



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

AUGUSTO LIMA MENDES

**DETRAÇÃO PENAL DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA
PRISÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM***

FORTALEZA

2023

AUGUSTO LIMA MENDES

DETRAÇÃO PENAL DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA
PRISÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda

FORTALEZA

2023

Dados Internacionais de Catalogação na
Publicação Universidade
Federal do Ceará
Sistema de Bibliotecas
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo autor

- M49d Mendes, Augusto Lima.
DETRAÇÃO PENAL DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA
PRISÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*. / Augusto Lima Mendes. – 2023.
74 f. : il. color.
- Trabalho de Conclusão de Curso (especialização) – Universidade Federal do Ceará, , Fortaleza,
2023. Orientação: Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda.
1. Detração penal. 2. Medidas Cautelares Pessoais. 3. *Ne bis in idem*. I. Título.
CDD
-

AUGUSTO LIMA MENDES

DETRAÇÃO PENAL DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA
PRISÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direto Penal.

Orientador: Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda

Aprovado em: 29/11/2023

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof^a. Me. Ana Paula Ferreira de Almeida Vieira
Ramalho
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus.

Aos meus pais, Eliano e Maria José.

A minha tia Ana de Paula.

AGRADECIMENTOS

À instituição Universidade Federal do Ceará, mormente a Faculdade de Direito, que me trouxe não só conhecimento técnico, mas também de vida.

Ao Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda, tanto pela orientação, como também bem pelas brilhantes aulas de direito penal e de criminologia, a primeira cursada devido à pandemia na modalidade EAD e a última de maneira presencial, em ambas, porém, não faltara a qualidade de um grande mestre.

Aos professores participantes da banca William Paiva Marques Júnior e Ana Paula Ferreira de Almeida Vieira Ramalho pelo tempo e contribuição.

A Deus, meu pilar para tudo.

Aos meus pais, Eliano de Paula Mendes e Maria José Lima Paula, que são meus verdadeiros heróis e guerreiros, sem os quais minha formação não seria possível.

A meu irmão, Gustavo Lima da Silva, que é meu grande amigo e conselheiro.

A minha tia Ana de Paula Mendes, a quem me acolheu em sua casa durante toda a faculdade, cuidando de mim como se fosse um filho.

A minha namorada Rafaela dos Santos Freire, a quem é peça fundamental para solução de meus problemas, aconselhando-me, orientando-me e consolando-me.

Aos meus amigos que a faculdade me deu, especialmente Basílio Sales, Igor Maciel, Gabriel Cavalcante, Gabriel Rodrigues, Gustavo Italo, Larissa Barbosa e Luan Gerson, que tornaram o ambiente da universidade mais leve, mormente com as inesquecíveis conversas no Restaurante Universitário, e me ajudaram na permanência na universidade.

Ao meu tio José Mendes e ao Dr. José Diógenes, os quais me ajudaram no decorrer da minha vida universitária.

Ao escritório de advocacia Luciana Madruga, onde fiz meu primeiro estágio, o qual me fez crescer em conhecimento jurídico.

Aos servidores da 5ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza, os quais muito me ajudaram em conhecimentos, conselhos e me fizeram amar o direito penal.

Aos projetos que participei na faculdade, principalmente ao Centro de Estudos em Direito Constitucional, Grupo de Estudos Dragão do Mar e Projeto de Iniciação acadêmica.

Quando um homem está sob a suspeita da comissão de um delito, já se encontra atirado às feras; *ad bestias*, como era dito antigamente dos condenados que a elas eram atirados como alimento. (CARNELUTTI, 2010, p. 70).

RESUMO

Investiga-se a possibilidade da detração penal das medidas cautelares pessoais diversas da prisão. A Lei nº 12.403 de 2011, não obstante criar novas cautelares no processo penal que podem restringir a liberdade individual, nada versou sobre a possibilidade de detrá-las. Busca-se, assim, inicialmente, entender o fenômeno da detração penal, o princípio do *ne bis in idem* que a fundamenta, bem como as referidas cautelares. Posteriormente, objetiva-se analisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tanto sobre a força normativa do princípio do *ne bis in idem* quanto o entendimento do referido tribunal sobre a possibilidade de detrair as cautelares referidas. O estudo desenvolve-se, desse modo, em parte por meio de pesquisa bibliográfica extensiva na literatura acadêmica nacional, bem como por meio de metodologia quantitativa e qualitativa de decisões do STJ. Sobre esta, vale dizer, foram analisados durante 5 (cinco) meses acórdãos desse tribunal sobre o *ne bis in idem*, bem como o tema repetitivo nº 1155, que versou sobre a possibilidade de detrair uma cautelar pessoal diversa da prisão específica. Verifica-se, nesse sentido, que as possibilidades de detração não são apenas as previstas no art. 42 do Código Penal e que as cautelares pessoais alternativas à prisão restringem a liberdade de ir e vir do agente. Ademais, constata-se que o Superior Tribunal de Justiça soluciona celeumas jurídicas com base no *ne bis in idem*, como também que o tribunal permite a detração da cautelar de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga, proibindo, todavia, esse fenômeno quanto as demais que possuem um grau menor de restrição na liberdade de locomoção. Conclui-se, desse modo, que o entendimento do STJ não é coerente, porquanto os mesmos fundamentos utilizados por ele para permitir a ocorrência dessa situação em parte, seriam os mesmos para permiti-la completamente. Outrossim, apesar da omissão legislativa, é possível identificar dentro do sistema jurídico pátrio embasamento forte para permitir a detração penal das mencionadas cautelares. Propõe-se, no entanto, a criação de uma lei para criar critérios mais proporcionais para permitir a detração, bem como, para suprir essa ausência, critérios gerais a serem uniformizados pelo Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Detração Penal. Medidas Cautelares Pessoais. *Ne Bis in Idem*.

ABSTRACT

The possibility of criminal detention of personal precautionary measures other than prison is investigated. Law n° 12.403 of 2011, despite creating new precautions in criminal proceedings that may restrict individual freedom, did not address the possibility of removing them. Therefore, we initially seek to understand the phenomenon of criminal detention, the principle of *ne bis in idem* that underlies it, as well as the aforementioned precautionary measures. Subsequently, the objective is to analyze the jurisprudence of the Superior Court of Justice both on the normative force of the principle of *ne bis in idem* and the understanding of the aforementioned court on the possibility of withdrawing the aforementioned precautionary measures. The study was developed, in part, through extensive bibliographical research in the national academic literature, as well as through quantitative and qualitative methodology of STJ decisions. Regarding this, it is worth mentioning that the court's rulings on *ne bis in idem* were analyzed for 5 (five) months, as well as repetitive topic n° 1155, which dealt with the possibility of withdrawing a personal precaution other than the specific prison. In this sense, it appears that the possibilities of detraction are not only those provided for in art. 42 of the Penal Code and that personal precautions alternative to prison restrict the agent's freedom to come and go. Furthermore, it appears that the Superior Court of Justice resolves legal disputes based on *ne bis in idem*, as well as that the court allows the withdrawal of the precautionary measure for home confinement at night and on days off, prohibiting, however, such phenomenon as the others who have a lesser degree of restriction on freedom of movement. It is concluded, therefore, that the STJ's understanding is not coherent, as the same grounds used by it to partially allow such a situation to occur would be the same to allow it completely. Furthermore, despite the legislative omission, it is possible to identify within the national legal system a strong basis to allow the criminal removal of the aforementioned precautionary measures. It is proposed, however, to create a law to create more proportional criteria to allow such detraction, as well as, to make up for this absence, general criteria to be standardized by the Superior Court of Justice.

Keywords: Detraction Criminal. Precautionary Measures Personal. Ne Bis in Idem.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1	Distribuição das medidas cautelares aplicadas nas audiências de custódia ..	44
Tabela 2	Aplicação do <i>ne bis in idem</i> no STJ entre 01/02/2023 a 01/07/2023	72

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART.	Artigo
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CP	Código de Processo Penal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	14
2	DETRAÇÃO PENAL	17
2.1	Fundamentos da detração penal	18
2.1.1	<i>Princípio do ne bis in idem</i>	18
2.2	Possibilidades legais da aplicação da detração penal	23
2.2.1	<i>Prisões provisórias</i>	24
2.2.2	<i>Prisão administrativa</i>	30
2.2.3	<i>Internação em casas de saúde</i>	31
2.3	Detração penal em processos distintos	32
3	MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL	36
3.1	Cautelares no processo penal e princípios que as regem	36
3.2	Características das cautelares no processo penal e classificação	40
3.3	Poder geral de cautela no processo penal	41
3.4	Medidas cautelares pessoais diversas da prisão	43
3.4.1	<i>Comparecimento periódico em juízo</i>	45
3.4.2	<i>Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares</i>	46
3.4.3	<i>Proibição de manter contato com pessoa determinada</i>	46
3.4.4	<i>Proibição de ausentar-se da comarca ou do país</i>	47
3.4.5	<i>Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos</i>	47
3.4.6	<i>Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira</i>	48
3.4.7	<i>Internação provisória em caso de inimputável ou semi-imputável</i>	48
3.4.8	<i>Fiança para assegurar o comparecimento do imputado a atos do processo</i>	49

3.4.9	<i>Monitoramento eletrônico</i>	50
4	DETRAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO	51
4.1	<i>Ne bis in idem</i> na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça	52
4.2	Possibilidade da detração das medidas cautelares diversas da prisão na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e análise crítica	55
4.3	Análise da possibilidade da detração das cautelares diversas da prisão à luz do princípio do <i>ne bis in idem</i>	60
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS	64
	REFERÊNCIAS	66
	APÊNDICE A - PESQUISA DOS ACÓRDÃOS DO STJ	72

1 INTRODUÇÃO

No Direito Penal contemporâneo, a liberdade sem uma condenação transitada em julgada é a regra, sendo qualquer limitação ao referida direito uma exceção. No Brasil, esse fato se depreende do inciso LVII¹ do art. 5º da Constituição Federal, que assegura a presunção de inocência, bem como do inciso LXI² do mesmo dispositivo legal, que expõe exceções à regra acima mencionada.

Em suma, antes de uma efetiva condenação, só pode existir recolhimento nas chamadas prisões cautelares: flagrante, preventiva e temporária.

Ocorre, todavia, que o sistema até pouco tempo era muito limitado - vale dizer, ainda é - para abarcar situações em que nem a liberdade deveria ser totalmente deferida antes da efetiva condenação, nem era hipótese de a limitar completamente.

Nesse sentido, foi promulgada em 4 de maio de 2011 a Lei nº 12.403 (BRASIL, 2011) que criou as medidas cautelares diversas da prisão - para além da fiança, urge dizer -, criando um meio termo na limitação da liberdade.

Não obstante o acerto da referida lei, criou-se com ela problemas com outros institutos do direito penal, os quais não foram observados pelo legislador e merecem ser compatibilizados.

Destaca-se a compatibilidade das referidas medidas com o instituto da detração penal previsto no art. 42 do Código Penal, porque, malgrado as cautelares mencionadas não sejam prisão, questiona-se se elas não limitam a liberdade do indivíduo.

Por sua vez, com a referida limitação poderia estar havendo violação ao princípio penal do *ne bis in idem*, havendo uma dupla restrição, durante o processo penal e no efetivo cumprimento de pena.

Nessa esteira, o objetivo deste trabalho é analisar a possibilidade jurídica da detração das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal Brasileiro, de forma individualizada à luz do *ne bis in idem*, mormente com base no entendimento pelo Superior Tribunal de Justiça.

¹ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (BRASIL, 1988)

² Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (BRASIL, 1988).

Toma-se como hipótese de que as medidas cautelares pessoais diversas da prisão devem ser detraídas, a fim de melhor respeitar o ordenamento pátrio, principalmente os princípios do direito penal.

Esse estudo é de suma importância, porquanto tenta preencher a lacuna criada pela Lei nº 12.403 de 2011, bem como busca dar maior ênfase na limitação imposta pelas cautelares diversas, a fim que possa garantir uma melhor compressão da liberdade como regra pela Constituição Federal de 1988.

No que concerne à metodologia, no presente trabalho se utiliza de pesquisa bibliográfica na revisão da literatura sobre os institutos da detração penal, das cautelares pessoais diversas da prisão, do princípio do *ne bis in idem*, sendo analisados livros, dissertações, teses, artigos científicos e pesquisas, utilizando-se das ferramentas Scielo, Google Acadêmico e Catálogo de Teses & Dissertações da Capes.

Ademais, há análise jurisprudencial, observou, durante o período de 5 (cinco) meses, 01/02/2023 a 01/07/2023, acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, a fim de buscar um melhor entendimento sobre o princípio do *ne bis in idem*, por meio da busca no site do referido tribunal, utilizando-se das palavras-chaves “ne bis in idem” e “penal”.

Ademais, observou-se o entendimento da referida corte sobre a possibilidade da detração penal das medidas cautelares, mormente ao analisar o tema 1155, em que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) fixou, por unanimidade, sob o rito dos recursos repetitivos, três teses sobre o reconhecimento do período de recolhimento obrigatório noturno e nos dias de folga para fins de detração de pena privativa de liberdade.

A pesquisa terá caráter majoritariamente, nesse sentido, exploratório e de natureza qualitativa e quantitativa, a fim de aprofundar a temática sobre a possibilidade da detração penal das medidas cautelares diversas da prisão.

No primeiro capítulo, aborda-se o fenômeno da detração penal, especialmente seu conceito, princípios que o rege, disposição legal e hipóteses de aplicação básica. Nesta parte, ainda, busca-se entender o princípio penal do *ne bis in idem*.

No segundo capítulo, retrata-se, a partir da doutrina brasileira, as medidas cautelares diversas da prisão, fundamentalmente seu conceito, princípios que as regem e as particularidades de cada medida.

No terceiro capítulo, examina-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o princípio de *ne bis in idem*, bem como analisa-se se o referido tribunal permite a detração das medidas cautelares pessoais diversas da prisão. Nesta parte, executa-se uma análise crítica sobre o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Por derradeiro, abordam-se os resultados e as conclusões do estudo, respondendo se é possível a detração das cautelares diversas da prisão.

2 DETRAÇÃO PENAL

A detração penal nem sempre foi prevista legalmente no ordenamento jurídico pátrio. No Código Criminal do Império não havia previsão, por exemplo. O referido instituto só veio a ser implementado no Brasil com o Decreto n. 774³ de 20 de setembro de 1890, e desde então permanece.

A regulação atual se dá pelo Código Penal, especificamente pelo seu art. 42, *in verbis*: “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” (BRASIL, 1940).

Dessa disposição legal é que surge o conceito do instituto. Nesse passo, detração penal é o cômputo na pena privativa de liberdade e na medida de segurança do tempo de prisão provisória ou administrativa e o de internação em hospital ou manicômio (JESUS, 2020, p. 663).

A corroborar com o exposto acima, insta transcrever o entendimento de Alexy Couto de Brito, que preleciona:

A detração penal é a consideração (desconto) do tempo de prisão provisória no tempo de cumprimento da pena definitiva. Note-se que não interessará qual a natureza da prisão provisória (flagrante, temporária, preventiva), deverá ser, obrigatoriamente, descontada a execução da pena definitiva, desde que tenha relacionamento com a causa julgada (BRITO, 2020, p. 161).

Não obstante tais definições sejam de grande ajuda, elas não conseguem abarcar o entendimento do instituto. De fato, um dos significados etimológicos⁴ da palavra *detrair* é “abater o crédito de”, todavia, as definições doutrinárias não conseguem abarcar – como a lei fria também não – quais situações serão abatidas da pena definitiva, a fim de trazer a completude do fenômeno.

Melhor do que apenas restringi-lo pelas hipóteses explícitas na lei, seria englobar todas as hipóteses a partir de seu escopo, o qual seria, como será aprofundado em sequência, a impossibilidade da existência de dupla restrição na liberdade do indivíduo, uma no curso do

³ Art. 3º A prisão preventiva será computada na execução da pena, sendo posto em liberdade o réu que, contado ou adicionado o tempo da mesma prisão, houver completado o da condenação (BRASIL, 1890).

⁴ Vide, Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa, “*detrair* abater o crédito de, difamar, depreciar, scancarar as portas, corromper os costumes *detrahir*. (CUNHA, 2010, p. 1163)”

processo e outra no cumprimento de pena, sem haja um abatimento entre elas, evitando, assim, excesso na punição estatal.

Desse modo, deve-se entender a detração penal como o cômputo, na pena final, de toda situação jurídico-penal ou processual que cerceou qualquer ato ou direito de liberdade do indivíduo durante o processo penal (SANCHES, 2020, p. 119).

2.1 Fundamentos da detração penal

A detração penal como todo instituto legal possui fundamentos, estes entendidos por causa ou motivo de algo, para existência (DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA, 2011, p. 5643). Por possuir uma disposição legal, pouco se tem estudado no direito pátrio por qual razão se adota o instituto.

De início, é clara a percepção de injustiça caso o referido a detração não existisse no direito penal, haja vista que se o réu já está sofrendo uma restrição em sua liberdade, v.g, prisão preventiva, esse tempo de recolhimento deveria ser utilizado, por óbvio, para abater sua pena definitiva, que será outra restrição de liberdade.

Por outro lado, é claro também que se pretende evitar excesso na punição estatal, porquanto se o próprio Estado coloca limite na punição ao fixar um parâmetro de pena para aqueles que cometem crimes, se ele permitisse uma espécie de sanção no decorrer do processo sem que houvesse uma compensação com a pena final, estaria cometendo um excesso punitivo para além do fixado por ele mesmo.

Nesse diapasão, a detração penal buscar impedir o excesso de execução, a fim de que o jurisdicionado, condenado criminalmente, cumpra uma pena justa, nos moldes assegurados pela Constituição Federal (SANCHES, 2020, p. 111).

Todavia, considerando que a detração penal significa um abatimento entre tempos de restrição à liberdade de um sujeito, ela evita uma dupla punição, tendo como fundamento primordial o princípio penal do *ne bis in idem*, que será a seguir analisado.

2.1.1 Princípio do *ne bis in idem*

A detração possui como fundamento o princípio do *ne bis in idem*. A esse propósito, faz-se mister trazer à colação o entendimento de Dotti (2010, p. 694) que assevera, *ipsis litteris*:

Há um princípio clássico de justiça segundo o qual ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato. A detração visa impedir que o Estado abuse de poder-dever de punir, sujeitando o responsável pelo fato punível a uma fração desnecessária da pena sempre que houver a perda da liberdade ou a internação em etapas anteriores à sentença condenatória

A origem do princípio do *ne bis in idem* ou em sua forma completa “bis de eadem re ne sit actio” não é tão unânime. Há pelo menos duas correntes sobre o local de seu surgimento. Parte dos autores defende sua origem romana (LÉON VILLALBA, 1998, p. 50); outros; a grega (MUNÓZ CLARES, 2006, p. 26).

Embora a divergência doutrinária, parece haver consenso de que o referido princípio como conhecemos hoje é advindo do Estado Moderno. Nessa esteira, esclarece brilhantemente Bach (2021, p. 118):

Portanto, o efetivo desenvolvimento do princípio do *ne bis in idem* – especificamente no que refere à proibição de duplicidade de submissão a julgamento – ficou na dependência da coexistência de fatores que só vieram a se concretizar nos modernos sistemas de Direito, a partir do séc. XVIII quais sejam: a concentração do poder punitivo no Estado, o reconhecimento de limites ao poder punitivo estatal e a humanização das penas.

É interesse, nesse sentido, que o referido princípio recebeu modernamente a proteção internacional, demonstrando-se seu caráter imprescindível para o Direito como um todo.

Como exemplo, traz-se à baila o art. 14.7 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) e o art. 8.4 Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (1969) que aludem, respectivamente, “ninguém poderá ser julgado ou punido novamente por um delito pelo qual já tenha sido absolvido ou condenado por sentença transitada em julgado, de acordo com a lei e o processo penal de cada país” e “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

No Brasil, por sua vez, o referido princípio, malgrado seja aceito tanto nos tribunais quanto na doutrina, não há norma que efetivamente o mencione, apesar de que o país seja signatário do Pacto José da Costa Rica, o que inclusive torna o referido princípio como constitucional e retira qualquer dúvida de sua inexistência no Direito pátrio.

Sobre o conceito de *ne bis in idem*, alude Jesus (2020, p. 58) que “Ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato”. Prado (2019, p. 178), por sua vez, obtempera:

O princípio *ne bis in idem* ou *non bis in idem* constitui infranqueável limite ao poder punitivo do Estado. Através dele procura-se impedir mais de uma punição individual – compreendendo tanto a pena como a agravante – pelo mesmo fato (a dupla punição pelo mesmo fato).

Ademais, imperioso se faz trazer à colação os dizeres de Guanter (1981, p. 111), que defende a referida norma como um princípio geral do Direito, *in verbis*:

Princípio geral de Direito que, com base nos princípios da proporcionalidade e do respeito pela coisa julgada, proíbe a aplicação de duas ou mais sanções ou o desenvolvimento de dois ou mais processos ou procedimentos, seja em um ou mais ordenamentos jurídicos sancionatórios, quando houver identidade de assuntos, fatos e fundamentos –de assuntos, objeto ou causa material e de ação ou motivo de solicitação, se nos referirmos à perspectiva processual–, e desde que não haja relação de especial supremacia com a Administração sobre o assunto em questão. (tradução livre).⁵

O referido princípio, por sua vez, modernamente possui duas vertentes, uma processual e outra substantiva:

(a) na vertente processual, corresponde à inadmissibilidade de múltipla persecução penal, simultânea ou sucessivamente, pelos mesmos fatos, vinculando-se à garantia constitucional da coisa julgada; e (b) na vertente material, diz respeito aos limites jurídico-constitucionais da acumulação de sanções penais e administrativas pelos mesmos fatos e mesmos fundamentos, ainda que impostas em ordens sancionadoras diversas (SABOYA, 2006, p. 150).

Dessa forma, limita tanto uma dupla persecução penal no âmbito processual quanto dupla sanção, seja qual for sua natureza. Vale dizer que é difícil separar as duas vertentes, porquanto às vezes a sanção já vem aplicada durante o processo, razão pela qual, nesse sentido, que existe a detração, isto é, para abater o tempo da cautelar com o da sanção definitiva.

Para a configuração da proibição do *bis in idem*, por sua vez, deve haver dupla persecução penal ou dupla sanção, o “bis”, além do “idem”, que se divide em identidade do sujeito e em unidade fática.

Sobre o primeiro, extrai-se que não se deve haver dupla persecução penal ou dupla sanção. Por exemplo, não pode existir uma outra ação para um mesmo sujeito quando já houve uma condenação ou até mesmo uma absolvição para ele pelos mesmos fatos. Igualmente, não pode haver dupla punição pelos mesmos fatos.

Esclarece-se, por outro lado, que quando a norma imputa duas sanções, por exemplo, pena privativa de liberdade e multa no preceito secundário, não há violação ao *ne bis in idem*, porquanto as duas sanções são consideradas uma única punição, ou seja, o legislador escolheu

⁵ Principio general del Derecho que, en base a los principios de proporcionalidad y respeto a la cosa juzgada, prohíbe la aplicación de dos o más sanciones o el desarrollo de dos o más procesos o procedimientos, sea en uno o más órdenes jurídicos sancionadores, cuando se dé identidad de sujetos, hechos y fundamento –de sujetos, objeto o causa material y de acción o razón de pedir, si nos referimos a la perspectiva procesal–, y siempre que no exista una relación de supremacía especial con la Administración respecto al sujeto en cuestión.

que para punir o autor do crime é necessária uma punição com duas sanções, privação de liberdade e multa.

Desse jeito, o legislador prevê, *ex ante*, que para determinado fato, a pena proporcional à reprovação e prevenção é a pena privativa de liberdade cumulada com a pena de outra natureza (BACH, 2021 p. 134).

De outra banda, caso um condenado fosse punido novamente pela mesma questão fática, haveria o ferimento do *ne bis in idem*. Outro caso ocorreria quando há prisão cautelar durante o processo e uma condenação por uma pena privativa de liberdade transitada em julgado, se não houvesse o instituto da detração, ocorrendo, assim, uma punição dupla pelos mesmos fatos.

Sobre o “idem”, é preciso que exista identidade tanto em relação ao sujeito quanto em relação aos fatos. No concernente à primeira, trata-se do sujeito passivo do direito penal. Não há muito questionamento sobre esse requisito, recai sobre a identidade física do sujeito passivo, seja autor ou partícipe, pouco importando sua identificação formal ou seu nome.

Cabe apenas a ressalva que na hipótese de crime ambiental, considerando que pode haver sanção a pessoa jurídica, não há violação ao princípio do *ne bis in idem* com a punição também da pessoa física, afinal, são sujeitos diferentes, com autonomia.

Diferentemente desse requisito, há bastante celeuma quanto à identidade dos fatos, afinal o que seria estes. Para identificá-los, surgiram-se algumas teorias.

A primeira delas é a naturalista que os considera como sendo o histórico, um acontecimento limitado pelo espaço e tempo. Nesse ponto de vista, alude o escritor português Cavaleiro de Ferreira (1970, p. 49-50):

O conceito de identidade do facto não irá buscar-se ao direito material; a identidade do facto tem de apreciar-se naturalisticamente, como facto concreto, real. Para fundamentar naturalisticamente a identidade, deve atender-se aos factos praticados, ou seja, à ação. Podem variar as circunstâncias, os elementos acidentais da atividade que constitui objeto do processo, mas não a própria ação. E por isso haverá caso julgado material quando se acusa em novo processo pela mesma ação, embora acrescida de novas circunstâncias, embora seja diferente o evento material que se lhe segue, embora seja diversa a forma de voluntariedade (dolo ou culpa).

Nesse sentido, o fato necessário para invocação da coisa julgada no processo penal, não é outro senão o fato material imputado ao acusado, pouco importando a qualificação jurídico-penal.

Como reação a esse pensamento, surgiu a doutrina normativista, que considera os fatos como o crime em si. Como assevera Pérez Manzano (2002, p. 91), os fatos devem ser vistos através de um prisma jurídico, não bastando o conceito que entende como fato qualquer porção de realidade.

Logo, a norma irá delimitar a realidade e sobre esse recorde serão considerados os fatos para aplicação do *ne bis in idem*.

A última corrente é a de fato processual, quem tem como principal expoente no Brasil, Saboya, (2006, p.169), para quem os fatos:

Portanto, sendo certo que o tipo penal integra o conteúdo da imputação, conforme bem demonstra o art. 41, do Código de Processo Penal, ao exigir a individualização do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, adota-se uma posição mista, não se negando a incidência de critérios jurídico-penais do fato imputado – teoria normativa -, sem olvidar, todavia, da perspectiva naturalista, a qual, também, deverá ser considerada.

É o fato valorado, uma vez que para essa corrente é uma delimitação exata do complexo de fatos apreciados pela sentença com força de coisa julgada, é impossível sem o recurso aos elementos valorativos (SABOYA, 2006, p. 203).

Adota-se neste trabalho a primeira corrente, em virtude de que as demais limitam a aplicação do *ne bis in idem* em demasia, trazendo contradições.

Desse modo, considerando a teoria normativista, caso um agente fosse absolvido, por exemplo, por um crime de furto, bastaria uma nova persecução penal sob os mesmos fatos, mas atribuindo-lhes um outro delito, roubo ou receptação, que não existiria violação ao princípio.

Por outro lado, a de fato processual, regra geral a doutrina se propõe a definir o que é mesmo fato para, com isso, definir os contornos da coisa julgada e impedir um novo processo penal em face dos mesmos fatos já julgados (BACH, 2021, p.132).

Ademais, o fato processual guarda relação, em verdade, com a ideia de princípio da correlação (BACH, 2021, p.132). Portanto, o alcance do *ne bis in idem* fica no âmbito processual.

Nesse diapasão, é esclarecedor e irrefutável o pensamento de Tourinho Filho sobre a razão de se adotar o fato como naturalístico, extraíndo-se isso do fato principal do parágrafo 2º do art. 110 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Esse fato principal a que se refere o artigo 110 no seu § 2º é aquele “acacer histórico”, O fato material que na peça acusatória se imputa ao réu, pouco importando a qualificação jurídico-penal que se lhe dê. Se Tício foi absolvido no processo em que se lhe imputava haver, no dia 2 de maio de 1969, subtraído da residência de Mévio, uma televisão marca Phillips, não se conceberia pudesse ser proposta outra ação penal contra ele, pelo fato de haver, no dia 2 de maio de 1969, se apropriado indebitamente de uma televisão marca Phillips de propriedade de Mévio. É que o fato foi o mesmo, embora com roupagem jurídico-penal diversa (TOURINHO FILHO, 1997, p. 591).

Por conseguinte, não há dúvida de que o fato deve ser entendido como o natural, pois se adequa melhor ao ordenamento jurídico penal.

2.3 Possibilidades legais da aplicação da detração penal

Para observarmos qualquer possibilidade de ampliação do alcance da detração, faz-se necessário entendermos suas hipóteses legais, mais pacíficas. Para tal, traz-se o art. 42 do Código Penal (BRASIL, 1940), que dispõe: “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”.

Depreende-se do referido dispositivo que podem ser detraídas o tempo de (1) prisão provisória, (2) da prisão administrativa e (3) da internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado.

O art. 42 do Código Penal aponta literalmente que o abatimento será realizado apenas sobre a pena privativa de liberdade ou medida de segurança, todavia, não seria razoável que não se pudesse ser feita em penas restritivas de direito, porquanto são mais leves, podendo ser utilizado a analogia. Nesse raciocínio, Bitencourt (2020, p. 1429) preleciona, de modo esclarecedor:

Há entendimento respeitável de que, “por necessária e permitida interpretação analógica”, deve ser admitida a detração também das penas restritivas de direitos, como limitação de fim de semana e prestação de serviços à comunidade. Acreditamos que as interdições temporárias de direitos também devem ser contempladas com o mesmo tratamento que for dispensado às outras duas espécies de penas restritivas de direitos.

Urge mencionar que prisão provisória se refere às modalidades de prisão decretadas no curso do processo penal, cuja natureza, segundo orientação firme de nossos tribunais superiores, é medida cautelar (JESUS, 2020, p. 663). Especificamente, as modalidades de prisões cautelares são: flagrante, preventiva e temporária.

A prisão administrativa, por sua vez, que não se confunde com a prisão civil *stricto sensu*, não tem natureza penal e pode decorrer de infração disciplinar, hierárquica, ou mesmo de infrações praticadas por particulares, nacionais ou estrangeiros, contra a Administração Pública (BITENCOURT, 2020, p. 1427).

No concernente ao tempo de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou em outro estabelecimento adequado, diz respeito ao tempo que o juiz determinou para a realização do primeiro exame de cessação de periculosidade (GRECO, 2022, p. 1229).

Vale mencionar, ainda, como se faz o cálculo do tempo da prisão cautelar, o qual se dá de acordo com a pena definitiva, de modo é contado conforme os prazos do Código Penal, de acordo com o calendário comum, com uma particularidade de que se computa o dia do começo, vide art. 10 do CPB.⁶

Far-se-á mais alguns comentários sobre essas hipóteses separadamente de forma mais didática para fins de entendimento.

2.3.1 Prisões provisórias

Como foi dito anteriormente, prisão provisória deve ser entendida como prisão cautelar. Existem, no sistema brasileiro, três modalidades de prisões cautelares: a em flagrante delito, a temporária e a prisão preventiva.

Em relação à prisão em flagrante, ela se inicia com natureza administrativa, sendo depois ratificada judicialmente, e tem por finalidade, de um lado, evitar a prática criminosa ou deter o seu autor e, de outro, tutelar a prova da ocorrência do crime e de sua autoria. (BADARÓ, 2009, p. 196).

Essa prisão encontra-se regulada no Capítulo II, Título IX, Livro I do Código de Processo Penal, dos arts. 301 a 309. Depreende-se dessa regulação, mormente do art. 302 do CPP⁷, três hipóteses de flagrante delito: o próprio (inciso I e II do art. 302 do CPP), o impróprio (III do art. 302 do CPP) e ficto ou presumido (IV do art. 302 do CPP).

A primeira ocorre em duas situações, tanto o agente está praticando a infração (inciso I do art. 302 do CPP) quanto acabou de cometê-la (inciso II do art. 302 do CPP).

Vale mencionar que nessa última situação deve ser interpretada de forma totalmente restritiva, contemplando a hipótese do indivíduo que, imediatamente após a consumação da infração, vale dizer, sem o decurso de qualquer intervalo temporal, é surpreendido no cenário da prática delituosa (AVENA, 2020, p. 1825).

⁶ Art. 10 - O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum (BRASIL, 1940).

⁷ Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração (BRASIL, 1941).

O flagrante impróprio, por sua vez, ocorre quando o agente é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração.

É de todo oportuno assinalar que não há um critério legal objetivo para definir o que seja o logo após mencionado no art. 302, devendo a questão ser examinada sempre a partir do caso concreto, pelo sopesamento das circunstâncias do crime, das informações acerca da fuga e da presteza da diligência persecutória (PACELLI, 2021, p. 670).

A última hipótese é o flagrante ficto que acontece na situação em que o agente é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

É importante dizer que o flagrante impróprio se difere “do logo depois” do presumido, é uma questão de grau. Isso porque o ato de encontrar é substancialmente distinto do de perseguir. Para perseguir, há que se estar próximo. Já o encontrar permite um intervalo de tempo maior entre o crime e o encontro com o agente. (LOPES JUNIOR, 2020, 874).

No concernente à prisão preventiva, ela é a mais genuína das formas de prisão cautelar, como alude Marques (1997, p. 57).

Sobre os requisitos dessa modalidade, existem 1º) pressupostos indicados no art. 312, caput, parte final, do CPP; 2º) as hipóteses de cabimento, previstas no art. 313, I a III e parágrafo único, e no art. 312, parágrafo único, c/c o art. 282, § 4º, todos do CPP; 3º) e as circunstâncias autorizadoras, listadas no art. 312, caput, primeira parte, o CPP (MARCÃO, 2012, p. 137).

Em relação à primeira parte, trata-se da conhecida expressão *fumus comissi delicti* assim, faz-se necessário que haja indícios suficientes de autoria e materialidade (prova da existência de crime).

Há três hipóteses de cabimento, por sua vez, para prisão preventiva, a saber, nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado; ou se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Também se admite na hipótese de existência de dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

Sobre as circunstâncias autorizadoras, temos a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Trata-se do *periculum libertatis*, e são situações bem abertas, logo, de difícil definição e compreensão.

De toda sorte, pode-se afirmar que a finalidade de garantir a ordem pública é de impedir que o agente, solto, continue a delinquir, não se podendo aguardar o término do processo para, somente então, retirá-lo do convívio social (CAPEZ, 2019, p.547).

Demonstra-se, portanto, que o acusado não tem condições de responder ao processo em liberdade, pois possuem grandes chances de cometer outros delitos.

Para ordem econômica, por outro lado, refere-se àquilo que tem sido identificado como situações de crimes que envolvam vultosos golpes no mercado financeiro, abalando a credibilidade na ordem econômica ou do sistema financeiro (BADARÓ, 2009, p. 981).

Por conveniência da instrução criminal, por sua vez, ocorre na situação que o réu coloca em risco a coleta da prova ou o normal desenvolvimento do processo, seja porque ele está destruindo documentos ou alterando o local do crime, seja porque está ameaçando, constringendo ou subornando testemunhas, vítimas ou peritos (LOPES JUNIOR, 2020, p 919).

Em relação a assegurar a aplicação da lei penal trata-se de circunstância tem por escopo impedir que a pena criminal deixe de ser executada em caso de condenação (MARCÃO, 2012, p. 156).

É oportuno mencionar que a prisão preventiva é medida excepcional, a cautelar mais excepcional, devendo ser aplicado quando outras medidas diversas da prisão não permitem que cesse o *periculum libertatis*.

No pertinente à temporária, é ela uma prisão pré-processual admitida apenas em relação a determinados tipos de crimes e que tem por objetivo permitir a colheita de provas que de outra maneira não se conseguiria êxito na produção, bem como esclarecimentos a respeito da identificação do investigado (MARCÃO, 2012, p. 209).

A referida modalidade, diferentemente das acima mencionadas, não está regulada no Código de Processo Penal, e sim na Lei nº 7.960/1989 e suas hipóteses estão previstas nos incisos do art. 1.º da referida norma⁸.

⁸ Art. 1º Caberá prisão temporária: (Vide ADI 3360) (Vide ADI 4109)

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);

b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);

e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)

g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

Urge mencionar que a doutrina majoritária interpreta esse dispositivo de modo que a prisão temporária é cabível somente em relação aos crimes referidos no art. 1.º, III, e desde que concorra pelo menos uma das hipóteses citadas nos incisos I e II.

(Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)

h) raptó violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)

i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);

j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);

l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;

m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;

n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016) (BRASIL, 1989).

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, esclareceu os critérios para aplicação da referida prisão nas ações direitas de inconstitucionalidade 3.360⁹ e 4109¹⁰, ambas do Distrito Federal.

⁹ A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 7.960/1989. PRISÃO TEMPORÁRIA. CONSTITUCIONALIDADE. ART. 5º, INCISOS LXI E LVII, DA CF. NECESSIDADE DE DECISÃO JUDICIAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. ART. 93, INCISO IX, DA CF. PRAZO IMPRÓPRIO DE 24 HORAS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 1º, INCISO III, DA LEI 7.960/1989. ROL DE NATUREZA TAXATIVA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. ART. 5º, INCISO XXXIX, DA CF. ART. 1º, INCISO I, DA LEI 7.960/1989. EXIGÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ART. 1º, INCISO II, DA LEI 7.960/1989. MERA AUSÊNCIA DE ENDEREÇO FIXO. VEDAÇÃO DE DECRETAÇÃO DE PRISÃO TEMPORÁRIA. NECESSIDADE DE OCORRÊNCIA DE FATOS NOVOS OU CONTEMPORÂNEOS QUE JUSTIFIQUEM A ADOÇÃO DA MEDIDA. ART. 312, § 2º, CPP. APLICABILIDADE À PRISÃO TEMPORÁRIA. VEDAÇÃO DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO TEMPORÁRIA SOMENTE COM A FINALIDADE DE INTERROGATÓRIO. DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. ART. 282, INCISO II, E § 6º, DO CPP. DISPOSITIVOS APLICÁVEIS À PRISÃO TEMPORÁRIA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PRISÃO CAUTELAR COMO ULTIMA RATIO DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, INCISO LXVI, DA CF. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

I – A Constituição Federal autoriza que o legislador ordinário preveja modalidade de prisão cautelar voltada a assegurar o resultado útil da investigação criminal, como é o caso da prisão temporária, desde que respeitado o princípio da presunção de não culpabilidade. Inteligência do art. 5º, incisos LXI e LVII, da Constituição Federal.

II – Não viola a Constituição Federal a previsão legal de decretação de prisão temporária quando presentes fundados indícios da prática dos crimes de quadrilha, atual associação criminosa, e contra o sistema financeiro (alíneas “I” e “o” do inciso III do art. 1º da Lei 7.960/89). Cuidase de opção do legislador, dentro do seu legítimo campo de conformação, com o escopo de conferir especial atenção a determinados crimes que em seu entender merecem maior necessidade de prevenção.

III – A prisão temporária não é medida de caráter compulsório, já que sua decretação deve se dar mediante decisão judicial devidamente fundamentada em elementos aptos a justificar a imposição da medida. Inteligência do art. 2º, caput e § 2º, da Lei 7.960/1989, bem como art. 93, inciso IX, da CF.

IV – O prazo de 24 horas previsto no § 2º do art. 2º da Lei 7.960/1989 é compatível com a Constituição Federal. Trata-se de prazo impróprio a ser observado conforme o prudente arbítrio do Magistrado competente para a decretação da medida.

V – A decretação da prisão temporária reclama sempre a presença do inciso III do art. 1º da Lei 7.960/1989. O dispositivo, ao exigir a presença de fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes nele previstos, evidencia a necessidade do *fumus commissi delicti*, indispensável para a decretação de qualquer medida cautelar. Rol de crimes de natureza taxativa, desautorizada a analogia ou a interpretação extensiva, em razão dos princípios da legalidade estrita (art. 5º, inciso XXXIX, da CF) e do devido processo legal substantivo (art. 5º, inciso LXV, CF).

VI – A decretação da prisão temporária exige também a presença do inciso I do art. 1º da Lei de regência. O inciso, ao dispor que a prisão temporária pode ser decretada somente quando for imprescindível para as investigações do inquérito policial, traz a necessidade de demonstração do *periculum libertatis* do representado, requisito indispensável para a imposição de prisões cautelares por força do princípio constitucional da presunção de inocência que obsta a antecipação de penas. Exigência de fundamentação calcada em elementos concretos, e não em simples conjecturas. Precedentes desta Corte.

VII – O inciso II do art. 1º da Lei 7.960/1989 mostra-se dispensável ou, quando interpretado isoladamente, inconstitucional. Não se pode decretar a prisão temporária pelo simples fato de o representado não possuir endereço fixo. A circunstância de o indiciado não possuir residência fixa deve evidenciar de modo concreto que a prisão temporária é imprescindível para a investigação criminal (inciso I do art. 1º da Lei em comento).

VIII – A prisão temporária deve estar fundamentada em fatos novos ou contemporâneos à decretação da medida (art. 312, § 2º, CPP). Ainda que se cuide de dispositivo voltado à prisão preventiva, a regra é consequência lógica da cautelaridade das prisões provisórias e do princípio constitucional da não culpabilidade.

IX – É vedada a decretação da prisão temporária somente com a finalidade de interrogar o indiciado, porquanto ninguém pode ser forçado a falar ou a produzir prova contra si. Doutrina. Inteligência das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 395 e n.º 444, rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, STF, julgadas em 14/06/2018.

X – A decretação da prisão temporária deve observar o previsto no art. 282, inciso II, do CPP. Trata-se de regra

Não obstante não seja uma das hipóteses clássicas de prisão, é necessário também mencionar a prisão domiciliar como substitutiva da prisão preventiva. Ela pode ser entendida como uma modalidade de prisão cautelar em regime domiciliar, cuja concessão se encontra condicionada à satisfação de determinados requisitos e sua permanência à satisfação de outros (MARCÃO, 2012, p. 193).

São seis hipóteses previstas na lei para que seja possível a substituição da preventiva por essa modalidade, a saber: quando o acusado for maior de 80 (oitenta) anos; for extremamente debilitado por motivo de doença grave; ser imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; ou ser gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco; for mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; ou, ainda, homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

geral a incidir sobre todas as modalidades de medida cautelar, as quais, em atenção ao princípio da proporcionalidade, devem observar a necessidade e a adequação da medida em vista da gravidade do crime, das circunstâncias do fato e das condições pessoais do representado.

XI – O disposto no art. 282, § 6º, do CPP também deve ser atendido para a decretação da prisão temporária. Em razão do princípio constitucional da não culpabilidade, a regra é a liberdade; a imposição das medidas cautelares diversas da prisão a exceção; ao passo que a prisão, qualquer que seja a sua modalidade, a exceção da exceção, é dizer, a ultima ratio do sistema processual penal. Inteligência do art. 5º, inciso LXVI, da CF.

XII – O art. 313 do CPP cuida de dispositivo específico para a prisão preventiva não aplicável à prisão temporária, porquanto, no caso desta, o legislador ordinário, no seu legítimo campo de conformação, já escolheu os delitos que julgou de maior gravidade para a imposição da prisão (inciso III do art. 1º da Lei 7.960/89). Entender de modo diverso implicaria confusão entre os pressupostos de decretação das prisões preventiva e temporária, bem como violação aos princípios da legalidade e da separação entre os poderes.

XIII – Procedência parcial para conferir interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 1º da Lei 7.960/1989 e fixar o entendimento de que a decretação de prisão temporária autoriza-se quando, cumulativamente: 1) for imprescindível para as investigações do inquérito policial (art. 1º, I, Lei 7.960/1989) (*periculum libertatis*), constatada a partir de elementos concretos, e não meras conjecturas, vedada a sua utilização como prisão para averiguações, em violação ao direito à não autoincriminação, ou quando fundada no mero fato de o representado não possuir residência fixa (inciso II); 2) houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes previstos no art. 1º, III, Lei 7.960/1989 (*fumus comissi delicti*), vedada a analogia ou a interpretação extensiva do rol previsto no dispositivo; 3) for justificada em fatos novos ou contemporâneos que fundamentem a medida (art. 312, § 2º, CPP); 4) a medida for adequada à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado (art. 282, II, CPP); 5) não for suficiente a imposição de medidas cautelares diversas, previstas nos arts. 319 e 320 do CPP (art. 282, § 6º, CPP) (BRASIL, 2022).

¹⁰ O Tribunal, por maioria, conheceu em parte da ação direta e, no mérito, julgou parcialmente procedente o pedido para dar interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 1º da Lei 7.960/1989 e fixar o entendimento de que a decretação de prisão temporária autoriza-se quando, cumulativamente: 1) for imprescindível para as investigações do inquérito policial (art. 1º, I, Lei 7.960/1989) (*periculum libertatis*), constatada a partir de elementos concretos, e não meras conjecturas, vedada a sua utilização como prisão para averiguações, em violação ao direito à não autoincriminação, ou quando fundada no mero fato de o representado não possuir residência fixa (inciso II); 2) houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes previstos no art. 1º, III, Lei 7.960/1989 (*fumus comissi delicti*), vedada a analogia ou a interpretação extensiva do rol previsto no dispositivo; 3) for justificada em fatos novos ou contemporâneos que fundamentem a medida (art. 312, § 2º, CPP); 4) a medida for adequada à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado (art. 282, II, CPP); 5) não for suficiente a imposição de medidas cautelares diversas, previstas nos arts. 319 e 320 do CPP (art. 282, § 6º, CPP), nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Cármen Lúcia (Relatora), Roberto Barroso, Luiz Fux (Presidente), Nunes Marques e Alexandre de Moraes, nos termos dos respectivos votos. Nesta assentada o Ministro Gilmar Mendes reajustou seu voto (BRASIL, 2022).

Vale mencionar que por ser prisão, que limita o *status libertatis* do acusado, a domiciliar deve ser detraída da pena definitiva. Nesse diapasão, traz à baila o entendimento da quinta (HC n. 459.377/RS) e da sexta turma (AgRg no AgRg nos EDcl no HC 442538 / PR), respectivamente, do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. DETRAÇÃO DA PENA E PRISÃO DOMICILIAR. 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 cumprimento de prisão domiciliar, 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*.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para permitir a detração da pena pelo período em que a paciente esteve em prisão domiciliar. (BRASIL, 2018).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. DETRAÇÃO DA PENA E PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. PERÍODO DA CUSTÓDIA A SER APURADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Qualquer prisão processual deve ser detraída da pena final imposta, não importa o local de seu cumprimento - cadeia, domicílio ou hospital -, devendo, portanto, a decisão ser mantida por seus próprios fundamentos.

2. Tendo sido constatada a prisão domiciliar da paciente, o período correspondente deve ser detraído do tempo total de pena fixada a ser aferido pelas instâncias ordinárias.

3. Agravo regimental improvido. (BRASIL, 2020).

Portanto, a detração da prisão domiciliar se encontra já pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça.

2.3.2 Prisão administrativa

A prisão administrativa como já mencionado não se confunde com a prisão civil, nem possui natureza penal. Era regulamentada no antigo 319 do Código de Processo Penal, revogado pela Lei nº 12.403 de 2011.

Contudo, não obstante a revogação, ela ainda se faz presente no ordenamento pátrio, embora com poucas hipóteses. Nesse sentido, exemplifica Bitencourt (2020, p. 265): nas hipóteses de prisão nos quartéis militares, por indisciplina, bem como a prisão do extraditando

enquanto aguarda a tramitação do processo perante o Supremo Tribunal Federal ou perante o Superior Tribunal de Justiça.

Essa ideia foi ainda reforçada com Lei n. 12.736/2012, que acrescentou o § 2º ao art. 387 do Código de Processo Penal, exigindo que o tempo de prisão administrativa seja considerada para fixação do regime inicial de cumprimento de pena.

2.3.3 Internação em casas de saúde

A internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou em outro estabelecimento adequado também deve ser detraída da pena definitiva. Fica claro, contudo, que a internação em casas de saúde, com finalidade terapêutica, também deve ser contemplada (BITENCOURT, 2020, p. 1429).

Isso ocorre quando uma pessoa presa necessita de tratamento médico fora do estabelecimento prisional, não havendo suspensão do tempo de prisão.

Vale dizer que no caso de uma sentença definitiva de absolvição imprópria, o tempo de internação provisória há de ser considerado para a antecipação da realização obrigatória do exame de verificação de cessação de periculosidade.

Nesse diapasão, impende destacar o entendimento de Mirabete (2018, p. 266), que aduz:

Também consagra a lei a detração, quanto ao prazo da prisão provisória e de internação, quando o sentenciado for submetido à medida de segurança, para a contagem do lapso de um a três anos, fixados em lei para a duração mínima desta. Nesse caso, a contagem do prazo de prisão provisória é computada não para o fim de cessar a medida de segurança, mas no prazo mínimo necessário à realização obrigatória do exame de verificação de cessação de periculosidade.

Logo, o tempo para a realização do exame de cessação de periculosidade, o qual é fixado pelo juiz de acordo o que estipula o §1º do art. 97 do Código Penal¹¹, deverá ser abatido da medida de segurança aplicada na sentença.

¹¹ Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos. (BRASIL, 1940)

2.4 Detração penal em processos distintos

A detração em processos distintos trata-se de um assunto árduo e de bastante conflito, de modo que caberia um estudo aprofundado para tirar qualquer conclusão.

Todavia, por ser uma questão que possa afetar no tema desta pesquisa, faz-se necessário tecer breves comentários. Por exemplo, seria possível detrair uma cautelar diversa aplicada em outro processo?

Nesse sentido, o art. 111 da Lei de Execução Penal¹² impõe que a fixação do regime de cumprimento de pena, quando houver mais de uma condenação, em processos distintos ou não, também levará em conta a detração.

Em relação aos processos distintos, há duas situações diferentes. Na primeira, a cautelar foi anterior ao crime que deu ensejo ao início do cumprimento definitivo da pena; na segunda, acontece na hipótese em que o indivíduo foi segregado provisoriamente após ter praticado o delito cujo processo transitou em julgado.

É preciso mencionar que é necessário por óbvio que o acusado precisa ter sido absolvido ou tenha sido extinta a punibilidade dele em um dos processos que lhe impôs as cautelares, a fim de que o tempo que permaneceu preso foi uma espécie de erro judiciário, seja por manter preso alguém que não cometeu o delito, seja porque prendeu alguém que ao final não conseguiu condenar ao tempo da lei.

Sobre a segunda hipótese há menos discussão, sendo admitida na doutrina e na jurisprudência. Nesse contexto, urge trazer à baila o respeitável magistério de Mirabete (2011, p. 371),

Discute-se se é necessário existir ou não nexos entre o motivo da prisão anterior e a pena imposta na sentença que está sendo cumprida pelo sentenciado. Em orientação restrita, entende-se que deva ser computada apenas a prisão provisória relacionada com o fato que é objeto da condenação, admitindo-se também a prisão ocorrida no processo, embora por outro crime conexo, sendo negada a detração pela prisão por outro processo em que o preso foi absolvido ou em que se decretou a extinção da punibilidade. Tem-se, porém, admitido ultimamente, tanto na doutrina como na jurisprudência, a detração por prisão ocorrida em outro processo, desde que o crime pelo qual o sentenciado cumpre pena tenha sido praticado anteriormente a seu encarceramento, numa espécie de fungibilidade da prisão. Essa interpretação é coerente com o que dispõe a Constituição Federal, que prevê a indenização ao condenado por erro judiciário, assim como àquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença (art. 5º, LXXV), pois não há indenização mais adequada para o tempo de prisão provisória que se julgou indevida pela absolvição do que ser ele computado no tempo da pena imposta por outro delito.

¹² Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição (BRASIL, 1984).

Escudado nesse sólido embasamento doutrinário, Prado (2001, p. 368) defende, *in verbis*,

Ao lado desse entendimento, surge uma tendência que admite a detração por prisão em outro processo (em que houve absolvição ou extinção da punibilidade), desde que a prática do delito em razão do qual o condenado cumprirá pena tenha sido anterior à sua prisão. Corroborando este entendimento, tem-se o fato de ter sido suprimido o parágrafo único do art. 42, que declarava: “computa-se, igualmente, o tempo indevidamente cumprido, relativo à condenação por crime posterior, invalidada em decisão judicial irrecorrível.

Lapidar também o entendimento expendido pela sexta turma do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no HC 506.413/SP), *ad litteram*:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DETRAÇÃO PENAL ENTRE PROCESSOS DISTINTOS. DELITO PELO QUAL O SENTENCIADO CUMPRE PENA ANTERIOR AO TEMPO DE PRISÃO EM OUTRO PROCESSO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal admite a detração (art. 42 do CP) por custódia indevidamente cumprida em outro processo, desde que o crime em virtude do qual o condenado executa a pena a ser computada seja anterior ao período pleiteado. Busca-se, com isso, impedir uma espécie de crédito em desfavor do Estado, disponível para utilização no futuro.

2. O agravado, após a extinção de sua punibilidade por indulto, cumpriu indevidamente alguns dias de pena em período de tempo posterior à data do crime relacionado à condenação que pretende remir, daí ser possível a aplicação do art. 42 do CP entre os processos distintos.

3. Agravo regimental não provido.

(BRASIL, 2019)

No entanto, a polêmica maior ocorre quando a cautelar foi anterior (primeiro processo) ao crime que deu ensejo ao início do cumprimento definitivo da pena. Aqueles que não a aceitam argumentam que estão criando uma espécie de conta-corrente para cometimento de novos delitos.

Dessa forma, alude Mirabete (2011, p. 371), “evidentemente, deve-se negar à detração a contagem de tempo de recolhimento quando o crime é praticado posteriormente à prisão provisória, não se admitindo que se estabeleça uma espécie de “conta corrente”, de créditos e débitos do criminoso”.

Do mesmo modo Galvão (2013, p. 586.): para que o réu não passe a ter uma espécie de conta corrente com a sociedade, a melhor interpretação desse princípio de compensação restringe sua aplicação aos fatos praticados antes da prisão que se quer considerar como tempo cumprido de pena.

O Superior Tribunal de Justiça, como observou-se no acórdão acima mencionado, também não admite essa hipótese.

De maneira diversa, existem na doutrina pátria autores que a admitem. Com muita propriedade, Queiroz (2005. p. 354-355) traça as seguintes explicações sobre o assunto,

Em verdade, porém, nada impede que se mantenha essa “conta corrente” com o criminoso, porque, ao se lhe decretar a absolvição ou ser extinta a punibilidade, não se está, propriamente, diante de um “criminoso”, mas diante de um cidadão não criminoso a quem se impôs uma prisão ilegal, o qual deve ser de alguma forma compensado, mesmo porque preconiza a Constituição da República que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo da sentença” (art. 5º, LXXV). E a detração é, certamente, a forma mais adequada e pronta de se lhe atenuar, ao menos em parte, o sofrimento. Se assim é, deve a detração ocorrer em qualquer hipótese, pouco importando se há conexão processual, ou não, se houve absolvição ou se sua admissão implica estabelecer uma “conta corrente” com o sentenciado.

Corroborando o entendimento acima e questionando a ideia de indenização por erro judiciário, Brito (2020. p. 252-253) assevera:

A prisão cautelar, nestas hipóteses, caracterizou-se como um “erro judiciário”, que obriga o Estado a pagar uma indenização e essa responsabilidade objetiva é fiadora da admissibilidade da detração. Nos parece que o Estado estará diante da possibilidade de reparar uma prisão que indevidamente foi aplicada, e não poderá se abster de fazê-lo. Podendo atender ao interesse público de justiça descontando a prisão indevida em outra merecida, não seria legítimo exigir do prejudicado que trocasse sua liberdade por uma indenização em dinheiro, ou dos cofres públicos o ônus desnecessário por uma fictícia presunção de que o criminoso seria estimulado à prática de um novo crime.

Com a *devida venia*, a corrente que defende a detração nesta hipótese é mais acertada, já que o Estado errou na imputação anterior, fazendo com o então réu ficasse preso sem a necessidade devida, nada mais proporcional do que detrair esse período de recolhimento de uma eventual condenação futura, não excluindo a possibilidade de indenização em dinheiro, por óbvio.

Percebe-se que o principal argumento daqueles que não defende essa possibilidade está na questão da conta-corrente, a qual incentivaria o cometimento de novos delitos, tanto é assim que em sua grande maioria os mesmos que descartam essa hipótese defendem a detração quando a absolvição se dá no processo posterior no qual houve a aplicação de cautelares.

Ora, essa conclusão deriva da premissa falsa de que a conta-corrente incentivará o cometimento de novos crimes. Primeiro que na realidade dificilmente qualquer pessoa pensará em cometer um delito simplesmente por saber que cumprirá uma pena menor, pois já ficou preso ilegalmente no passado.

Raramente, a detração fará com o sujeito não precise cumprir a pena completa, de modo que ainda sofrerá com a pena aplicada, inclusive a prisão.

Ademais, a própria persecução penal é danosa para o acusado, logo, não haverá incentivo para cometer delitos, ainda mais tendo vivido isso no passado.

Por último, é difícil imaginar que um criminoso fará todo esse cálculo para decidir que deve delinquir.

3 MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL

Antes de adentrarmos no assunto de medidas cautelares diversas da prisão, é necessário entender brevemente alguns pontos. Desse modo, é imprescindível compreender o que são medidas cautelares, os princípios que as regem, suas principais características, suas classificações e a existência de poder geral de cautela dos magistrados no direito penal.

Vale dizer, nesse sentido, que já se falou das prisões cautelares no capítulo anterior, de modo que não mais se abordará de forma específica esse tema, a fim de evitar repetições desnecessárias.

Logo, após o entendimento dos pontos acima mencionados, serão analisadas as medidas cautelares diversas da prisão e as especificidades de cada uma.

3.1 Cautelares no processo penal e princípios que as regem

O processo penal não permite medidas constritivas para antecipação, ante ser regido pelo princípio da presunção de inocência. Todavia, existem medidas cautelares.

Elas visam evitar que o passar do tempo prive o processo de algum meio exterior que poderia ser útil ao correto exercício da jurisdição e conseqüentes produção no futuro de resultados úteis e justos (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 521).

Nesse raciocínio, elas são instrumentos para garantir que o processo penal atinja seu objetivo final. As medidas cautelares estão intimamente ligadas ao tempo, pois entre o crime e sua sanção podem existir diversas situações que podem prejudicar o procedimento.

Nesse rumo, lapidares são as explicações tecidas por Andrey Borges De Mendonça, *ad litteram*:

Como é sabido, o tempo é inerente ao processo e, mais especificamente, ao procedimento. Durante a tramitação procedimental é intuitivo que haver um lapso temporal, entre o qual é possível que haja alterações fáticas que venha a comprometer o resultado final do processo. No processo penal, este risco pode ser trazido sobretudo pela liberdade do acusado, que poderá comprometer interesses relevantes ao longo do processo, seja destruindo fontes de provas, ameaçando testemunhas, fugindo ou, ainda, continuando a praticar delitos (MENDONÇA, 2011, p.23).

Por outro lado, há alguns princípios que – como em todo instituto – são a base do fenômeno cautelar. Pode-se citar como primeiro deles o da motivação das decisões, que decorre

do inciso IX do art. 93 da Constitucional Federal¹³. Dessa forma, uma decisão que decreta qualquer cautelar deve ser devidamente fundamentada sob pena de nulidade insanável.

É pela fundamentação que o magistrado mostra como apreendeu os fatos e interpretou a lei que sobre eles incide, propiciando, com as indispensáveis clareza, lógica e precisão, a perfeita compreensão da abordagem de todos os pontos questionados e, conseqüente e precipuamente, a conclusão atingida (TUCCI, 2011, p. 196).

Nessa esteira, considerando que as referidas medidas são decretadas com conhecimento precário e irão limitar a liberdade individual, faz-se necessário que a decisão de decretação seja bem fundamentada, demonstrando claramente os motivos pelas quais foram adotadas tais instrumentos processuais.

Outro princípio central é o da provisionalidade. Ora, as cautelares são decretadas por alguma razão fática. De modo que uma vez desaparecido o suporte fático legitimador da medida e corporificado no *fumus commissi delicti* e/ou no *periculum libertatis*, deve cessar a prisão (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 851).

No sistema pátrio, escolheu-se – bem ou mal – não fixar um tempo limite obrigatório das cautelares, de modo que cabe ao magistrado de ofício ou a pedido observar se o suporte fático que justificou a decretação da cautelar permanece ou se já se exauriu, a fim de poder revogá-las.

De toda sorte, infelizmente essa norma basilar não é tão respeitada, não sendo incomum o acusado passar mais tempo com alguma cautelar - até mesmo prisão - do que cumprindo efetivamente a pena definitiva, ferindo também o princípio da presunção de inocência, que aliás, precisa ser muito bem compatibilizado com as cautelares penais.

O princípio da presunção de inocência é previsto no art. 5º, LVII, da CF¹⁴. Em razão dele, antes do trânsito em julgado, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só

¹³ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

X todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (BRASIL, 1988).

¹⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

[...]. (BRASIL, 1988).

ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 51).

Não obstante a Carta Magna expor que ninguém é culpado antes do trânsito em julgado, isso não quer dizer que não possa ter restrições à liberdade sem uma condenação definitiva, tanto é assim que a própria Constituição Federal prevê a prisão em flagrante¹⁵.

Como bem diz Claus Roxin (2000, p 258), dissecando sobre prisão preventiva, “é a ingerência mais grave na liberdade individual; por outra parte, ela é indispensável em alguns casos para uma administração da justiça penal eficiente” (tradução livre)¹⁶. Dessa forma, as cautelares são perfeitamente compatíveis com a Constituição Federal.

Em relação ao princípio da proporcionalidade, o professor Pacelli (2021, p. 633) o classifica como fundamental para medidas cautelares. Esse princípio se extrai do art. 282¹⁷ do Código de Processo Penal, o qual determina que devem ser observados os postulados da necessidade e da adequação para decretar as cautelares.

Os dois postulados são na verdade derivados do princípio da proporcionalidade, como prescreve de maneira didática Magalhães Filho (2015, p.114):

O princípio da proporcionalidade se subdivide em três subprincípios: o princípio da adequação, o princípio da exigibilidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. O princípio da adequação ou da conformidade prescreve que o meio deve ser apto para alcançar o fim, ou seja, o fim validará o meio. O princípio da exigibilidade ou da necessidade estabelece que o meio escolhido deve ser o mais suave, aquele que importar em menor sacrifício para os direitos fundamentais que não prevaleceram na decisão judicial. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito define preferência pelo meio que soma mais vantagens e que leva em conta, a um só tempo, o maior número de interesses em jogo.

A cautelar decretada precisa ser o meio mais suave para objetivar a aplicação da lei penal, a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.

¹⁵ Art. 5, inciso LXI: Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (BRASIL, 1988).

¹⁶ La más grave intromisión en la libertad individual; por otra parte, en algunos casos es indispensable para la administración eficiente de la justicia penal.

¹⁷ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). (BRASIL, 1941).

Também deve ser adequada para alcançar tais meios, aferindo-se isso da gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

O da proporcionalidade em sentido estrito, não obstante não esteja previsto expressamente, é óbvio que a medida cautelar decretada deve ser aquela que a soma possui mais vantagem, ponderando a limitação da liberdade com o suporte fático da decretação da cautelar.

Nesse rumo, para o magistrado, sob à luz da proporcionalidade, ele deverá ponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, sem perder de vista a densidade do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* (LOPES, 2020, p. 860)

Ainda é necessário levar em consideração, sob pena de ferir esse princípio que se a prisão preventiva, ou qualquer outra prisão cautelar, for mais gravosa que a pena que se espera ser ao final imposta, não será dotada do caráter de instrumentalidade e acessoriedade inerentes à tutela cautelar (BADARÓ, 2009, p. 150 -151).

O parágrafo 3º do art. 282 do CPP¹⁸, por outro lado, determina que ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

Essa prescrição é para garantir o princípio contraditório, o qual pode ser entendido como a ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los (ALMEIDA, 1973, p. 81).

Não obstante o mencionado dispositivo afirmar que essa intimação possui exceção - casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida -, isso não quer dizer que tais hipóteses não o há, pois há, porém, diferido.

Dessa maneira, nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida poderá anteceder à manifestação da parte contrária, quando então deverá ocorrer o contraditório diferido, assim compreendido aquele que incidirá após a decisão judicial (MARCÃO, 2012, p.159).

Vale mencionar, ainda, o princípio da excepcionalidade, haja vista que a regra é que o acusado responda o processo sem haja nenhuma restrição a sua liberdade em razão da acusação que lhe é imposta, devendo a imposição de cautelares ser a exceção, mormente as mais graves.

¹⁸ Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional (BRASIL, 1941).

Por isso, o parágrafo 6º do art. 282 do CPP¹⁹ impõe que a prisão preventiva, que é a mais grave das cautelares, seja adotada apenas quando outras medidas não sejam suficientes para o caso.

3.2 Características das cautelares no processo penal e classificação

Sobre as características da cautelares, a doutrina tem destacado a instrumentalidade hipotética, a acessoriedade, a preventividade, a sumariedade, a provisoriedade (BADARÓ, 2009, p. 938).

A primeira característica é a instrumentalidade hipotética. A medida cautelar é um instrumento para que se garanta deslinde eficaz do processo, não é fim em si mesmo, e nem pode ser. Possui como finalidade predispor o terreno e preparar os meios mais adequados para o seu êxito (CALAMANDREI, 2000. p. 41).

Nesse sentido, não é em razão de o acusado está preso preventivamente que ele não será punido no final se for condenando, malgrado na prática essa restrição da liberdade possa servir como pena, tanto que existe o fenômeno da detração.

No entanto, sua restrição de liberdade não tem como escopo punir o réu, até porque ele pode ser inocente. Por essa razão é chamada de hipotética porque se concede para a hipótese que aquele que a pleiteia eventualmente tenha razão; isto é, o juiz diante de um requerimento de providência cautelar, admite a premissa de que o desfecho do pleito principal possa revelar a existência efetiva do direito afirmado pelo requerente (MOREIRA, 1974, p. 237).

No concernente à acessoriedade, ela está ligada à noção de que o provimento cautelar não é um fim em si mesmo, não tendo aptidão de solucionar e satisfazer a situação de direito material carecedora de tutela jurisdicional (BADARÓ, 2009, p. 939).

Em relação à preventividade, refere-se que a medida cautelar visa prevenir a ocorrência de danos de difícil reparação enquanto o processo principal não chega ao fim (BARROS, 1982, p. 41).

No pertinente à sumariedade, ela se relaciona a cognição do magistrado, que é não é exauriente, e sim, sumária, pois em razão da urgência não é possível uma análise profunda do caso, pois se faz necessário um tempo maior.

¹⁹ A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada (BRASIL, 1941).

A provisoriedade, por sua vez, pode ser entendida como antônimo de definitividade, expressão esta entendida no sentido de solução definitiva, perene, apta a durar para sempre (BADARÓ, 2009, 941).

Existem outras duas características que, embora não sejam citadas em sua maioria pelos doutrinadores, são importantes para compressão das cautelares, a saber: referibilidade e revogabilidade.

Sobre a primeira, entende-se como o liame existente entre a tutela e o caso penal que é objeto do processo penal (RAMOS, 1998, p. 94). Desse modo, a cautelar assegura o direito relativo de punir um crime.

Sobre a segunda, refere-se que a qualquer momento a cautelar poderá ser revogada desde que mude a situação que levou a sua decretação, trata-se do *rebus sic stantibus*.

No concernente à classificação, adota-se a teoria desenvolvido por Calamandrei, a qual toma como critério a matéria da medida cautelar: coisas, elementos de prova e pessoas.

Trazendo essa classificação para o direito pátrio, no pertencente às primeiras, cujo referência são as medidas assecuratórias, temos: sequestro (art.125 do CPP); arresto (art.132 do CPP) e hipoteca Legal (art.134 e segs. do CPP) e de certa forma a fiança.

Em relação aos elementos de provas, que buscam proteger os elementos probatório, há a busca e apreensão (arts.240 e seguintes do CPP), produção antecipada de provas e a interceptação telefônica regulada (Lei n° 9.296/89).

No concernente às pessoais, que restringem a liberdade de locomoção, na legislação pátria temos a prisão provisória - já mencionada no capítulo anterior – e as medidas cautelares diversas da prisão, que são as que serão tratadas aprofundadamente neste trabalho.

3.3 Poder geral de cautela no processo penal

A existência do poder geral de cautela no processo penal é uma celeuma enorme, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

O poder geral de cautela é a possibilidade de que o magistrado se utilize de medidas cautelares não previstas em lei, inominadas.

Autores como Gomes Filho (1992, p. 95); Badaró (2009, p. 75); Barros (1982, p. 58); Lopes Junior (2020, p. 8-9) sempre se mostraram contrários ao poder geral de cautela no processo penal.

Por outro lado, Cruz (2011, p. 178); Lima (2020, p. 1157), Freire Junior e Motta (2021, p. 477-478), o aceitam, nem que seja de forma relativa.

Para os primeiros, argumenta-se que no processo penal, forma é garantia. Logo, não há espaço para poderes gerais, pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal (LOPES JUNIOR, 2020, p. 574).

Outrossim, a taxatividade implica que todas as medidas cautelares estejam previstas em lei, ou seja, que sua aplicação esteja condicionada às hipóteses expressamente previstas em lei (MENDONÇA, 2011. p. 79).

Para os segundos, todavia, em virtude do princípio da proporcionalidade, notadamente por força do subprincípio da necessidade, quando cabível uma medida cautelar mais gravosa, poderá o juiz impor medida cautelar alternativa mais branda não prevista no CPP (LIMA, 2020, p. 1157).

Ademais, o atual artigo 316 foi objeto de alteração na mesma reforma que modificou a redação do art. 311, ou seja, é o reconhecimento pelo próprio legislador da existência do poder geral de cautela do juiz, em matéria de restrição de liberdade (FREIRE JÚNIOR; MOTTA, 2021, p. 477-478).

Com a *devida venia* aos que não defende o poder geral de cautela do processo penal, ele decorre da própria tutela jurisdicional adequada para todas as situações que sejam deduzidas perante o Estado-Juiz (CÂMARA, 2008, p. 49).

A tutela jurisdicional no processo penal precisa ser adequada e eficaz como qualquer outra, não há razão para fazer diferença.

A lição de Câmara (2008, p. 43) é esclarecedora, *in verbis*:

O poder geral de cautela é instituto considerado necessário em todos os quadrantes do planeta, e decorre da óbvia impossibilidade de previsão abstrata de todas as situações de perigo para o processo que podem vir a ocorrer em concreto. Por tal razão, tem-se considerado necessário prever a possibilidade de o juiz conceder medidas outras que não apenas aquelas expressamente previstas pelas leis processuais.

Aliás, garantir o poder geral de cautela do processo penal é defender que se possa aplicar uma medida menos gravosa do que a prisão preventiva ao réu. Considerando que o legislador não possa prevê todas as medidas para garantir todas as situações de perigo para o processo, se não existisse o poder geral de cautela, dever-se-ia aplicar a prisão preventiva para garantir a tutela jurisdicional quando as demais medidas previstas não fossem suficientes.

Cita-se o exemplo de delitos contra honra praticados reiteradamente nas redes sociais, se não existisse o poder geral de cautela para suspensão de perfis, seria necessário decretar a prisão preventiva – o que seria um contrassenso, ante a pena de tais delitos – sob fundamento da garantia da ordem pública, com a possibilidade de reiteração delitiva.

Por outro lado, a crítica de que o processo penal não há espaço para poderes gerais, pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal, não merece valia. É óbvio que todo poder deve possuir limites e deve ser vinculado à forma legal, não é uma particularidade do processo penal, pois decorre do devido processo legal, aplicado ao processo civil, trabalhista, tributário, a todos, sem exceção.

Deve-se o magistrado, nesse sentido, restringir-se pelo dever constitucional de fundamentar suas decisões, pela teoria dos standards probatórios e pelo dever de controle mútuo (MOTTA, 2022, p .169).

No presente trabalho, por outro lado, não obstante defender a existência do poder geral de cautela, a análise das medidas cautelares pessoais diversas da prisão limitar-se-á a análise das previstas no Código de Processo Penal.

3.4 Medidas cautelares pessoais diversas da prisão

Antes da Lei n. 12.403/2011, o Código de Processo Penal previa apenas a prisão e a fiança no caso de liberdade provisória como cautelares pessoais para o indiciado ou acusado.

Malgrado tarde, finalmente por meio da referida lei, criaram-se outras cautelares, permitindo ao magistrado meios mais eficazes para assegurar o processo.

Tais medidas são conhecidas como cautelares pessoais diversas ou alternativas da prisão e estão previstas no art. 319²⁰ do CPP.

²⁰ Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído 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).

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IX - monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). (BRASIL, 1941).

Sobre quais são mais aplicadas, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública fez uma pesquisa, analisando 716 audiência de custódia, nas quais se concederam liberdade provisória com cautelares e chegou à seguinte conclusão:

Tabela 1 - Distribuição das medidas cautelares aplicadas nas audiências de custódia

MEDIDA CAUTELAR	PERCENTUAL EM RELAÇÃO ÀS CAUTELARES
FIANÇA	15,7%
COMPARECIMENTO PERIÓDICO	34,4%
PROIBIÇÃO DE FREQUENTAR LUGARES	4,6%
PROIBIÇÃO DE CONTATO COM PESSOAS	6,6%
PROIBIÇÃO DE SE AUSENTAR DA COMARCA	21,2%
RECOLHIMENTO NOTURNO	9,5%
SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA	0,0%
INTERNAÇÃO PROVISÓRIA	0,0%
MONITORAMENTO ELETRÔNICO	3,7%
PRISÃO DOMICILIAR	0,3%
ENCAMINHAMENTO PARA ASSISTÊNCIA	4,0%
TOTAL	100,0%

Fonte: Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2018, p. 83)

É preciso mencionar que, para que tais instrumentos possam ser aplicados, faz-se necessário *periculum libertatis* e *fumus comissi delicti*, concomitantemente, como qualquer cautelar.

É bem verdade que em relação ao primeiro, é preciso que as medidas aplicadas sejam suficientes para salvaguardar a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei pena. Caso não sejam, deve-se ser decretada a prisão preventiva.

Logo, percebe-se que existe entre a prisão preventiva e as cautelares diversas no concernente ao *periculum libertatis* uma situação de grau – sem mencionar entre a gravidade para o acusado, por óbvio –, de modo que a referida prisão cautelar só deve ser decretada quando o grau de *periculum libertatis* não seja possível ser sanado pelas cautelares alternativas.

Em relação ao grau de restrição de liberdade, o legislador não o fixa, devendo o magistrado observar o caso concreto para aplicá-las, levando-se em conta o princípio da proporcionalidade.

Mendonça (2011, p. 430), todavia, elenca uma ordem na seguinte gradação:

(a) comparecimento periódico em juízo; (b) proibição de acesso a determinados lugares; (c) proibição de contatos; (d) proibição de ausentar-se da Comarca; (e) proibição de ausentar-se do país; (f) recolhimento domiciliar noturno; (g) suspensão do exercício de função pública; (h) fiança; (i) monitoração eletrônica; (j) internação provisória do acusado.

Sobre esse grau discorda-se apenas na posição da fiança, da suspensão do exercício de função pública e da monitoração eletrônica, uma vez que aquela não tem restrição da liberdade, haja vista que atua no âmbito patrimonial do acusado; essa, igualmente, atua na liberdade laboral apenas; e esta; é um meio fiscalizatório primordialmente.

Por outro lado, as cautelares diversas podem ser cumuladas, conforme o parágrafo 1º do art. 282 do CPP²¹, de modo que com essa cumulação haverá um grau maior de restrição.

A seguir serão analisadas, todavia, para fins diádicos, as cautelares individualmente.

3.4.1 Comparecimento periódico em juízo

A primeira cautelar prevista no art. 319 do CPP é o comparecimento periódico em juízo. Por possuir um grau de restrição menor no *status libertatis* do indivíduo normalmente é aplicado em delitos menos graves ou é cumulada com outras medidas.

De acordo com a lei, o comparecimento periódico é em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades.

Assim, possui como finalidade fazer com que o agente preste contas a respeito de suas atividades profissionais e sociais. É uma espécie de monitoramento que se estabelece, (MARÇÃO, 2012, p. 378).

Urge mencionar que não se fixou a periodicidade, podendo o magistrado fixar mensalmente, quinzenalmente, semanalmente ou até - em casos extremamente excepcionais - diariamente.

Vale ressaltar que a referida medida não se confunde com o dever de comparecer a todos os atos do processo imposto na liberdade provisória. Nesse rumo, é esclarecer o magistério de Aury Lopes Junior:

Um é o dever de comparecer aos atos do processo e o outro, em juízo. O primeiro é para assegurar a presença do réu nos atos da instrução, numa antiga visão que negava ao réu o “direito de não ir”. Também buscava, secundariamente, controlar o risco de fuga, mas de forma muito frágil. Agora, o que se busca é o controle da vida cotidiana

²¹ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: [...]

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. (BRASIL, 1941).

do imputado, sem qualquer relação com a instrução processual. O foco é outro. (LOPES JUNIOR, 2020, p. 956).

Portanto, são situações diferentes que não podem ser confundidas de maneira alguma.

3.4.2 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares

Inicialmente, a expressão acesso deve ser compreendida como a simples ação de entrar ou ingressar em determinado local, não tendo qualquer conotação de reiteração ou repetição, já traduz a repetição habitual do investigado em comparecer a um determinado lugar (LIMA, 2020, p.1132).

A medida possui como finalidade primordial evitar o cometimento de nova infração penal nas mesmas circunstâncias que a anteriormente praticada, critério de necessidade da medida também apontado no art. 282, I, do CPP (MARCÃO, 2012, p. 378).

Vale mencionar que o lugar pode ser a própria residência do acusado. Essa situação ocorre quando a vítima habita também na residência, como ocorre com frequência nos casos de violência doméstica.

Na prática, por ser difícil de se fiscalizar, é cumulada com outras medidas, como tornozelamento eletrônico.

3.4.3 Proibição de manter contato com pessoa determinada

Mencionada cautelar é bastante utilizada nos delitos da Lei da Maria da Penha, bem como quando as vítimas são vulneráveis.

Em relação às finalidades, Renato Brasileiro de Lima, de maneira bastante didática, explica:

- a) proteção de determinada(s) pessoa(s), colocadas em situação de risco em virtude do comportamento do agente: a título de exemplo, suponha-se que uma pessoa esteja sendo vítima de ameaças por parte do agente, ou, ainda, hipótese em que um indivíduo esteja sendo ofendido em sua honra subjetiva por meio de ligações telefônicas. Em tais situações, como os crimes de ameaça e de injúria têm pena máxima inferior a 4 (quatro) anos, não seria cabível a decretação da prisão preventiva. Porém, a fim de se evitar que haja a reiteração da conduta delituosa, poderá o juiz determinar que o acusado se abstenha de manter contato com a vítima, hipótese em que referida medida seria adotada de modo a evitar a prática de novas infrações penais;
- b) impedir que, em liberdade total e absoluta, possa o agente influenciar o depoimento de um ofendido e/ou testemunha, causando prejuízo à descoberta dos fatos. Nesse caso, verificando o magistrado a necessidade da medida para tutelar a investigação ou a instrução criminal, protegendo-se uma fonte de prova que se sente intimidada pelo rotineiro contato com o acusado, assim como a adequação do provimento, consoante

a gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, poderá o magistrado determinar que o investigado ou acusado se abstenha de manter contato com tais pessoas. (LIMA, 2020, p. 1133)

Destaque-se, ainda, que a proibição é tanto física quanto verbal, de modo que abarca meios de comunicação, como ligações ou mensagens nas redes sociais - e até mesmo pix - enviadas diretamente.

3.4.4 Proibição de ausentar-se da comarca ou do país

A cautelar objetiva-se impor ao indiciado ou ao acusado a obrigação de permanecer no distrito da culpa. Vale dizer que para sua adoção deve o magistrado justificar que a permanência do réu seja conveniente ou necessária para a investigação, e não simplesmente uma instauração de investigação.

Ademais, a referida medida também pode abranger a vedação de saída do País, porquanto, tratando-se de saída do território nacional, necessariamente também haverá saída da comarca (LIMA, 2020, p. 1134).

Evidentemente que se o motivo da ausência deriva de força maior, o agente não deverá ser penalizado, devendo apenas justificar a razão da ausência na unidade criminal.

De maneira geral, a cautelar se extingue quando se encerra da instrução criminal, todavia, poderá prevalecer sua finalidade atinge ao risco de fuga, daí seu prazo poderá se prolongar enquanto houver indícios da persistência (SANGUINÉ, 2014, p. 725).

3.4.5 Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos

Faz-se necessário para aplicação dessa cautelar que o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos.

Trata-se de cautelar que possui uma considerável restrição da liberdade do indivíduo, porquanto necessitará ficar recolhido no período noturno e nos dias de folga. Por óbvio, deve-se aplicar a analogia para permitir também quando o sujeito estiver estudando.

Considera-se período noturno aquele compreendido entre as 18 horas de um dia e às 6 da manhã seguinte (MARCÃO, 2012, p. 381). Não se vê problema, considerando a particularidade do local, que o recolhimento comece a partir das 21h.

Em relação à finalidade, pode servir a diferentes fins, desde minorar o risco de fuga (ainda que com pouca eficácia), tutela da prova (já que o imputado ficará nos limites trabalho-

domicílio) e até mesmo escopos metacautelares (e, por isso, censuráveis), como prevenção especial e geral (LOPES, 2020, p. 961).

3.4.6 Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira

Essa cautelar é aplicada a sujeitos específicos, isto é, aqueles que exercem função pública ou atividade de natureza econômica ou financeira. Assim, é destinada, primordialmente, aos funcionários públicos, nos crimes contra a administração pública, tais como peculato, concussão, corrupção passiva, prevaricação, bem como aos agentes de crimes contra instituições (AVENA, 2020, p.1784).

Função pública é toda a sorte de atividade desenvolvida na prestação de serviços pelo servidor público, o que incluiria também o emprego público sob o regime trabalhista (PACELLI, 2021, p. 647).

Atividade econômica ou financeira tome-se a título de exemplo, dentre outras, aquelas ligadas ao Ministério da Fazenda; Secretarias Estaduais e Municipais da Fazenda Pública; bancos; bolsa de valores, mercado de capitais etc (MARCÃO, 2012, p.383).

É uma medida gravosa, vez que retira o agente de seu trabalho, prejudicando-o sua vida pessoal e laboral, devendo ser aplicada com parcimônia.

Possui como finalidade, por fim, tutelar o risco de reiteração criminosa, haja vista que essa cautelar é aplicado quando o agente se utilizada de sua função para praticar delitos.

3.4.7 Internação provisória em caso de inimputável ou semi-imputável

Essa cautelar é aplicável apenas ao inimputável ou semi-imputável nas hipóteses de fatos típicos e ilícitos cometidos com violência ou grave ameaça, quando houver risco de reiteração (LIMA, 2020, p. 1143).

Faz-se necessário para sua aplicação a existência de laudo pericial atestando ser o agente inimputável ou semi-imputável, na forma do art. 26 do CP (MARCÃO, 2012, p. 385).

É preciso ressaltar que deve haver constatação da possibilidade reiteração criminosa, bem como se esta deixar de existir, deve a internação provisória ser revogada, levando em consideração o tempo da conduta praticada.

3.4.8 Fiança para assegurar o comparecimento do imputado a atos do processo

A fiança há muito tempo é tratada no ordenamento pátrio como uma contracautela, funcionando como alternativa da prisão em flagrante, liberdade provisória com fiança.

No entanto, a partir da Lei nº 12.403/11, a fiança também passou a funcionar como medida cautelar autônoma, podendo ser aplicada a qualquer tempo do processo.

A cautelar constitui uma garantia prestada em prol da liberdade, com o objetivo *lato sensu* de garantir que o indiciado ou acusado cumprirá suas obrigações processuais (AVENA, 2020, p. 1979).

Para adotá-la, o magistrado deve pautar sua decisão com vistas a: 1º) assegurar o comparecimento a atos do processo; 2º) evitar a obstrução do seu andamento; ou 3º) em caso de resistência injustificada à ordem judicial (MARCÃO, 2012, p. 659).

Por atingir primordialmente o patrimônio do agente, vemos que, malgrado sua gravidade, há pouca restrição da liberdade em si do indivíduo, tanto é assim que é uma garantia real, de modo que pode até ser classificada como cautelar dessa natureza, e não pessoal.

Mesmo com as restrições do art. 328²² do CPP, caso haja a quebra da fiança o indivíduo apenas perderá o valor que deu a título de fiança, de modo que mesmo que haja outra cautelar devido à quebra, ela sim restringirá a liberdade individual.

Nesse sentido, é necessário mencionar que o montante recolhido pode eventualmente ser utilizado para arcar com o dano causado, pagar custas processuais, vide art. 336²³ do Código de Processo Penal.

A título corroborativo, alude Nucci (2012, p. 685) “trata-se de uma garantia real, consistente no pagamento em dinheiro ou na entrega de valores ao Estado, para assegurar o direito de permanecer em liberdade, no transcurso do processo criminal”.

Urge mencionar, nesse sentido, que caso o agente não possua condições de pagar a quantia deve o magistrado dispensá-la ou reduzi-la, não se permitindo que réu continue preso por não a pagar²⁴.

²² Art. 328. O réu afiançado não poderá, sob pena de quebramento da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado. (BRASIL, 1941).

²³ Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312. (BRASIL, 1941).

²⁴ "PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUPERAÇÃO DA SÚMULA 691 DO STF. FIANÇA. LESÃO CORPORAL CULPOSA NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. EMBRIAGUEZ NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR FUNDAMENTAÇÃO ABSTRATA. Documento: 79584333 - Despacho / Decisão - Site certificado - DJe: 01/02/2018 Página 4de 5 Superior Tribunal de Justiça IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DA FIANÇA. TEMPO DE PRISÃO CONCRETAMENTE

3.4.9 Monitoramento eletrônico

A monitoração eletrônica consiste no uso de dispositivo não ostensivo de monitoramento eletrônico, geralmente afixado ao corpo da pessoa, a fim de que se saiba, permanentemente, a localização geográfica do agente, de modo a permitir o controle judicial (LIMA, 2020, p. 1145).

Vale dizer que uma vez aplicada a monitoração, deverá ser advertido o indiciado ou acusado acerca das consequências da violação dos fins pelos quais imposto o controle de seus movimentos, bem como de eventuais procedimentos de retirada desautorizada do equipamento (AVENA, 2020, p. 1794).

É oportuno salientar que a medida cautelar precisa ser utilizada com parcimônia, porquanto cria-se certo estigma da sociedade para aqueles que estão fazendo uso do dispositivo, ademais, caso seja fixado um limite de circulação, a medida pode ser extremamente gravosa, assemelhando-se a uma prisão domiciliar amenizada – inclusive, pode ser aplicada com esta para fiscalização.

CUMPRIDO. ILEGALIDADE. PRESENÇA.HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. In casu, o arbitramento da medida cautelar de fiança não apresentou qualquer fundamentação específica quanto à necessidade e adequação da medida, bem como a finalidade pela qual se impunha a referida cautelar, o que evidencia ausência de fundamentos para a imposição da cautelar.
2. Esta Corte tem compreendido que o inadimplemento da fiança arbitrada, por si só, não é capaz de fundamentar a manutenção da custódia cautelar, nos termos do art. 350 do Código de Processo Penal.
3. Habeas corpus concedido, para a soltura do paciente, **DANILO HENRIQUE SILVA**, independentemente do pagamento da fiança que deve ser isenta, sem prejuízo de novo e fundamentada decisão de necessária medida cautelar penal diversa de prisão." (BRASIL, 2017).

4 DETRAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

Analisando a doutrina pátria, constatou-se existirem quatro correntes versando sobre a possibilidade da detração das medidas cautelares pessoa diversas da prisão. A primeira delas, defendidas, v.g, por Masson (2016) e Capez (2019), alude, seguindo uma interpretação literal do art. 42 do Código de Processo Penal, para não permitir a detração, *in verbis*:

[...] Cabe detração penal nas medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP, como se fossem modalidades de prisão provisória? A resposta, a princípio, é não. O CP é claro: só cabe detração da prisão provisória (art. 42), não sendo possível nas providências acautelatórias de natureza diversa (CAPEZ, 2019, p. 714).

Por outro lado, uma parcela da doutrina afirma que as referidas cautelares podem ser detraídas. Nesse raciocínio, preleciona, de modo esclarecedor, essa corrente no sentido de que:

[...] se o fundamento da detração penal consiste na vedação do *bis in idem*, deve o instituto ser estendido a qualquer hipótese de intervenção do Estado em direitos fundamentais do cidadão, inclusive no caso de medidas cautelares alternativas, qualquer que seja a intensidade da ingerência. Ademais, o art. 2º do CPP autoriza uma interpretação analógica *in bonam partem* pelo juiz, por meio de uma interpretação ampliadora da abrangência do instituto previsto no art. 42 do Código Penal. (SANGUINÉ, 2014, p. 714).

Existe uma terceira teoria que defende que parte das medidas cautelares devem ser detraídas, *ad litteram*:

Não obstante, nas hipóteses em que o acusado se sujeitar à imposição de medidas cautelares extremamente gravosas (v.g., monitoramento eletrônico, proibição de ausentar-se da comarca, etc.), parece-nos extremamente desarrazoado não se conceder nenhum benefício àquele que cumpriu a medida cautelar por um longo período, até mesmo como forma de compensação decorrente dos gravames inerentes a esse castigo antecipado. (LIMA, 2020, p. 962).

Uma quarta corrente, ainda, defende a detração apenas quando a pena definitiva é idêntica à medida cautelar. Nessa esteira, leciona o eminente Nucci (2012, p. 110), “quanto à possibilidade de detração, manifestamo-nos em outras de nossas obras, pela possibilidade de se utilizar a medida cautelar alternativa para esse efeito se e somente se a pena aplicada for idêntica à cautelar experimentada pelo acusado”.

A fim não se restringir-se apenas a uma análise bibliográfica, far-se-á uma análise jurisprudencial sobre o tema, especificamente a do Superior Tribunal de Justiça, que unifica a legislação infraconstitucional.

Ademais, haja vista a detração possuir como fundamento o princípio do *ne bis in idem*, como demonstrado no primeiro capítulo, a seguir será exposta uma pesquisa jurisprudencial

sobre a referida norma no STJ e posteriormente fará uma análise específica do posicionamento deste tribunal sobre o tema em vertente.

4.1 *Ne bis in idem* na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Como observado no primeiro capítulo, a detração penal possui como fundamento o princípio do *ne bis in idem*, de modo que para observarmos a abrangência do fenômeno detracional é necessário entendermos o referido princípio. Para tal, considerando que possui uma abrangência enorme, bem como inexistente previsão legal de essa norma no ordenamento jurídico pátrio, fez-se um breve estudo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme está explicitada na tabela II, apêndice A.

Observou-se a aplicação do *ne bis in idem* nos julgados do Superior Tribunal de Justiça entre 01/02/2023 a 01/07/2023, ao todo foram analisados 45 acórdãos, dos quais se extraem algumas conclusões.

Inicialmente, não obstante o Superior Tribunal de Justiça, não permitir valoração fática sob pena de ferir a súmula 7 ou mesmo limitar julgados por questões processuais como o prequestionamento, no estudo feito não houve uma abrangência tão significativa dessa questão, haja vista que em apenas 13 % (6 julgados) a referida situação ocorreu.

Percebe-se, por outro lado, que o *ne bis in idem* possui força de *per se* para permitir quais situações podem ser aplicadas no direito penal, vez que se há violação a esse princípio deve-se expurgar essa ocorrência no caso concreto.

De outra banda, não necessariamente o STJ aplica esse princípio em benefício do acusado, conforme se observou no julgado no AgRg no Habeas Corpus nº 776917²⁵, em que

²⁵ PENAL E PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. REMIÇÃO DE PENAS. APROVAÇÃO NO ENCCEJA. POSSIBILIDADE. ART. 126 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. RECOMENDAÇÃO N. 44/2013 REVOGADA PELA RESOLUÇÃO 391/2021, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. DIREITO MANTIDO NOS MESMOS MOLDES NÃO AFETA ENTENDIMENTO DESTA CORTE. POSSIBILIDADE DE DECOTAR REMIÇÃO ANTERIOR PELO MESMO MOTIVO SOB PENA DE BIS IN IDEM. FLAGRANTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Assente que a defesa deve trazer alegações capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - A Recomendação n. 44/2013 foi substituída pela Resolução n. 391, de 10 de maio de 2021, que, em seu art. 3º, parágrafo único, dispõe sobre a possibilidade de remição por aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão de ensino fundamental (ENCCEJA ou outros) e aprovação no ENEM, basicamente nos mesmos moldes da Recomendação anterior, assim como o que foi modificado não afetou o entendimento já exposto.

III - O paciente já havia sido beneficiado com a remição de carga horária parcial em razão de estudos do mesmo nível fundamental, nos estudos no CEJA, Centro de Educação de Jovens e Adultos, relativo ao ensino médio, como bem salientado nas decisões das instâncias de origem, o que caracterizaria a duplicidade do benefício, no caso de deferimento de nova remição total de pena. IV - O entendimento desta Corte é da possibilidade de decotar

não permitiu outra remição sob fundamento de uma segunda aprovação nas mesmas matérias do ensino fundamental.

Observa-se nesse caso que haveria a violação ao *ne bis in idem*, haja vista que estaria permitindo uma nova remição a um mesmo sujeito pelos mesmos fatos da antiga.

Outrossim, houve uma situação fática na qual se sobressaiu nos julgados, a saber, a valorização na primeira fase pela quantidade e natureza de entorpecentes e para afastar o tráfico privilegiado ou valorar negativamente outra fase da dosimetria. Ao todo, considerando igualmente os julgados em que o tribunal julgou de ambas as formas, fazendo a diferenciação, foram 31 % (14 julgados).

O tribunal considera que por se tratar de um mesmo fato, ferindo o *ne bis in idem*, a quantidade e natureza dos entorpecentes não podem ao mesmo se valorado na primeira fase e servir para afastar o tráfico privilegiado ou mesmo ser valorado em outra fase do sistema de fixação da pena.

Por outro lado, observou-se que caso haja aplicação de fundamentos diferentes para a valoração para cada fase da dosimetria, não há violação ao princípio do *ne bis in idem*.

Cita-se de exemplo do AgRg no Habeas Corpus Nº 798333 – SP²⁶, em que o tribunal

da nova remição os dias anteriormente remidos e, embora o Tribunal tenha usado de uma dinâmica diversa, qual seja, conceder a totalidade e revogar os dias em duplicidade, no final, matematicamente, o resultado seria o mesmo, qual seja, o de conceder nova remição, excluindo os dias já remidos, o que não caracteriza prejuízo na quantidade de dias.

Agravo regimental desprovido.
(BRASIL, 2023).

²⁶ AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS E INTENSA ATUAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA NA LOCALIDADE ONDE OCORREU O FLAGRANTE. CRITÉRIOS IDÔNEOS E SUFICIENTES PARA A EXASPERAÇÃO. ALEGADA INAPTIDÃO DA CONDENAÇÃO ANTERIOR PARA EFEITO DE REINCIDÊNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA E DEFICIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. MINORANTE. REINCIDÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE EVIDENCIAM A HABITUALIDADE NA TRAFICÂNCIA. REGIME PRISIONAL. REINCIDÊNCIA E EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECNETES. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. ALEGADA INOBSERVÂNCIA DA REGRA DA DETRAÇÃO CONTIDA NO § 2º DO ART. 387 DO CPP. DISPOSITIVO LEGAL QUE SEQUER EXISTIA AO TEMPO DA CONDENAÇÃO. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

2. Embora o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 não estivesse em vigor ao tempo da prática delitiva, a quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos é circunstância relevante para a aferição do grau de reprovabilidade da conduta e, como tal, deve ser sopesada na fixação das penas no crime de tráfico de drogas, em observância aos critérios do art. 59 do Código Penal.

3. Hipótese em que a exasperação da pena-base do paciente em 3 anos fundou-se na expressiva quantidade das drogas apreendidas e pela intensa atuação da organização criminosa na localidade em que ocorreu o flagrante, circunstâncias idôneas e suficientes para o incremento. Precedentes.

4. A alegada inaptidão da condenação anterior para efeito de reincidência não foi objeto de debate pela Corte local, de forma que sua análise por este Tribunal implicaria supressão de instância. Ademais, o impetrante sequer instruiu o habeas corpus com documento comprobatório de sua alegação e, como é cediço, o rito do habeas corpus

observou que a quantidade de entorpecentes foi utilizada para exasperar a pena base e outras provas (apreensão de balança de precisão, outros petrechos, o réu ser reincidente) para verificar a traficância habitual, o que afastaria a possibilidade do tráfico privilegiado.

Além disso, observou-se que o STJ (6%, 3 julgados) não considera *bis in idem* se o acusado for reincidência por mais de um processo, utilizando-se de um para configurar maus antecedentes na primeira fase e o outro para configurar a reincidência na segunda.

Observou-se também que não configura *bis in idem* a valoração na primeira fase de situações que transcendem o tipo penal, qualificadoras ou majorantes. Por exemplo, no Agrg no Agravo em Recurso Especial nº 1784509 – RJ²⁷ decidiu-se que não se considera *bis in idem*

pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos, a existência do suscitado constrangimento ilegal. Precedentes.

5. A incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa. 6. No caso, além de o paciente ser reincidente, o que já constitui óbice ao benefício, as instâncias ordinárias, com base no acervo probatório, afastaram o redutor com base em elementos concretos e idôneos extraídos dos autos, os quais indicam que o agravante se dedicava a atividades criminosas. Precedentes.

7. Não ocorre *bis in idem* quando o julgador utiliza determinadas circunstâncias para efeito de exasperar a pena-base (quantidade das drogas e a intensa atuação da organização criminosa na localidade em que ocorreu o flagrante) e a ponderação dessas circunstâncias, junto de outras provas, como elementos de convicção no sentido de que o agente se dedica com habitualidade à traficância. Precedentes.

8. Tratando-se de condenação a pena privativa de liberdade que excede 4 anos de reclusão, a reincidência constitui óbice ao pretendido regime inicial semiaberto, na esteira do disposto no art. 33, § 2º, do Código Penal. Além disso, as instâncias ordinárias também justificaram o recrudescimento na expressiva quantidade das drogas apreendidas, fundamento que, igualmente, é idôneo e suficiente. Precedentes.

9. A apontada inobservância da regra da detração contida no § 2º do art. 387 do CPP não foi objeto de debate na origem, até por não estar vigente ao tempo da condenação, o que inviabiliza o respectivo exame por esta Corte, sob pena de supressão de instância. Precedentes.

10. Agravo regimental não provido.

(BRASIL, 2023).

²⁷ PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS DO DELITO. ELEVADO PREJUÍZO CAUSADO À INSTITUIÇÃO VÍTIMA. BIS IN IDEM COM CAUSA DE AUMENTO DO ART. 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL – CP. INOCORRÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS DIVERSAS. PENA-BASE AUMENTADA EM 1/2. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Inexiste *bis in idem* na concomitante negatificação da vetorial consequências do delito, em razão do elevado prejuízo causado à instituição vítima, e na aplicação da causa de aumento do art. 171, § 3º, do CP. Isso porque a existência de significativo prejuízo à entidade não consiste em resultado obrigatório ou em figura elementar da prática de crime "em detrimento de entidade de direito público ou instituto de economia popular, assistência social ou beneficência", consistindo, pois, em circunstâncias diversas e de possível aplicação simultânea.

2. Esta Corte tem entendido que a dosimetria da pena só pode ser reexaminada em recurso especial quando se verificar, de plano, a ocorrência de erro ou ilegalidade. Diante da inexistência de um critério legal matemático para exasperação da pena-base, admite-se certa discricionariedade do órgão julgador, desde que baseado em circunstâncias concretas do fato criminoso, de modo que a motivação do édito condenatório ofereça garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

3. Adotada fundamentação concreta e idônea para o incremento da pena-base em fração superior a 1/6, não há falar em violação ao disposto no art. 59 do CP. No caso dos autos, o Tribunal de origem elevou a pena-base em 1/2 em razão das consequências negativas do delito, fundamentando tal exasperação no elevado prejuízo causado pela recorrente, responsável por gerar grave dano à Previdência Social e por comprometer a sua solvibilidade e capacidade de atender às demandas sociais.

4. Agravo regimental desprovido. (BRASIL, 2023).

a negação das consequências do delito, em razão do elevado prejuízo causado à instituição vítima, e na aplicação da causa de aumento do art. 171, § 3º, do CP, porque a existência de significativo prejuízo à entidade não consiste em resultado obrigatório ou em figura elementar da prática de crime "em detrimento de entidade de direito público ou instituto de economia popular, assistência social ou beneficência", consistindo, pois, em circunstâncias diversas e de possível aplicação simultânea.

Logo, o Superior Tribunal de Justiça soluciona diversos questionamentos que não são tão claros pela lei por meio da análise do princípio do *ne bis in idem*, de modo que a seguir será analisada o que referido tribunal dita sobre a possibilidade de detração das cautelares pessoais diversas da prisão.

4.2 Possibilidade da detração das medidas cautelares diversas da prisão na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e análise crítica

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a detração das medidas cautelares diversas da prisão atualmente passa pela análise do Recurso Especial nº 1977135/SC²⁸ decidido

(BRASIL, 2023).

²⁸ 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

pela Terceira Seção do referido tribunal, que formou o tema repetitivo nº 1155.

Nele, buscou-se definir se o período em que o apenado cumpriu medida cautelar de recolhimento noturno deve ser computado para fins de detração da pena e 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.

O tribunal em 23 de novembro de 2022 fixou que 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

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 decisor. 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. (BRASIL, 2022).

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; e que 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.

A uniformização foi salutar, mormente para segurança jurídica, porquanto o próprio STJ anteriormente decidia de ambas as formas, ora permitindo a detração²⁹, ora negando³⁰.

No referido julgado, a defesa buscava reformar o acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que tinha modificado a decisão do juiz de primeiro grau, negando a possibilidade de detração da cautelar de recolhimento noturno.

Ao analisar o voto do relator Joel Ilan Paciornik, observam-se alguns pontos. A elucubração da questão se dá pela ausência de previsão legal, haja vista que uma vez que a modificação dada pela Lei n. 12.403/2011 ao Código de Processo Penal, malgrado tenha trazido profundas alterações no sistema de cautelares, não solucionou a questão.

O relator asseverou as divergências doutrinárias sobre o tema, bem como trouxe uma perspectiva de direito comparado, citando alguns países que permitem o fenômeno, como Portugal e Espanha.

Ademais, aludiu que é inegável que a cautelar recolhimento domiciliar noturno compromete o *status libertatis* do acusado, firmando isso como premissa, bem como que a

²⁹ Como no julgado AgRg no HABEAS CORPUS Nº 612.328 - DF:

EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL 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. 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 ensejar a privação de liberdade do apenado, deve ser detraído da pena, em observância aos princípios da proporcionalidade e do non bis in idem. 2. Agravo regimental não provido. (BRASIL, 2021).

³⁰ Como no AgRg no HABEAS CORPUS Nº 515.444 - DF:

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. (BRASIL, 2020)

interpretação dada ao art. 42 não era *numerus clausus*, pois feriria o princípio do *ne bis in idem* e da proporcionalidade.

Em relação à obrigação do monitoramento eletrônico, afirmou que 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.

No concernente ao tempo, asseverou que as horas de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga deveriam ser convertidas em dias para contagem da detração da pena, com a ressalva de que se no cômputo total remanescer período menor que vinte e quatro horas, essa fração de dia deverá ser desprezada.

Em relação ao processo em si, houve interposição de recurso extraordinário Ministério Público, que não foi admitido pelo STJ, o que fez com que o *Parquet* interpusesse agravo em recurso extraordinário, sendo os autos encaminhados ao Supremo Tribunal Federal, aguardando julgamento.

No concernente às demais cautelares diversas da prisão, o Superior Tribunal de Justiça é contrário a detração, como se pode observar nos julgados, que foram posteriores ao Recurso Especial nº 1977135/SC, que tratavam das cautelares de comparecimento em juízo e proibição de se ausentar da comarca e monitoração eletrônica, respectivamente, no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2038946 – SP da sexta turma e no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1902212 – RS da quinta turma, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. DETRAÇÃO. MEDIDAS CAUTELARES DO ART. 319, I E IV, DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. ART. 42 DO CP E RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (TEMA 1.155). AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Agravante que pretende detração do período em que cumpriu medidas cautelares de comparecimento mensal em juízo e proibição de se ausentar da comarca.
 2. O art. 42 do CP não deixa ao intérprete a possibilidade de abater medida cautelar pessoal sem restrição à liberdade de ir e vir. Nesse contexto, observado o art. 42 do CP e o Tema 1.155, o aresto recorrido vai ao encontro de entendimento assente nesta Corte Superior.
 3. Agravo regimental não provido.
- (BRASIL, 2023).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PLEITO DE DETRAÇÃO ANTE O MONITORAMENTO ELETRÔNICO. RESTRIÇÃO DE LIBERDADE NÃO IDENTIFICADA. AUSÊNCIA DE PROVA DE RECOLHIMENTO DOMICILIAR. DESPROVIMENTO.

1. A Corte de origem delineou que o monitoramento eletrônico concedido ao réu no decorrer da instrução criminal é medida cautelar diversa da prisão (art. 319, IX, do CPP). Por tal motivo, não pode ser considerada como tempo de prisão para fins de detração. (...) a situação do apelante Germano, que permaneceu monitorado eletronicamente, claramente não se equipara às hipóteses previstas no art. 42 do CP. A monitoração eletrônica trata-se de cautela adotada pelo Estado, que tem o interesse de monitorar a localização de pessoas envolvidas em crimes graves (fls. 670/671).

2. A Terceira Seção desta Corte Superior dispôs que, diferente do ocorrido no caso concreto, na hipótese de recolhimento domiciliar, o paciente tem direito à conversão do tempo em que teve a sua liberdade restrita, para efeitos de detração.
3. Verifica-se, nos autos, que o recorrente, além do monitoramento eletrônico, [...] cumpriu outra medida cautelar diversa durante todo o Inquérito Policial e Ação Penal, qual seja o comparecimento mensal ao Juízo para informar e justificar as atividades por ele desenvolvidas (fl. 691).
4. Nos termos da decisão ora agravada, a imposição de monitoração eletrônica com o objetivo de garantir o cumprimento das demais medidas cautelares substitutivas da prisão, sem intervalo de recolhimento domiciliar obrigatório, não configura restrição à liberdade de locomoção, para o fim de detração da pena
5. Agravo regimental improvido. (BRASIL, 2023).

Nessas decisões, o tribunal considerou que tais cautelares ainda que possam oferecer algum nível de restrição à liberdade, a intensidade de cada uma delas ou de todas elas juntas em nada se aproxima do encarceramento, bem como só se pode detrair cautelares que restringem a liberdade de ir e vir.

Observa-se que sem entrar ainda na questão em si da possibilidade de detração das cautelares diversas da prisão é perceptível que há contradição nas decisões do tribunal.

Ao decidir sobre a possibilidade de detração do recolhimento domiciliar noturno o referido tribunal informou haveria restrição no *status libertatis* do indivíduo, de modo que haveria violação do princípio do *ne bis in idem*, o qual como visto no tópico anterior pode ser essencial para soluções jurídicas, haja vista que haveria uma punição durante o processo e uma no final sem que houvesse uma compensação entre elas, devendo neste caso aplicar o princípio da proporcionalidade para detrair.

Ademais, aludiu que o art. 42 não era *numerus clausus*, de modo que se poderia abranger mais hipóteses.

Por outro lado, ao negar a detração para outras cautelares, asseverou que só se poderia restringir cautelares que limitam a liberdade de ir e vir, porém, em sua maioria as cautelares diversas da prisão restringem a liberdade de ir e vir, salvo a fiança e a suspensão de exercício de função pública, pois as demais restringem o *status libertatis* do indivíduo.

Ao limitar o indivíduo a se ausentar da comarca, há uma clara restrição na liberdade de ir e vir ao proibi-lo de ir para lugares que não são proibidos para as demais pessoas. O comparecimento periódico em juízo igualmente obriga o agente a comparecer para justificar suas atividades, limitando seu direito de ir e vir a outros lugares naquele dia.

A monitoração eletrônica em si sem fixação de limite de espaço não há restrição da liberdade por si, porém, dificilmente ela será aplicada sozinha, - no caso do julgado, foi cumulada com o comparecimento periódico em juízo - ou sem um limite de espaço, porque serviria apenas de monitoramento, como se fosse sistema de posicionamento, sem muita

utilidade, se houvesse não uma restrição em si.

Todas as limitações fazem com que o agente as sofra sem que haja uma condenação, às vezes, nem mesmo um processo, de modo que começa a cumprir uma sanção antes que haja um julgamento, de maneira que caberia a detração de maneira proporcional, como o próprio STJ decidiu no caso de recolhimento noturno e nos dias de folga, portanto, o tribunal não foi coerente com seu próprio julgamento anterior.

4.4. Análise da possibilidade da detração das cautelares diversas da prisão à luz do princípio do *ne bis in idem*

Inicialmente, é verdade que não há na legislação pátria nenhuma norma que diretamente indique ser possível a detração das cautelares pessoais diversas da prisão. A própria lei que introduziu de maneira sistemática no ordenamento jurídico, Lei n. 12.403/2011, nada versou sobre essa possibilidade.

Ademais, o Código Penal ao tratar sobre a detração penal mostra que esse fenômeno é aplicado apenas no caso de prisão provisória e internação hospitalar.

Todavia, a interpretação fria não abarca todas as situações na qual a detração deveria ser aplicada, tanto que os tribunais a reconhecem na prisão domiciliar.

Como se mostrou no capítulo primeiro, a detração é o cômputo da pena de qualquer situação que restringe a liberdade individual durante o processo penal.

Outrossim, a detração possui como fundamento o princípio do *ne bis in idem*, que como se observou é um critério bastante utilizado no Superior Tribunal de Justiça para permitir ou não certas situações no ordenamento jurídico, ao impedir uma dupla restrição no *status libertatis* do indivíduo.

Nesse passo, pode-se dizer que se há restrição na liberdade individual com as cautelares diversas da prisão, haverá, caso não haja a detração, ferimento ao princípio penal do *ne bis in idem*, de modo que essa situação não deveria acontecer, tendo que ser expurgada do ordenamento jurídico, pois fere uma norma basilar do sistema.

No concernente à restrição da liberdade, é patente sua ocorrência com as cautelares pessoais diversas da prisão, até ao classificar, percebe-se que elas atuam diretamente na liberdade de locomoção pessoal.

O que se diferencia, como observado no capítulo segundo, é o grau de restrição, de modo que temos que a prisão provisória como sendo o grau máximo de restrição, e as cautelares

diversas do recolhimento em um grau menor em relação à prisão, e entre si também possuem graus díspares.

Percebe-se que o próprio Superior Tribunal Justiça reconheceu que algumas cautelares diversas limitam o *status libertatis*, no entanto, o tribunal mencionado apenas considera as que são mais graves, as que se aproxima mais da prisão, o que *data venia* é equivocado.

No concernente aos argumentos das correntes contrárias à detração, nenhuma merece prosperar. Em relação à que se filia a letra da lei, a interpretação dada por essa corrente não é sistemática com o ordenamento jurídico, interpreta-se a questão de forma retalhada, de modo que se for pensar de essa maneira não haveria detração sequer da prisão domiciliar.

Em relação à que permite apenas a detração para algumas cautelares, possuem o mesmo problema do posicionalmente do STJ, reconhece-se o defeito, mas só o soluciona em parte, permanecendo ainda a violação.

No pertinente à que defende a detração apenas quando a pena definitiva é idêntica à medida cautelar, só se reconhece que as cautelares aplicadas restringem a liberdade ao ponto de serem idênticas a pena definitiva, de modo que se não houvesse detração quando a pena não fosse idêntica a cautelar, o agente ficaria punido por esta, bem como pela pena definitiva, ferindo o princípio do *ne bis in idem* da mesma forma.

De outro lado, é compreensível pela dificuldade de definir critérios específicos para detrair cada cautelar os argumentos de tais correntes, de modo que seria extremamente salutar se existisse uma legislação regulando essa matéria, mas não há.

Como o próprio Superior Tribunal de Justiça em recurso repetitivo uniformou pela detração da cautelar de recolhimento noturno e nos dias de folga, nesse sentido, poderia criar critérios para demais.

Poder-se-ia pelo menos adotar critérios mais gerais, permitindo a detração considerando poucos parâmetros, a fim de ajustar melhor a questão, enquanto não surge uma legislação específica. Então, parece claro que o problema maior estará não no reconhecimento da possibilidade da detração das referidas medidas, mas sim como criar critérios proporcionais a restrição.

Das cautelares do art. 319, vemos que as únicas que não restringem a liberdade ir e vir é a fiança e a suspensão do exercício de função pública ou atividade econômica e financeira, logo, de fato, não é caso de detração.

Urge mencionar que como dito anteriormente a monitoração eletrônica sem fixação de distanciamento ou com cumulação com outras medidas, também não restringe o *status libertatis*, malgrado possa criar estigma social, o que não está, porém, dentro no âmbito jurídico.

Com exceção dessas duas, pode-se separar por dois grupos, a saber, aquelas que restringem a liberdade com grau próximo a prisão provisória e aquelas que a restringe em um grau mais distante.

Do primeiro grupo, temos o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga e internação provisória.

Do segundo grupo, temos o comparecimento periódico em juízo, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, a proibição de manter contato com pessoa determinada quando, a proibição de ausentar-se da comarca e a monitoração eletrônica com fixação de distância.

Ante a inexistência de parâmetros legais, para as cautelares que possui um maior de restrição a detração pode se dá na proporção de 1 por 1, isto é, a cada dia de cumprimento cautelar deve-se subtrair um dia da eventual condenação. No caso de recolhimento noturno, as horas de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga devem ser convertidas em dias para contagem da detração da pena e se no cômputo total remanescer período menor que vinte e quatro horas, essa fração de dia deverá ser desprezada, conforme decidiu o STJ e com o fundamento do art. 11 do Código Penal³¹.

No concernente às do primeiro grupo, é incompatível a detração paritária da medida cautelar diversa da prisão no prazo da sentença definitiva (BARROS; MACHADO, 2011, p. 222). Contudo, pode-se aplicar um parâmetro já utilizado no direito penal, especificamente na execução, isto é, a remissão pelo trabalho/estudo prevista no parágrafo 1º³² do art. 126 da Lei de Execução Penal.

Desse modo, o parâmetro ficaria de 3 por 1, o agente fará jus a um dia de pena privativa de liberdade para cada três dias de cumprimento da cautelar diversa da prisão.

Nesse sentido, é importante trazer à baila o ensinamento de Guilherme Madeira Dezem, que explicita o que foi defendido acima, *in verbis*:

É importante lembrar que a medida cautelar distinta da prisão aplicada anteriormente afetou a liberdade do acusado, restringindo-a. Nesses casos, a detração se dará na proporção de 3 por 1, em analogia ao disposto no artigo 8º do CPB, cumulando com o artigo 126, § 1º da LEP, (remissão pelo trabalho e estudo). Desse modo, se

³¹ Art. 11 - Desprezam-se, nas penas privativas de liberdade e nas restritivas de direitos, as frações de dia, e, na pena de multa, as frações de cruzeiro. (BRASIL, 1940).

³² Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

§ 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de:

I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias;

II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho. (BRASIL, 1984).

condenado, o sujeito fará jus ao cômputo de um dia de pena privativa de liberdade para cada três dias de cumprimento da medida cautelar diversa da prisão”. (DEZEM, 2011, p. 15-16).

Esclarece-se que, por óbvio, ante ser menos grave do que a pena privativa de liberdade, a detração se dá na hipótese de substituição por restritiva de direitos, sejam quando forem semelhantes ou não, a cautelar imposta no processo, sendo o tempo submetido a esta abatido do tempo da pena restritiva de direito, seja ela qual for.

No caso de cumulação de cautelares, salvo as que já se detrai na proporção 1 por 1, pode-se, a partir do número de cautelares imposta igualar essa proporção, de modo que com um número significativo de cautelares a proporção ficaria também até a proporção 1 por 1, e não 3 por 1, haja vista o aumento na restrição no *status libertatis*.

Nesse raciocínio, evita-se o ferimento do princípio do *ne bis in idem*, porquanto a restrição da liberdade será abatida da pena definitiva, rechaçando a dupla sanção, compatibilizando de maneira mais justa o sistema penal.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As cautelares diversas da prisão inseridas no Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403 de 2011 foi um avanço significativo no ordenamento jurídico, haja vista criar alternativas para garantir o desenvolvimento do processo sem que necessariamente precise de que o investigado ou acusado esteja recolhido, o que é exceção - ou, deveria ser, no Estado Democrático de Direito.

Contudo, a introdução das referidas medidas trouxe questionamentos sobre a compatibilização com outros institutos como a detração penal, que foi o primordial objeto deste estudo.

Nesse raciocínio, observou-se que a detração penal não pode ser entendida friamente como disposta em lei, porquanto é um instituto que almeja evitar o excesso da sanção estatal, ao ter como fundamento a proibição do *bis in idem*.

A detração, dessa forma, deve ser entendida como o cômputo, na pena final, de toda situação que cerceou qualquer ato ou direito de liberdade do indivíduo durante o processo.

No concernente ao princípio do *ne bis in idem*, ele é basilar no direito desde o Estado Moderno, proibindo que o mesmo agente seja processado ou punido duas vezes pelos mesmos fatos. Estes entendidos, após análise das correntes doutrinárias, como o sendo o histórico, um acontecimento limitado pelo espaço e tempo.

Ainda sobre o fenômeno da detração, constatou-se que se faz necessário um estudo aprofundado sobre a sua aplicação em processos distintos, não obstante como premissa inicial acreditar-se em sua possibilidade, a fim de tentar amenizar um erro grave no processo.

Em relação às medidas cautelares diversas da prisão, verificou-se que como toda cautelar do direito penal, faz-se necessário requisitos como *fumus commissi delicti e periculum libertatis* e são regidas pelos mesmos princípios.

Urge dizer que as mencionadas medidas restringem a liberdade de locomoção individual, salvo a fiança, a suspensão de função pública e o monitoramento eletrônico sem fixação de distância, bem como podem ser cumuladas, o que aumenta o grau de restrição.

Averiguou-se uma grande celeuma doutrinária e nos tribunais, sobre a possibilidade de o magistrado adotar medidas cautelares atípicas no direito penal, o que merece um estudo aprofundado sobre o poder geral de cautela no processo criminal.

Ao analisar a possibilidade da detração das cautelares diversas da prisão, observou-se existirem na doutrina pátria 4 (quatro) correntes, desde as que negam totalmente a possibilidade até as que advogam completamente em sua defesa.

Considerando que a detração possui como fundamento principal o *ne bis in idem*, buscou entender a força de tal princípio na prática, razão pela qual durante 5 (cinco) meses analisou-se os acórdãos, 45 (quarenta e cinco) no total, do Superior Tribunal de Justiça, observando-se que o referido tribunal decide questões baseadas unicamente no *bis in idem*, proibindo situações que ferem essa norma.

Analisou-se também o entendimento do STJ sobre o tema em si, percebendo a existência de recurso definitivo que permitiu a detração da cautelar de recolhimento noturno e nos dias de folgas. O tribunal entendeu que a não permissão desse fenômeno feriria o *bis in idem* e a proporcionalidade.

Contudo, observou-se que o mesmo tribunal decidiu, posteriormente ao recurso repetitivo, por negar a detração das demais cautelares diversas da prisão, o que se infere incoerência pelo STJ, haja vista que as demais medidas também restringem a liberdade de locomoção em sua maioria, portanto, ferindo igualmente o *bis in idem*.

Dessa forma, concluiu-se que é necessário detrair as medidas cautelares pessoais diversas da prisão, considerando que estas restringem a liberdade de ir e vir, malgrado em grau menor do que a prisão provisória, em face de que, caso não haja a detração, haverá ferimento no princípio do *ne bis in idem*, o que não se permite no ordenamento jurídico.

Sugere-se, nesse sentido, que haja uma lei para incluir os parâmetros detracionais para serem aplicados para cada cautelar. Enquanto não há uma lei para isso, considerando que o Superior Tribunal de Justiça uniformou um parâmetro para a cautelar de recolhimento noturno e nos dias de folgas, poderia fazer para as demais.

Nesse sentido, poder-se-ia para cautelares que possui um maior de restrição a detração (internação provisória e recolhimento noturno e nos dias folgas) aplicar a proporção de 1 por 1, isto é, a cada dia de cumprimento cautelar deve-se subtrair um dia da eventual condenação.

Para as demais - ressalvando a fiança, a suspensão da função pública e monitoramento sem distância, as quais não se deve detrair, haja vista não haver restrição da liberdade de ir e vir - o parâmetro ficaria de 3 por 1, com fundamento na remição por trabalho e estudo, o agente fará jus, assim, a um dia de pena privativa de liberdade para cada três dias de cumprimento da cautelar diversa da prisão.

No caso de cumulação de cautelares, por fim, salvo as que já se detrai na proporção 1 por 1, pode-se, a partir do número de cautelares imposta igualar essa proporção, de modo que com um número significativo de cautelares a proporção ficaria também até a proporção 1 por 1, e não 3 por 1, haja vista o aumento na restrição no *status libertatis*.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

AVENA, Noberto. **Curso de Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BACH, Marion. **MULTIPLICIDADE SANCIONATÓRIA ESTATAL PELO MESMO FATO: ne bis in idem e proporcionalidade**. 2021. 344 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2021. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/9788/2/Tese%20VF%20Com%20Introdu%c3%a7%c3%a3o%20e%20Conclus%c3%a3o.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2023.

BADARÓ, Gustavo. **Direito processual penal: tomo II**. 2. ed. Atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Prisão e medidas cautelares: nova reforma do Processo Penal – Lei nº 12.403/2011**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982. _____. **Direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Volume 1. 14 ed. São Paulo: Saraiva Jus. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 nov. 2023.

_____. DECRETO 774 de 20 de setembro de 1890. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-774-20-setembro-1890-517659-publicacaooriginal-1-pe.html> >. Acesso em: 10 nov. 2023.

_____. DECRETO-LEI nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm > Acesso 14 nov. 2023.

_____. DECRETO-LEI nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de processo penal. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm >. Acesso 11 nov. 2023.

_____. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Disponível em:< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm > Acesso em: 11 nov. 2023.

_____. Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em:< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm > Acesso em: 15 nov. 2023.

_____. Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989. Disponível em:<

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm > Acesso em: 11 nov. 2023.

_____. Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 04 maio 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm. Acesso em: 10 nov. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgRg nos EDcl no HC 442538 / PR. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, DF, 05 de março de 2020. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 09 mar. 2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800687450&dt_publicacao=09/03/2020. Acesso em: 11 nov. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 1784509 / RJ. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Brasília, DF, 14 de fevereiro de 2023. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 22 fev. 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002894397&dt_publicacao=22/02/2023. Acesso em: 13 nov. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 506.413/SP. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, DF, 10 de setembro de 2019. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 30 set. 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901172525&dt_publicacao=30/09/2019. Acesso em: 12 nov. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 515.444 / DF. Relator: Ministro Laurita Vaz. Brasília, DF, 15 de dezembro de 2020. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 18 dez. 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901681918&dt_publicacao=18/12/2020. Acesso em: 14 nov. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 612.328 / DF. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, DF, 09 de março de 2023. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 15 mar. 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002353349&dt_publicacao=15/03/2021. Acesso em: 14 nov. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HABEAS CORPUS Nº 776.917 - SC. Relator: Ministro Messod Azulay Neto. Brasília, DF, 10 de março de 2023. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 14 mar. 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203237444&dt_publicacao=14/03/2023. Acesso em: 13 nov. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HABEAS CORPUS Nº 798.333 - SP. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, 13 de junho de 2023. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 16 junho. 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202300177557&dt_publicacao=16/06/2023. Acesso em: 13 nov. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1902212 / RS. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 06 de março de 2023. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 10 mar. 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002775005&dt_publicacao=10/03/2023. Acesso em: 14 nov. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 2038946 / SP. Relator: Ministro Laurita Vaz. Brasília, DF, 14 de agosto de 2023. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 17 ago. 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203654147&dt_publicacao=17/08/2023. Acesso em: 14 nov. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 459.377/RS. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, 04 de novembro de 2018. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 04 nov. 2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801742706&dt_publicacao=13/09/2018. Acesso em: 11 nov. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1977135/SC. Relator: Ministro Joel Ian Paciornik. Brasília, DF, 23 de novembro de 2023. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 28 nov. 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103921805&dt_publicacao=28/11/2022. Acesso em: 14 nov. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3360. Relator: Cármen Lúcia. Brasília, DF, 11 de fevereiro de 2022. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 11 fev. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2259375>. Acesso em: 11 nov. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4109. Relator: Cármen Lúcia. Brasília, DF, 11 de fevereiro de 2022. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 11 fev. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2629686>. Acesso em: 11 nov. 2023.

BRITO, Alexis Couto de. **Código Penal interpretado**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Execução Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Campinas: Servanda, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Volume III. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CLAUS ROXIN, **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

CAVALEIRO de FERREIRA, Manuel. **Curso de Processo Penal**. Volume III. Lisboa: Ed. Danúbio. 1970.

CRUZ, Rogério Schietti (orgs.). **Processo penal** (Coleção Repercussões do Novo CPC, v.13). Salvador: Juspodivm, 2016.

CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário etimológico da Língua Portuguesa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2020.

DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA. 1 ed. [ebook]: Priberam, 2011.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito penal: parte geral**, 3. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Richi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. 32. ed. São Paulo: Juspodivm, 2020.

Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Relatório Analítico Propositivo: justiça pesquisa direitos e garantias fundamentais**. Brasília: CONSELHOR NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê; MOTTA, André Guasti. **A (in)constitucionalidade da proibição da decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz na fase de investigação e a conversão do flagrante em preventiva**. In: MARTINELLI, João Paulo (Org.); COSTA, Pedro Simões (Org.); CONCEIÇÃO, Pedro Simões da (Org.). **O empresário no banco dos réus**. 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal: parte geral**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Volume I. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1992.

GUANTER, del Rey S. **Potestad Sancionadora de la Administración y Jurisdicción Penal en el Orden Social**, Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1981.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: Parte Geral**, 37ª ed, São Paulo: Saraiva, 2020.

LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. **Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis in idem**. Barcelona: Bosch, 1998.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Juspodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraivajus, 2021.

MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Filipe Costa. **DETRAÇÃO NAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS: É POSSÍVEL? ***. **Revista da Sjrj**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 36, p. 63-80, abr. 2023. Anual. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/407-1715-2-pb.pdf>. Acesso em:

14 nov. 2023.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Curso de Hermenêutica Jurídica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Volume V. Campinas: Bookseller, 1997.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

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

MIRABETE, Julio Fabrini. **Código Penal Interpretado**, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2011.
_____. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. 34ª ed. Volume I. São Paulo: Atlas, 2018.

MOTTA, André Guasti. **GARANTISMO PENAL E PRINCÍPIO ACUSATÓRIO**:: uma análise acerca dos poderes instrutórios do juiz no processo penal. 2022. 199 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2022. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=11651933. Acesso em: 14 nov. 2023.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Estudos sobre o novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974.

MUNÓZ CLARES, José. **Ne bis in idem y derecho penal. definición, patologia y contrarios**. Murcia: Editorial DM, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11ªed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2012.

_____. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**, 1966. Disponível em: https://www3.paho.org/hr-ecourse-p/assets/_pdf/Module1/Lesson2/M1_L2_5.pdf . Acesso em: 15 nov. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: <https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm> . Acesso em: 15 nov. 2023.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PADRO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral e parte especial**. 17. ed.

Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. **Comentários ao Código Penal**, 4ª edição revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. **La Prohibición Constitucional de Incurrir en Bis In Idem**. Barcelona, Editora Tirant lo blanch, 2002.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 2005.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SABOYA, Keity. **Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SANCHES, Najme Hadad. **Aplicação da Detração Penal sob a Luz da Constituição Federal**. 2020. 232 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2020.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. São Paulo. Malheiros, 2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Processo Penal**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Volume II. 19. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**, 4. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

APÊNDICE A - PESQUISA DOS ACÓRDÃOS DO STJ

Tabela 2 - Aplicação do *ne bis in idem* no STJ entre 01/02/2023 a
01/07/2023

Julgado	Recorrente	Provimento	Assunto	Violação do princípio	Razão
AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1908034 - PR (Quinta turma)	Defesa	Não provimento	Quantidade de entorpecentes utilizados na primeira fase e para afastar o tráfico privilegiado	Prejudicado	Falta de prequestionamento
AgRg no REsp 2035122 / MG (Quinta turma)	Defesa	Não provimento	Aumentar a pena-base em razão ter se valido da atividade de advogado para auferir vantagens quando a prática do exercício de profissão já elevou a reprimenda pelo art. 168, § 1º do CP.	Sim	Utilização dos mesmos fundamentos
HABEAS CORPUS Nº 806431 - GO (Sexta Turma)	Defesa	Provimento parcial	Imputação concomitante dos crimes de associação para o tráfico de drogas e organização criminosa.	Não	Crimes autônomos
AgRg no HABEAS CORPUS Nº 798333 - SP (Quinta turma)	Defesa	Não provimento	Valoração na primeira fase e afastamento do tráfico privilegiado.	Não	Utilização de elementos diferentes para cada situação.
AgRg no AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2160693 (Quinta turma)	Defesa	Não provimento	Valoração na primeira fase e para afastar o tráfico privilegiado.	Prejudicado	Falta prequestionamento
AgRg no HABEAS CORPUS Nº 809396 - SP (Quinta turma)	Defesa	Não provimento	Valoração na primeira fase e para afastar o tráfico privilegiado.	Não	Utilização de elementos diferentes para cada situação
AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2083490 - SP (Quinta turma)	Defesa	Não provimento	A pena-base foi aumentada, bem como considerada causa de aumento do § 4º do art. 171 do CP	Não	A pena-base foi aumentada em razão da culpabilidade e das consequências do crime e não da idade das ofendidas
AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2308719 - SP (Quinta turma)	Defesa	Não provimento	Condenações anteriores para aumentar a pena-base e configurar reincidência	Não	Não viola se forem mais de uma condenação.
AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2002446 (Quinta turma)	Defesa	Não provimento	Organização criminosa armada descrita para justificar a majoração da reprimenda na terceira fase da dosimetria e aumento da pena-base	Não	Foram utilizados elementos diferentes, para além da organização armada, para elevar a pena base
AgRg no HABEAS CORPUS Nº 801517 - SP (Sexta turma)	Ministério Público	Não provimento	Quantidade de entorpecentes utilizados na primeira fase e para afastar o tráfico privilegiado	Sim	A pena-base exasperada com fundamento na natureza e quantidade de drogas apreendida, de rigor se faz a aplicação da minorante em seu grau máximo, sob pena de bis in idem
AgRg no HABEAS CORPUS Nº 803805 - SP (Sexta turma)	Defesa	Não provimento	Quantidade de entorpecentes utilizados na primeira fase e para afastar o tráfico privilegiado	Sim	A pena-base exasperada com fundamento na natureza e quantidade de drogas apreendida, de rigor se faz a aplicação da minorante em seu grau máximo, sob pena de bis in idem
AgRg no HABEAS CORPUS Nº 799521 (Quinta turma)	Defesa	Não provimento	Condenações anteriores para aumentar a pena-base e configurar reincidência	Não	Não viola se forem mais de uma condenação.
AgRg no HABEAS CORPUS Nº 820576 - SP Quinta turma)	Defesa	Não provimento	Valoração na primeira fase e afastamento do tráfico privilegiado	Não	Utilização de elementos diferentes para cada situação
AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2000101 - PE (Sexta turma)	Defesa	Não provimento	Valoração negativa das consequências do crime com a aplicação da continuidade delitiva	Não.	A primeira se baseou no prejuízo sofrido pela instituição financeira e o segundo está ligado com o número de delitos perpetrados
AgRg no HABEAS CORPUS Nº 760451 - SC (Sexta turma)	Defesa	Não provimento	Utilização da agravante genérica prevista no art. 61, II, f, do Código Penal e da majorante específica do art. 226, II, do Código Penal	Não	Na segunda fase foi em virtude de relações doméstica e, na terceira fase, a majorante deu-se na condição de padrasto da vítima, que, como se vê, são situações distintas
AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1477936 (Sexta turma)	Defesa	Não provimento	Os motivos que ensejaram a valoração negativa das circunstâncias do crime e da culpabilidade do agente	Prejudicado	Súmula 182 do STJ

Julgado	Recorrente	Provimento	Assunto	Violação do princípio	Razão
AgRg no HABEAS CORPUS Nº 794828 - MS (Sexta turma)	Ministério Público	Não provimento	Quantidade de entorpecentes utilizados na primeira fase e para afastar o tráfico privilegiado	Sim	Quantidade de drogas já foi valorada na primeira fase, de modo que configurado o bis in idem uma outra valoração na terceira fase
AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1533195 - SP (Sexta turma)	Defesa	Não provimento	A agravante de delito praticado contra idoso e tal circunstância foi considerada também na primeira fase	Não.	agravante é de caráter objetivo e tal circunstância foi considerada apenas como reforço argumentativo na primeira fase
AgRg no HABEAS CORPUS Nº 801715 - SP (Quinta turma)	Defesa	Não provimento	Condenações anteriores para aumentar a pena-base e configurar reincidência	Não	Não viola se forem mais de uma condenação
AgRg no HABEAS CORPUS Nº 768373 - PR (Quinta turma)	Defesa	Não provimento	Quantidade de entorpecentes utilizados na primeira fase e para afastar o tráfico privilegiado	Sim	Constituem elementos para modular o tráfico privilegiado, quando não valoradas na primeira fase da dosimetria, sob pena de incorrer em bis in idem
AgRg no HABEAS CORPUS Nº 724176 - SC (Quinta turma)	Defesa	Não provimento	As circunstâncias judiciais e o valor a res furtivae	Prejudicado	Prejudicado. Súmula 7.
AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1940453 - (Sexta turma)	Defesa	Não provimento	Bis in idem com continuidade delitiva.	Prejudicado	Prequestionamento
RECURSO ESPECIAL Nº 1.901.761 - AC (Sexta turma)	Defesa	Não provimento	A condenação pelo crime previsto no art. 2º, § 4º, inciso I, da Lei 12.850/13 e o Art. 244 -B	Sim	Constitui bis in idem condenação pelo crime previsto no art. 2º, § 4º, inciso I, da Lei 12.850/13 e o Art. 244 -B
AgRg no HABEAS CORPUS Nº 810752 - MG (Quinta turma)	Defesa	Não provimento	Quantidade de entorpecentes utilizados na primeira fase e para afastar o tráfico privilegiado	Sim	Constitui bis in idem a valoração negativa de idênticos fundamentos na primeira etapa da dosimetria da pena e na terceira, para negar a minorante do tráfico privilegiado
AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2231683 - SP (Sexta turma)	Defesa	Não provimento	A qualificadora do perigo comum e circunstância judicial	Prejudicado	Prequestionamento
AgRg no PExt no HABEAS CORPUS Nº 752.229 - RJ (Sexta turma)	Defesa	Não provimento	Conversão da pena corporal por restritiva de direitos e circunstância judicial desfavorável	Sim	Tendo sido reconhecida circunstância judicial desfavorável ao agravante não é admissível conversão em restritiva, sem que se possa inferir bis in idem ou arbitrariedade em tal conclusão
AgRg no HABEAS CORPUS Nº 800181 - MS (Sexta turma)	Defesa	Não provimento	Quantidade de entorpecentes utilizados na primeira fase e para afastar o tráfico privilegiado	Não	Utilização de elementos diferentes para cada situação
AgRg no HABEAS CORPUS Nº 789043 - SC (Quinta turma)	Defesa	Não provimento	Conversão da pena corporal por restritiva de direitos e circunstância judicial desfavorável	Sim	Tendo sido reconhecida circunstância judicial desfavorável ao agravante não é admissível conversão em restritiva, sem que se possa inferir bis in idem ou arbitrariedade em tal conclusão
AgRg no HABEAS CORPUS Nº 788966 - SP (Quinta turma)	Defesa	Não provimento	Conversão da pena corporal por restritiva de direitos e circunstância judicial desfavorável	Sim	Tendo sido reconhecida circunstância judicial desfavorável ao agravante não é admissível conversão em restritiva, sem que se possa inferir bis in idem ou arbitrariedade em tal conclusão
AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.917.106 - MG (Quinta turma)	Defesa	Não provimento	Quantidade de entorpecentes utilizados na primeira fase e para afastar o tráfico privilegiado	Não	Utilização de elementos diferentes para cada situação
AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2060562 - SP (Sexta turma)	Defesa	Não provimento	Reincidência como agravante e para afastar o tráfico privilegiado	Não	Não caracteriza bis in idem
AgRg no HABEAS CORPUS Nº 603385 - SP (Quinta turma)	Defesa	Não provimento	Quantidade de entorpecentes utilizados na primeira fase e para afastar o tráfico privilegiado	Sim	Constitui bis in idem a valoração negativa de idênticos fundamentos na primeira etapa da dosimetria da pena e na terceira, para negar a minorante do tráfico privilegiado
AgRg no HABEAS CORPUS Nº 747081 - MG (Quinta turma)	Ministério Público	Não provimento	Quantidade de entorpecentes utilizados na primeira fase e para afastar o tráfico privilegiado	Sim.	Constitui bis in idem a valoração negativa de idênticos fundamentos na primeira etapa da dosimetria da pena e na terceira, para negar a minorante do tráfico privilegiado

Julgado	Recorrente	Provimento	Assunto	Violação do princípio	Razão
AgRg no HABEAS CORPUS Nº 776917 (Quinta turma)	Defesa	Não provimento	Remição pela segunda aprovação nas mesmas matérias do ensino fundamental	Não	As mesmas matérias do ensino fundamental em outro exame, a qual não pode ser duplamente considerada, sob pena de bis in idem
AgRg no HABEAS CORPUS Nº 801967 (Quinta turma)	Defesa	Não provimento	Quantidade de entorpecentes utilizados na primeira fase e para afastar o tráfico privilegiado	Não	Utilização de elementos diferentes para cada situação
RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 173448 - DF (Quinta turma)	Defesa	Provimento	Direito administrativo sancionador e direito penal	Sim	Independência mitigada entre diferentes esferas sancionadoras. Vedação ao bis in idem
AgRg no HABEAS CORPUS Nº 748392 - SP (Sexta turma)	Defesa	Não provimento	Quantidade de entorpecentes utilizados na primeira fase e para afastar o tráfico privilegiado	Não	Utilização de elementos diferentes para cada situação
AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1862237 - PR (Sexta turma)	Defesa	Não provimento	Condenação do agente pelo crime do art. 33, caput, c/c art. 40-I da Lei n. 11.343/2006	Não	Não há bis in idem na aplicação da causa de aumento pela transnacionalidade, porquanto o fato de o agente 'trazer consigo' a droga já conduz à tipicidade do crime de tráfico
AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2137846 (Quinta Turma)	Defesa	Não provimento	Agravante genérica disposta no art. 61, II, "g", do CP e circunstância judicial negativa.	Não.	A agravante genérica também não se confunde com as circunstâncias judiciais, na medida em que aquela agrava a pena em razão do cometimento do delito "com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão
AgRg no HABEAS CORPUS Nº 788613 - SP (Sexta turma)	Defesa	Não provimento	Reincidência como agravante e para afastar o tráfico privilegiado	Não	Não caracteriza bis in idem
AgRg no HABEAS CORPUS Nº 799541 - RJ (Quinta turma)	Defesa	Não provimento	Quantidade de entorpecentes utilizados na primeira fase e para afastar o tráfico privilegiado	Não	Utilização de elementos diferentes para cada situação
AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1784509 - RJ (Quinta turma)	Defesa	Não provimento	Concomitante negatização da vetorial consequências do delito, em razão do elevado prejuízo causado à instituição vítima, e na aplicação da causa de aumento do art. 171, § 3º, do CP	Não.	Existência de significativo prejuízo à entidade não consiste em resultado obrigatório da prática de crime "em detrimento de entidade de direito público ou instituto de economia popular, assistência social ou beneficência", consistindo, pois, em circunstâncias diversas
AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1825536 - RJ (Sexta turma)	Defesa	Não provimento	Aplicação da agravante descrita no art. 61, II, "b", do CP com relação ao delito do art. 1º da Lei 9.613/1998	Não	A origem ilícita dos recursos ilegalmente reciclados decorreu da prática dos crimes previstos nos arts. 4º, I, da Lei 8.137/1990 e 90 da Lei 8.666/1993, utilizados paralelamente para a prática de outra espécie delitiva, no caso, a corrupção passiva
EDcl no AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.101.521 (Quinta turma)	Defesa	De ofício	Agravante genérica do art. 62, IV, do CP e o delito de corrupção passiva	Sim.	Quando a vantagem econômica ou de outra natureza for ínsita ao tipo legal do delito, como é a decorrente do crime de corrupção ativa do art. 333 do CP, configuraria bis in idem, situação vedada no sistema penal
AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1019902 (Sexta turma)	Defesa	Não provimento	Circunstância agravante prevista no art. 62, I, do CP e corrupção	Não.	A liderança subjetiva exercida pelo réu na execução do desvio e apropriação de recursos públicos não constituiu aspecto considerado para a exasperação da pena-base.

Fonte: Elaboração própria a partir dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça