

As medidas cautelares pessoais e a detração penal

Por Rômulo de Andrade Moreira ¹

Resumen: *La Primera Sala del Supremo Tribunal Federal, por mayoría de votos, y confirmando la decisión del Tribunal de Justicia de Santa Catarina, determinó la reducción del tiempo de retención domiciliar nocturna de la pena impuesta a un imputado condenado por lesiones corporales. La decisión fue dictada en la sesión del pasado 08 de noviembre, en la sentencia del Recurso Extraordinario n.º. 1398051, interpuesta por el Ministerio Público del Estado; en el recurso, el Ministerio Público defendió que “la reducción del período de la pena fue indebida, porque la legislación limita la posibilidad de detención al tiempo de la detención provisional y la hospitalización para el tratamiento en un hospital de custodia”.*

Palabras clave: Retención domiciliar nocturna – Recurso Extraordinario - Ministerio Público del Estado - Detención provisional.

A Primeira 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 pena imposta a um acusado condenado por lesão corporal.

A decisão foi proferida na sessão do último dia 08 de novembro, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º. 1398051, 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 desprovimento 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

¹ Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador – UNIFACS.

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 art. 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 tudo que obedece a certas finalidades fundamentais, é de se pressupor que, havendo identidade de razão jurídica, haja identidade de disposição nos casos análogos.*”²

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.*”³

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.”⁴

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.*”⁵

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*

² REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 292.

³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo: Atlas, 2ª. ed., 1994, p. 300.

⁴ FERRARA, Francesco. Interpretação e Aplicação das Leis. Coimbra: Arménio Amado - Editor, 1987, pp. 162 -163.

⁵ FLORIAN, Eugenio. Elementos de Derecho Procesal Penal. Barcelona: Bosch – Casa Editorial, 1933, pp. 41 e 42.

seria adequada ao menos de uma compensação, um desconto na pena de prazo ao menos proporcional à gravidade da cautelar aplicada.”⁶

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

⁶ 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.