

## RÃ´mulo Moreira: Medidas cautelares pessoais e detraÃ§Ã£o penal

A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, e mantendo decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, determinou a diminuição do tempo de recolhimento domiciliar noturno da prisão corporal.



A decisão foi proferida na sessão do último dia 8 de

novembro, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.398.051, interposto pelo Ministério Público estadual; no recurso, o Ministério Público defendeu que *"a redução do tempo da pena era indevida, porque a legislação limita a possibilidade de detração ao tempo de prisão provisória e de internação para tratamento em hospital de custódia"*.

Inicialmente, em decisão monocrática, a relatora do processo, ministra Cármen Lúcia, negou seguimento ao recurso, por entender que a matéria enfrentada era de natureza infraconstitucional; contra essa decisão foi apresentado um agravo regimental, permitindo que a Turma se pronunciasse acerca da matéria.

No julgamento definitivo, a ministra Cármen Lúcia, apesar de votar pelo desprovisionamento do agravo — reafirmando seu entendimento anterior —, considerou *"coerente a interpretação dada pelo tribunal local à legislação"*, admitindo a aplicação da detração penal.

Ao acompanhar a relatora, o ministro Luís Roberto Barroso observou *"que o recolhimento domiciliar noturno corresponde a medida cautelar diversa da prisão que impõe ao acusado uma restrição concreta à sua liberdade de locomoção, circunstância que atrairia o benefício da detração"*.

Também votou no mesmo sentido da relatora o ministro Dias Toffoli, ressaltando apenas que *"nem todas as medidas cautelares diversas da prisão devem resultar em detração da pena, mas apenas as que resultam em severas restrições à liberdade de ir e vir"*. O ministro Luiz Fux acompanhou a relatora apenas no aspecto formal — pelo não conhecimento do recurso —, não adentrando o mérito da questão.

Único a divergir, o ministro Alexandre de Moraes afirmou — citando diversos precedentes do STF sobre a impossibilidade da detração de pena nesses casos, por falta de previsão legal — não ser *"razoável o abatimento de um dia de pena restritiva de liberdade pelo fato de o condenado ter dormido em casa"*.

Pois bem.

A decisão da Primeira Turma da Suprema Corte está correta, pois é o caso de aplicação, por analogia *in bonam partem*, do artigo 42 do Código Penal, segundo o qual "*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*".

É sabido que o recurso à analogia é sempre legítimo quando "*estendemos a um caso não previsto aquilo que o legislador previu para outro semelhante, em igualdade de razões. Se o sistema do Direito é um todo que obedece a certas finalidades fundamentais, é de se pressupor que, havendo identidade de razão jurídica, haja identidade de disposição nos casos análogos*" [1].

É de Tércio Sampaio Ferraz Jr. a seguinte lição: "*Via de regra, fala-se em analogia quando uma norma, estabelecida com e para uma determinada facti species, é aplicável a uma conduta para a qual não há norma, havendo entre ambos os supostos fáticos uma semelhança*" [2].

Ferrara já afirmava que a analogia "*aplica-se quando um caso não é contemplado por uma disposição de lei, presente uma lacuna, num caso não previsto, para o qual não existe uma vontade legislativa, e procura tirá-la de casos afins correspondentes, relacionando-se com casos em que o legislador não pensou, e vai descobrir uma nova norma inspirando-se na regulamentação de casos análogos*" [3].

Ademais, conforme Florian, "*onde a lei não dita mandatos ou proibições, pode-se permitir uma margem de liberdade ao juiz e às partes, ainda que sempre conforme aos fins do processo e aos princípios fundamentais que o regem*" [4].

Especificamente sobre a possibilidade da detração penal em caso de cumprimento anterior de medida cautelar pessoal, Pierpaolo Cruz Bottini, comentando o anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal — especialmente o capítulo dedicado às medidas cautelares pessoais —, afirma que "*a previsão de novas medidas cautelares, diferentes da prisão, apresenta situações inéditas sobre a detração. Pelo texto proposto, se no curso do processo for decretada uma cautelar de restrição de direitos, haverá detração se a pena final consistir em restrição de direitos equivalente. Assim, aplicada a cautelar de proibição de frequência a determinados lugares, haverá desconto no tempo da pena final se esta for da mesma espécie. Da mesma forma, se a cautelar aplicada for de recolhimento domiciliar, o tempo será descontado na hipótese de fixação do regime aberto na sentença. No entanto, não há previsão de detração aos casos em que a pena aplicada ao final do processo for mais grave que a cautelar aplicada. Imagine-se o caso em que houve a aplicação de cautelar de prisão domiciliar por dois anos, e a sentença condena o réu a cinco anos com regime inicial fechado. Nesse caso, não haverá detração alguma e o tempo passado com parcial restrição de liberdade será 'perdido' pelo réu. Aqui seria adequada ao menos de uma compensação, um desconto na pena de prazo ao menos proporcional à gravidade da cautelar aplicada*" [5].

Conclui-se, portanto, ser cabível a aplicação do artigo 42 do Código Penal (por analogia) quando o condenado já cumpriu uma medida cautelar pessoal diversa da prisão provisória.



- [1] REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 292.
- [2] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo: Atlas, 2ª. ed., 1994, p. 300.
- [3] FERRARA, Francesco. Interpretação e Aplicação das Leis. Coimbra: Arménio Amado — Editor, 1987, pp. 162 —163.
- [4] FLORIAN, Eugenio. Elementos de Derecho Procesal Penal. Barcelona: Bosch — Casa Editorial, 1933, pp. 41 e 42.
- [5] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-set-21/projeto-cpp-nao-desconta-pena-grave-medida-cautelar-cumprida>. Acesso em 20 de outubro de 2010.