pela concessão da**

**ordem para que o período de recolhimento domiciliar, em horas, a que o Paciente foi submetido (fiscalizado, no caso, por monitoramento eletrônico) seja convertido em dias, para contagem da detração da pena.**

2. Na hipótese de se decidir pela possibilidade de emprego do tempo de cumprimento da medida alternativa de recolhimento noturno e dos dias de folga, para fins de detração, alcançou-se a seguinte distinção: a) adoção da proporção de 3 dias da medida cautelar (recolhimento apenas noturno) para descontar 1 dia de pena; ou b) 2 dias da medida cautelar para descontar 1 dia de pena, nos dias de recolhimento integral (dias não úteis). 3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 668.298/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 24/6/2021).

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. DETRAÇÃO. PERÍODO DE RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO. CÔMPUTO EM HORAS. CONVERSÃO EM DIAS. RECURSO NÃO PROVIDO.**

1. Na espécie, alega o agravante que é inconstitucional, detrair-se o tempo de restrição da liberdade de uma pessoa, em horas, por expressa vedação legal, ofendendo-se o princípio da legalidade.

2. **Ocorre que a Terceira Seção desta Superior Corte de Justiça decidiu que o período de recolhimento domiciliar, em horas, a que o Paciente foi submetido (fiscalizado, no caso, por monitoramento eletrônico) seja convertido em dias, para contagem da detração da pena (HC 455.097/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/04/2021, DJe 07/06/2021) - grifei**

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 675.630/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 16/8/2021).

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. ART. 42 DO CÓDIGO PENAL. RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO (SEM MONITORAÇÃO ELETRÔNICA). DETRAÇÃO. CABIMENTO. PRECEDENTE: RHC 140.214/SC, REL. MINISTRA LAURITA VAZ (SEXTA TURMA, DJe 24/06/2021) AGRAVO DESPROVIDO.**

1. **Consoante reiterados precedentes da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, o período de recolhimento domiciliar noturno imposto como medida cautelar diversa da prisão deve ser reconhecido como pena efetivamente cumprida para fins de detração por constituir restrição à liberdade de locomoção. Referido colegiado não diferencia o fato de ter havido, ou não, monitoração eletrônica.**

2. A orientação da Sexta Turma foi firmada em sentido contrário, em razão da falta de previsão expressa do art. 42 do Código Penal (HC 402.628/DF, Rel. Ministra

MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 21/09/2017, DJe 04/10/2017). Inclusive, no julgamento do AgRg no HC 515.444/DF, de minha relatoria, a Sexta Turma, em 15/12/2020, reafirmou a orientação de que o período de cumprimento de medida cautelar diversa da prisão de recolhimento domiciliar noturno, sem o uso de tornozeleira eletrônica, por não consistir em efetivo comprometimento do direito de locomoção do acusado, não possibilita a detração.

3. A detração está prevista no art. 42 do Código Penal, segundo o qual se considera, "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 referido no artigo anterior".

4. A aplicação de medida diversa da prisão que impede o Acautelado de sair de casa no período noturno (como a imposta no caso, em que o Agravado permaneceu, durante o período acima, compulsoriamente em sua residência entre 21h e 7h) baseia-se em premissa que se assemelha ao cumprimento da pena em regime prisional semiaberto - hipótese na qual não se diverge que a restrição da liberdade do Reeducando decorre notadamente da circunstância de ser obrigado a recolher-se.

5. Sob essa perspectiva, afirmo que a diferenciação de tratamento não se justifica. Se o Superior Tribunal de Justiça, nos casos em que há a configuração dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, admite que a condenação em regime semiaberto produza efeitos antes do trânsito em julgado da sentença (prisão preventiva compatibilizada com o regime carcerário do título prisional), mostra-se incoerente impedir que a medida cautelar aplicada na espécie - que pressupõe a saída do Réu de casa apenas durante o dia - seja descontada da reprimenda. Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio: onde existe a mesma razão fundamental, aplica-se a mesma regra jurídica.

6. A orientação sedimentada na Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça é a de que as hipóteses do art. 42 do Código Penal não são *numerus clausus* e que, por isso, não ocorre, no caso, ofensa ao postulado da legalidade.

7. Nos autos do HC n. 455.097/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o período de recolhimento domiciliar fiscalizado por monitoramento eletrônico deve ser detraído, porque o rol do art. 42 do Código Penal é *numerus apertus*. É certo que a presente hipótese diferencia-se da examinada no referido *leading case* por tratar-se de pedido de detração de período em que o Paciente cumpriu medida cautelar de recolhimento noturno sem fiscalização eletrônica.

8. Todavia, independentemente do uso da tornozeleira, o óbice à detração do tempo de recolhimento domiciliar obrigatório sujeita o Apenado a excesso de

execução, em razão da limitação objetiva à liberdade concretizada pela referida medida diversa do cárcere. 9. Dessa forma, incide na hipótese a mesma ratio decidendi adotada pela Terceira Seção no julgamento do HC n. 455.097/PR, no sentido de que o réu submetido a recolhimento domiciliar compulsório - a despeito do fato de encontrar-se em situação mais confortável em relação àqueles a quem se impõe o retorno ao estabelecimento prisional - está submetido a evidente restrição ao seu status libertatis, ao não mais dispor da mesma autodeterminação de uma pessoa integralmente livre.

10. No julgamento do HC n. 455.097/STJ, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça fixou os critérios que devem ser adotados para esse desconto, considerando que o tempo a ser computado como pena cumprida, para fins de detração penal, limita-se aos intervalos em que o constrito permaneceu obrigatoriamente recolhido em seu domicílio. Os períodos em que lhe foi permitido sair, ou em que se encontrava voluntariamente em casa, não devem ser descontados.

11. Com efeito, é correta a conclusão de que o tempo a ser computado como pena cumprida, para fins de detração penal, limita-se aos intervalos em que o constrito permaneceu compulsoriamente recolhido em seu domicílio. Ou seja, os períodos em que lhe foi permitido sair, ou em que se encontrava voluntariamente em casa, não devem ser descontados.

12. Ademais, em conformidade ainda com o que foi decidido no HC n. 455.097/STJ pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, a soma das horas de recolhimento domiciliar a que o Réu foi submetido devem ser convertidas em dias para contagem da detração da pena. E se no cômputo total remanescer período menor que vinte e quatro horas, esse tempo deverá ser desconsiderado, em atenção à regra do art. 11 do Código Penal, segundo a qual devem ser desprezadas, nas penas privativas de liberdade e nas restritivas de direitos, as frações de dia.

13. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 652.810/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 24/9/2021).

**AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. DETRAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DA PRISÃO. RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO. POSSIBILIDADE. COMPROMETIMENTO DO STATUS LIBERTATIS DO CONDENADO. ATENDIMENTO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DO NE BIS IN IDEM. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE (HC N. 455.097/PR).**

1. O agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar aqueles que alicerçaram a decisão agravada, razão pela qual deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

2. **Reafirmo que recentemente a Terceira Seção desta Corte pacificou o entendimento no sentido de**

**que o período em que o réu esteve submetido à medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno, fiscalizado por monitoramento eletrônico, deve ser computado para fins de detração.**

3. *Agravo regimental improvido.*

(AgRg no HC 631.989/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 30/9/2021).

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO (SEM MONITORAÇÃO ELETRÔNICA). DETRAÇÃO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. INVIABILIDADE DO ACOLHIMENTO DA PRETENSÃO TRAZIDA. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO ACERCA DO CUMPRIMENTO DAS MEDIDAS CAUTELARES. RÉU FORAGIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.**

1. **A orientação jurisprudencial da egrégia Terceira Seção desta Corte Superior segundo a qual o período de cumprimento da medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno, inclusive aos fins de semana e feriados e com monitoramento eletrônico, deveria ser computado para fins de detração penal, por representar limitação efetiva ao direito de locomoção assemelhada ao cumprimento de pena em regime semiaberto (HC 455.097/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 7/6/2021).**

2. Não há nos autos informação acerca do cumprimento de medidas cautelares pelo ora paciente, o que inviabiliza o acolhimento da pretensão defensiva. Em decisão foi proferida em 21/8/2019 e em informações prestadas ao Tribunal a quo em 3/3/2021, o Juízo da Execução destacou novamente que o reeducando "não realizou nenhum comparecimento em Juízo, encontrandose, portanto, foragido".

3. *Agravo regimental desprovido.*

(AgRg no RHC 152.424/AL, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, DJe 3/11/2021).

Destarte, diante da relevância dos temas, o primeiro já bastante discutido no âmbito da Terceira Seção e o segundo ainda controvertido entre as Turmas que a compõem, trago à reflexão as matérias, sugerindo o assentamento dos posicionamentos de forma conjunta.

## **DA DETRAÇÃO**

Nos termos do Art. 42 do Código Penal:

**"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."*

O art. 387 do Código de Processo Penal, da mesma maneira, faz referência à detração penal, em seu §2º :

***"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."***

A elucubração a respeito do abatimento na pena definitiva do tempo de cumprimento da medida cautelar prevista no art. 319, VII, do CPP - recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga - surge da ausência de previsão legal, uma vez que a modificação dada pela Lei n. 12.403/2011 ao Código de Processo Penal, embora tenha trazido profundas alterações no sistema de cautelares, não solucionou a questão.

É necessário, portanto, elucidar o tratamento dado ao instituto pela doutrina, além de ponderar em que termos a medida cautelar em análise se assemelha à constrição de liberdade dada pelo juízo condenatório a ponto de implicar no desconto da pena definitiva, valendo-se, é claro, da analogia e dos princípios existentes no nosso ordenamento jurídico.

A critério elucidativo, trago arguto estudo doutrinário a respeito do tema.

De plano, depreende-se embate entre os juristas quanto à possibilidade do direito.

Há aqueles que não admitem a detração do período de cumprimento da medida cautelar do art. 319, V, do CPP, diversa da prisão, ao argumento da ausência de previsão legal. Nesse sentido, aduzem que a prisão a ser computada na detração é a prisão processual, oriunda de flagrante delito, prisão temporária ou prisão preventiva, ou do período em que o condenado esteve internado em virtude de medida de segurança.

Por outro lado, existem os que concordam com essa possibilidade, mas apenas quando a pena definitiva é idêntica à medida cautelar, a título exemplificativo, elucida Nucci: *"Quanto à possibilidade de detração, manifestamo-nos em outras de nossas obras, pela possibilidade de se utilizar a medida cautelar alternativa para tal efeito se e somente se a pena aplicada for idêntica à cautelar experimentada pelo acusado"* (NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios constitucionais penais e processuais penais. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 110).

Já quando a pena aplicada é mais gravosa do que a medida cautelar imposta,



identifica-se nova divergência doutrinária.

Para NUCCI, *"não se pode compensar com a pena privativa de liberdade, aplicada na sentença, toda e qualquer medida cautelar alternativa, pois seria despropositado. Imagine-se a imposição de não se ausentar da Comarca sem autorização judicial, perdurando por dois anos (durante o trâmite do processo), a ser descontada da pena de dois anos de reclusão (...)"* (NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal. Parte Geral. Vol. 1. Rio de Janeiro. Forense, 2017, p. 704).

Eugênio Pacelli de Oliveira defende a detração para a hipótese específica do recolhimento noturno e nos dias de folga:

*"E, sem dúvidas, as medidas acima indicadas representam significativa restrição à liberdade de quem a elas se submeta, justificando que o período que as tenha suportado o sentenciado no curso da persecução seja descontado da pena que lhe seja aplicada.*

***Naturalmente, o tempo de compensação ou de abatimento da pena poderá ser objeto de inevitáveis debates, no que toca especificamente ao recolhimento noturno, no qual somente se restrinja a liberdade parcialmente. Como quer que seja a conta final, o caso será de detração, ainda que em percentuais proporcionais."***

(OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Manual de direito penal. parte geral. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 471).

Para Magalhães: *"Para os casos em que o réu for submetido, por exemplo, à prisão domiciliar ou monitoramento eletrônico durante a instrução, a lei não prevê desconto na pena final, o que parece injusto"* (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 234/235).

Por importância à investigação da hipótese científica, cito pesquisa de direito comparado realizada na obra Liberdade e Medidas Cautelares Pessoais Diversas da Prisão (CURY, Rogério; SUCASAS, Willey coord; FRANCISCO Mariana Beda,org. - 1. ed. - São Paulo: Rideel, 2020. p. 174/176).

Segundo os pesquisadores envolvidos, vários ordenamentos jurídicos possuem previsão expressa do direito:

***(...) "no âmbito internacional, a matéria recebe tratamento diferenciado, sendo certo que determinados ordenamentos jurídicos possuem previsão expressa quanto à possibilidade. A legislação espanhola, por exemplo, estabelece que as medidas cautelares de privação de direitos serão computadas no cumprimento da***

pena imposta. (...)

Aliás, a legislação espanhola prevê que caso a medida cautelar e a pena imposta sejam de naturezas distintas, deverá o julgador considerar executada a pena imposta na parte em que possa considerar compensada.

**Em Portugal, por sua vez, existe expressa previsão do desconto total do tempo de pena de prisão, caso o acusado tenha, no curso do processo, sofrido detenção, prisão preventiva ou obrigação de permanência na habitação, conforme o art. 80 do Código Penal português:**

(...)

Como se observa, para além de prever a detração aos casos de privação cautelar de liberdade em estabelecimento prisional, o ordenamento jurídico lusitano expressamente admite nos casos de recolhimento/prisão domiciliar cautelar.

**Na Itália, os ideais da detração penal foram incorporados ao Código Penal, prevendo a equivalência legal entre a prisão processual e a prisão penal. Assim, o art. 137 do diploma legal estabelece que "la custodia cautelare é considerata, agli effetti della detrazione, come reclusione od arresto". E nessa toada, o Código de Processo Penal italiano traz expressa previsão acerca da prisão domiciliar, no sentido de que o acusado posto nesta condição é considerado, para todos os efeitos, em estado de custódia cautelar. O art. 284, item 5, do diploma processual prevê que "l'imputato agli arresti domiciliari si considera in stato di custodia cautelare".**

**A detenção, a prisão preventiva e a obrigação de permanência na habitação, sofridas pelo arguido no processo em que vier a ser condenado, são descontadas por inteiro no cumprimento da pena de prisão que lhe for aplicada."**

Com sagacidade, Pacelli conceitua o instituto da detração nos seguintes termos: **"Detrair significa abater, sendo a detração do art. 42, do CP, portanto, o abatimento, na pena definitiva em condenação, do tempo de restrição à liberdade suportado por razões cautelares pelo já então apenado"**

Segundo o autor:

*Trata-se de uma forma de compensar a gravidade das restrições à liberdade de cunho cautelar, descontando-se o tempo que o réu as teve de suportar quando da aplicação de sua pena (...)*

**O cuidado em dizer de restrição à liberdade justifica-se porque a prisão provisória já não é a única cautelar que implica efetiva constrição ao direito de ir e vir daqueles submetidos à persecução penal."**

(Manual de direito penal: parte geral/Eugênio Pacelli, André Callegari. - 3. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2017. fl. 471).

Nesse sentido, sustenta que a medida cautelar de repouso noturno e nos dias de folga representa significativa restrição à liberdade de quem a ela se submete, justificando que o período em que o sentenciado a suportou no curso da persecução seja descontado da pena que lhe seja aplicada.

Desta feita, não obstante se observe na seara doutrinária algum conflito de interpretações, identifica-se majoritária tendência ao acolhimento da tese.

Feito esse registro, ressalta-se que a questão deve ser interpretada de forma teleológica e sistemática.

Nesse rumo intelectual, observa-se que a medida cautelar em testilha está assim parametrizada pelo art. 319, V, do CPP:

*Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#).*

***V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; [\(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#).***

Nessa conformidade, o recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga estabelece que o investigado deverá permanecer recolhido em seu domicílio durante a noite e nos dias de folga, desde que possua residência e trabalho fixos. Essa medida não se confunde com a prisão domiciliar, mas atinge diretamente a liberdade de locomoção do investigado, ainda que de forma parcial e/ou momentânea, impondo-lhe a obrigação de permanência no local em que reside.

Não há dúvidas de que a determinação de recolhimento domiciliar noturno compromete o *status libertatis* do acusado, constituindo uma inexorável privação à genuína liberdade.

Nesta Corte, o amadurecimento da controvérsia partiu da interpretação dada ao art. 42 do Código Penal. Concluiu-se que o dispositivo não era *numerus clausus* e, em uma interpretação 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*.

A referida construção jurisprudencial restou embasada no comprometimento da liberdade do acusado, partindo da lógica de que o instituto da detração visa evitar o cumprimento repetido da pena.

Não é demais lembrar que a detração penal dá efetividade ao princípio basilar da 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.

Por tudo isso e, em adesão aos entendimentos majoritários da doutrina e da jurisprudência desta Corte, tem-se que 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.

## **DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO**

O monitoramento é medida de vigilância, que afeta os direitos fundamentais, destacadamente a intangibilidade corporal do acusado, como o direito à saúde física.

É possível sua aplicação isolada ou cumulativamente com outra medida. Neste último caso, vigia-se o cumprimento da proibição de acesso ou frequência a determinados lugares (art. 319, II), da proibição de ausentar-se da comarca (art. 319, IV), do recolhimento noturno (art. 319, V), ou mesmo da proibição de ausentar-se do país (art. 320) e da própria prisão domiciliar (art. 318).

A tese trazida à lume é a da 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.

Não se conhece debates doutrinários consistentes e metodológicos sobre o assunto, mas dúvida não há quanto à exigência de monitoramento eletrônico representar um *plus* significativo em desfavor do acusado.

Sabe-se que a medida cautelar é pouco utilizada no país, seja por conta do alto custo ou, ainda, em razão de dúvidas quanto à efetividade da medida. Além disso, mais de 80% dos casos não se destinam à substituição da prisão, mas sim ao controle e à vigilância de pessoas já condenadas a penas de prisão e que passaram a ser monitoradas durante as saídas temporárias ou na transferência para a prisão domiciliar.

Segundo a professora Cristina Maria Zackseski, estudiosa do assunto, *"desde 2011 há possibilidade de monitoração entre as medidas de cautelares diversas da prisão, mas o percentual de utilização para esta finalidade em 2015 era de apenas 8,42%"* (Possibilidades e limites do uso da monitoração eletrônica como estratégia de redução das prisões provisórias no Brasil, Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 160. ano 27. p. 363-387. São Paulo: Ed. RT, outubro 2019).

Com o mesmo viés ideológico:

*"Com base nos dados de 2017, tem-se que aproximadamente 75% das pessoas monitoradas cumpriam pena por algum crime (backdoor) e cerca de*

*20% cumpriam medidas cautelares alternativas à prisão (front-door), como indivíduos sem condenação que aguardavam julgamento, ou sujeitos a medidas protetivas de urgência, como as previstas no âmbito da Lei Maria da Penha, ou seja, em que pese a recém-instituída política de alternativas penais, o aumento do número de pessoas submetidas a ME não significa que a tecnologia está sendo utilizada como medida desencarceradora, pois os indicadores de backdoor são basicamente os mesmos que aqueles verificados em 2015."*

(Rodrigues, Ellen; Alves, Eduardo Khoury; Silva, Otávio Lacerda de Paula; Pádua, Marcella Capaz Rodrigues. Monitoramento eletrônico de pessoas no Brasil à luz da Criminologia e do Direito Comparado. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 168. ano 28. p. 185-223. São Paulo: Ed. RT, junho 2020, fl. 200).

A medida cautelar em exame tem custo médio mensal de R\$ 167,00 (cento e sessenta e sete reais) a R\$ 660,00 (seiscentos e sessenta reais) por pessoa monitorada, sendo a média de aproximadamente R\$ 301,25 (trezentos e um reais e vinte e cinco centavos). E, de acordo com o DEPEN, esse custo se refere apenas ao serviço prestado pela empresa contratada. Outro aspecto importante, já dito, é o fato de que o ME prevalece em fases de execução da pena, caso em que a tecnologia pode implicar em acréscimo e não redução dos gastos (ibidem, p. 218).

Especificamente relacionado às penas restritivas de direitos, o estudo concluiu que a concessão de tais medidas estaria vinculada apenas ao cumprimento dos requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, **não podendo estar atrelada à submissão do indivíduo ao uso do ME, pois violaria os direitos do condenado.**

Por todo o esboço de raciocínio, levando em conta a precária utilização da medida cautelar e, a partir da consideração de 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, não podendo o investigado não monitorado receber tratamento não isonômico em relação àqueles que cumpriram a mesma medida de recolhimento noturno e nos dias de folga, mas monitorados.

Do ponto de vista da ministra Laurita Vaz *"se imporia ao preso um excesso de execução"*, conforme a dicção do art. 185, da Lei de Execução Penal: *"sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares"*.

A partir dessas considerações, permito-me filiar à 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, e mais ainda, tratamento não isonômico àqueles que cumprem a mesma medida de recolhimento noturno e nos dias de folga monitorados.

Passo assim à análise do caso concreto.

Compulsando os autos, verifica-se que a apelada foi presa em flagrante no dia 14/08/2018, em razão da prática do crime de tráfico de drogas, 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 recorrer a ser libertada, em **14 de dezembro de 2018**, para início de cumprimento das cautelares substitutivas.

Não consta ter havido monitoramento eletrônico.

A acusada 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*, entendendo que *"as medidas cautelares determinadas em substituição ao cárcere (recolhimento domiciliar noturno com monitoramento eletrônico), ainda que represente, de certa forma, restrição à liberdade, não ensejam o desconto da pena, na medida em que não se confundem elas com prisão"* (fl. 63). Por esse motivo, deu provimento ao agravo em execução para afastar do cômputo da pena o referido período.

Assim, o aresto hostilizado destoa da orientação desta Corte de que o período

de recolhimento noturno, por comprometer o *status libertatis* do acusado, deve ser reconhecido como período detraído, em homenagem ao princípio da proporcionalidade e em apreço ao *princípio do non bis in idem*, sendo o rol do art. 42 do Código Penal *numerus apertus*, ainda que não tenha havido monitoramento eletrônico da apenada.

Faço constar a conclusão de que o tempo a ser computado como pena cumprida, para fins de detração penal, limita-se aos intervalos em que a constricta permaneceu compulsoriamente em seu domicílio. Ou seja, aqueles em que lhe foi permitido sair ou se encontrava voluntariamente em casa, não devem ser descontados.

A soma das horas de recolhimento domiciliar a que a ré foi submetida devem ser convertidas em dias para contagem da detração da pena. E, se no cômputo total remanescer período menor que vinte e quatro horas, esse tempo deverá ser desconsiderado, em atenção à regra do art. 11 do Código Penal, segundo a qual devem ser desprezadas, nas penas privativas de liberdade e nas restritivas de direito, as frações de dia (HC n. 455.097/PR).

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso especial 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 acima delineados.**

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

**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.**

**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.**

**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.**

Por se tratar de recurso representativo da controvérsia, determino o envio de cópia do inteiro teor deste acórdão, após a devida publicação, à Presidência deste Superior Tribunal, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Territórios, bem como aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais,

para o cumprimento do disposto no art. 1.040 do Código de Processo Civil.



CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2021/0392180-5

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.977.135 / SC  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0007838-26.2018.8.24.0064/SC 5049422-09.2021.8.24.0023/SC  
5049422-09.2021.8.24.0023/TJSC 50494220920218240023  
5049422092021824002350586720320208240023 50494922620218240023  
5058672-03.2020.8.24.0023/SC 50586720320208240023 78382620188240064

PAUTA: 10/08/2022

JULGADO: 23/11/2022

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : ANA KARLA BATISTA  
ADVOGADO : MARCOS PAULO POETA DOS SANTOS E OUTRO(S) - SC032364  
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal e de Medidas Alternativas - Pena Privativa de Liberdade

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Retomado o julgamento, após o voto-vista regimental do Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik (Relator), dando provimento ao recurso especial, a Terceira Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial para que o período de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga obrigatório da recorrente seja detraído da pena que lhe foi imposta e delimitou as teses jurídicas nos seguintes termos: 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; 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; 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, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Laurita Vaz, Rogerio Schietti Cruz, Ribeiro Dantas e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não compunha a Seção no início do julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Olindo Maranhães (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região).

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2021/0392180-5

**PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.977.135 / SC**  
MATÉRIA CRIMINAL

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.