REVISTA TÓPICOS
ISSN 2965-6672 | Qualis A2

A MEDIDA CAUTELAR DE RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO E A POSSIBILIDADE DE DETRAÇÃO: A TENSÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO PANORAMA JURISPRUDENCIAL DO STF E DO STJ

NIGHTTIME HOME CONFINEMENT AS A PRETRIAL PRECAUTIONARY MEASURE AND THE POSSIBILITY OF CREDITING TIME SERVED: THE TENSION BETWEEN THE PRINCIPLE OF LEGALITY AND THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE CASE LAW OF THE BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT (STF) AND SUPERIOR COURT OF JUSTICE (STJ)

Ciências Sociais Aplicadas • 07/11/2026

REGISTRO DOI: 10.70773/revistatopicos/794088045

Matheus de Oliveira Santana[1]

Rafael Pereira[2]

RESUMO

O presente artigo analisa a controvérsia jurídica acerca da possibilidade de se reconhecer, para fins de detração penal, o período de cumprimento da medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno, prevista no art. 319, V, do Código de Processo Penal. Introduzida pela Lei nº 12.403/2011, que reformulou o sistema de medidas cautelares com o objetivo de reduzir o encarceramento provisório, tal medida gerou divergências interpretativas em virtude da ausência de previsão expressa no art. 42 do Código Penal (CP). A partir da análise normativa e jurisprudencial, o estudo evidencia a tensão entre o princípio da legalidade, que impõe estrita observância às hipóteses legais de detração, e a interpretação ampliativa adotada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), fundada no princípio da proporcionalidade e na vedação ao bis in idem. Examina-se, também, o posicionamento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), que tem rechaçado a ampliação do alcance da detração por ausência de respaldo normativo. Além disso, analisa-se o impacto prático dessa controvérsia na execução penal, especialmente em contextos de precariedade estrutural do sistema prisional, como no Estado do Amazonas, em que a inexistência de estabelecimentos adequados para o regime semiaberto tem potencializado distorções na aplicação e na finalidade das sanções penais. Por fim, o trabalho propõe reflexão crítica sobre a adequação constitucional da medida e sobre a efetividade das funções punitiva e ressocializadora da pena.

Palavras-chave: Detração Penal; Recolhimento Domiciliar Noturno; Princípio da Legalidade; Princípio da Proporcionalidade; Execução Penal.

ABSTRACT

This article analyzes the legal controversy surrounding the possibility

of recognizing, for the purpose of sentence deduction (*detração penal*), the period of compliance with the precautionary measure of night-time home confinement, as provided in Article 319, V, of the Brazilian Code of Criminal Procedure. Introduced by Law No. 12,403/2011, which restructured the system of precautionary measures to reduce pretrial detention, this measure has generated interpretative divergences due to the lack of express provision in Article 42 of the Penal Code. Based on normative and jurisprudential analysis, the study highlights the tension between the principle of legality — requiring strict adherence to the statutory hypotheses for sentence deduction — and the broader interpretation adopted by the Superior Court of Justice (STJ), grounded in proportionality and the prohibition of *bis in idem*. It also examines the position of one of the panels of the Supreme Federal Court (STF), which has rejected the extension of sentence deduction due to the absence of legal basis. Furthermore, the paper addresses the practical impact of this controversy on criminal execution, particularly in structurally precarious contexts such as the State of Amazonas, where the absence of suitable facilities for the semi-open regime has intensified distortions in the application and purpose of penal sanctions. Finally, the study offers a critical reflection on the constitutional adequacy of the measure and the effectiveness of the punitive and resocializing functions of the penalty.
Keywords: Sentence Deduction; Night-Time Home Confinement; Principle of Legality; Principle of Proportionality; Criminal Enforcement.

1. INTRODUÇÃO

A execução penal contemporânea enfrenta um de seus maiores desafios ao conciliar a estrita legalidade penal com a necessidade de

concretizar valores constitucionais que transcendem a letra da lei. Nesse contexto, a controvérsia sobre o reconhecimento, para fins de detração, do período de cumprimento da medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno, prevista no art. 319, V, do Código de Processo Penal, tornou-se tema de debate jurisprudencial e doutrinário. A questão ultrapassa o campo meramente técnico e reflete o papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais e na limitação do poder punitivo estatal.

A Lei nº 12.403/2011 reformulou o sistema de medidas cautelares, introduzindo alternativas à prisão preventiva com o objetivo de reduzir o encarceramento provisório. Entre elas, o recolhimento domiciliar noturno surgiu como medida intermediária, permitindo ao investigado permanecer em liberdade durante o dia, desde que se recolha à residência durante o período noturno. Embora concebida como instrumento de equilíbrio entre acautelamento e liberdade individual, sua aplicação suscitou novo questionamento: é possível considerar o tempo de cumprimento dessa medida como pena efetivamente cumprida, para fins de detração prevista no art. 42 do Código Penal (CP)?

O problema evidencia a tensão entre o princípio da legalidade e o princípio da proporcionalidade. De um lado, a legalidade, consagrada nos arts. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, e 1º do Código Penal, delimita o poder de punir e impede a criação judicial de benefícios ou sanções. Por essa ótica, o rol do art. 42 do Código Penal seria exaustivo, restringindo a detração apenas ao tempo de prisão provisória. Por outro lado, o princípio da proporcionalidade tem sido invocado para legitimar interpretação ampliativa, de modo a reconhecer a restrição de liberdade decorrente do recolhimento domiciliar como passível de detração.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar o Tema Repetitivo nº 1155 (REsp 1.977.135/SC), adotou entendimento favorável à detração, afirmando que se deve reconhecer o abatimento correspondente, sob pena de afronta à proporcionalidade e à vedação ao *bis in idem*. O tribunal destacou que, embora o recolhimento domiciliar possua natureza cautelar, produz efeitos práticos semelhantes ao regime semiaberto, o que justificaria seu cômputo na execução penal.

Entretanto, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de habeas corpus, tem firmado posição contrária, enfatizando que a ampliação do rol do art. 42 do Código Penal, ainda que sob o argumento de proporcionalidade, é vedada pela legalidade estrita. O reconhecimento da detração nesses casos configuraria criação judicial de benefício não previsto em lei, invadindo competência legislativa e comprometendo a segurança jurídica.

A controvérsia, portanto, não se limita a uma interpretação literal do art. 42 do Código Penal, mas reflete um embate principiológico e institucional: até que ponto o Judiciário pode, em nome da proporcionalidade, flexibilizar a legalidade penal? A resposta a essa indagação demanda cuidadosa ponderação entre os referidos princípios.

No plano prático, o tema assume relevância ainda maior em comarcas com carência estrutural do sistema prisional, como no interior do Estado do Amazonas. A inexistência de estabelecimentos destinados ao regime semiaberto faz com que, após a detração do tempo de recolhimento noturno, muitos condenados alcancem rapidamente o requisito temporal para a progressão de regime. Como não há local adequado para o cumprimento da pena intermediária, a execução penal reduz-se, na prática, ao

comparecimento mensal em juízo, desprovida de qualquer conteúdo ressocializador, o que gera nítido esvaziamento da função punitiva da sanção penal.

A dificuldade é agravada pela ausência de mecanismos eficazes de fiscalização do cumprimento da medida cautelar. Nas comarcas sem monitoração eletrônica, o controle judicial limita-se, em regra, à confiança nas declarações do próprio beneficiário, sem instrumentos que permitam aferir se o investigado realmente permaneceu recolhido nos horários fixados. Assim, em grande parte dos casos, admite-se a detração de um período de restrição meramente presumido, instaurando-se o paradoxo de uma "pena fictícia", que fragiliza a credibilidade do sistema de justiça criminal. Esse cenário revela o descompasso entre a dogmática penal e a realidade executória. A ampliação interpretativa da detração, quando dissociada de critérios objetivos e de controle efetivo, compromete a coerência do sistema penal e a percepção social de justiça.

Metodologicamente, o estudo adota abordagem qualitativa e analítico-descritiva, com base na interpretação normativa, jurisprudencial e principiológica. São examinados os dispositivos legais e os precedentes mais recentes do STF e do STJ, a fim de avaliar seus impactos na execução penal. A análise parte dos princípios da legalidade, proporcionalidade e separação dos poderes, buscando conciliar a dogmática penal com a realidade prática e contribuir para o aprimoramento do debate jurídico.

2. ESTRUTURA NORMATIVA E POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS

O instituto da detração penal, previsto no art. 42 do Código Penal, visa assegurar que o tempo de privação de liberdade anterior à

condenação definitiva seja computado na pena imposta, evitando duplicidade punitiva e garantindo proporcionalidade entre a restrição e a sanção. O dispositivo estabelece que: “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”.

A doutrina majoritária entende que o rol do art. 42 do Código Penal não possui caráter taxativo, admitindo a possibilidade de detração sempre que houver homogeneidade e semelhança entre a medida cautelar aplicada no curso do processo e a pena privativa de liberdade imposta na sentença condenatória. Para essa corrente, a finalidade do instituto é evitar o excesso punitivo e assegurar proporcionalidade, de modo que o tempo de restrição efetiva ao direito de locomoção deve ser computado, ainda que decorrente de medida cautelar diversa da prisão (Lima, 2025).

A promulgação da Lei nº 12.403/2011 reformulou profundamente o sistema cautelar brasileiro, introduzindo um modelo escalonado de restrições à liberdade destinado a reduzir o encarceramento provisório. O art. 319 do Código de Processo Penal passou a prever medidas cautelares diversas da prisão, entre elas o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga (inciso V). Essa inovação rompeu o antigo binômio prisão-liberdade, instaurando uma gradação entre restrição e liberdade (Junior, 2014).

As medidas cautelares diversas da prisão expressam a lógica do processo penal constitucional, fundado na primazia da liberdade e na excepcionalidade da prisão. O recolhimento domiciliar noturno, de natureza cautelar, impõe restrição ao direito de locomoção,

assumindo caráter acautelatório e, simultaneamente, limitativo da liberdade.

A controvérsia surge justamente pela ausência de previsão expressa no art. 42 do Código Penal quanto à detração do período de recolhimento domiciliar noturno. Duas correntes se formaram: a primeira, com base na proporcionalidade e na vedação ao *bis in idem*, defende o reconhecimento da restrição concreta à liberdade como passível de compensação. A segunda, amparada na legalidade estrita, nega a equiparação entre medida cautelar e pena.

Lima (2025) apresenta posição amplamente favorável à possibilidade de detração do tempo de cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão, especialmente quando houver homogeneidade e equivalência entre a medida imposta no curso do processo e a pena definitiva fixada na sentença condenatória:

> *Sem embargo desse silêncio legal, a doutrina sempre entendeu que, havendo semelhança e homogeneidade entre a medida cautelar aplicada no curso do processo e a pena imposta ao acusado na sentença condenatória irrecorrível, seria plenamente possível a detração. A título de exemplo, supondo que tenha sido imposta ao acusado a medida cautelar de recolhimento domiciliar no período noturno, se acaso for condenado ao cumprimento da pena restritiva de direitos de limitação de final de semana, não temos dúvida quanto à possibilidade de detração, já que a cautelar guarda certa similitude com a pena definitiva" (Lima, 2025, p. 963-964)*

Ainda, o autor amplia sua argumentação ao considerar o caráter compensatório dessas restrições, afirmando que a ausência de

qualquer benefício a quem cumpre medidas cautelares severas gera desigualdade e desestímulo ao cumprimento voluntário das ordens judiciais:

> *[...] 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. [...] Criar-se-ia situação de absoluta desigualdade em relação àquele que não cumpriu nenhuma medida cautelar durante o curso da persecução penal. [...] De lege ferenda, pensamos que deve ser trabalhado critério de detração semelhante ao da remição, constante do art. 126 da LEP. Ou seja, para cada três dias de cumprimento da medida cautelar diversa da prisão, deverá ser descontado um dia de pena do agente" (Lima, 2025, p. 964)*

Em sentido diametralmente oposto, CAPEZ (2014) nega a possibilidade de detração nas hipóteses de recolhimento domiciliar noturno e de outras medidas cautelares do art. 319 do Código de Processo Penal. Para o autor, tais providências não se confundem com a prisão provisória, uma vez que consistem em restrições compatíveis com a liberdade provisória, e não em formas de encarceramento. O autor adota uma interpretação estritamente legalista do art. 42 do Código Penal, sustentando que a detração só pode incidir sobre períodos de efetiva privação da liberdade, isto é, quando o indivíduo estiver preso em flagrante, preventivamente, temporariamente ou em decorrência de condenação ainda não

transitada em julgado. Assim, ampliar o alcance do dispositivo para abarcar medidas cautelares significaria violar o princípio da legalidade penal. O autor é categórico ao afirmar:

> *A questão que se coloca é: 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. Convém notar que o caput do art. 319 do CPP é expresso ao dizer que tais providências são "medidas cautelares diversas da prisão". Ora, sendo diversas da prisão provisória, com ela não se confundem. Do mesmo modo, o art. 321 do CPP é suficientemente claro: "Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva...", isto é, quando não for o caso de se decretar a prisão preventiva, "... o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se, for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código". A redação é clara ao indicar que as medidas cautelares alternativas não constituem espécie de prisão provisória, mas restrições que acompanham a liberdade provisória. Duas são as opções: prisão preventiva ou liberdade provisória (acompanhada ou não de medidas restritivas). Na primeira cabe detração, na segunda, não. Uma das medidas previstas, por exemplo, é a fiança (CPP, art. 319, VIII). Não há como a liberdade provisória com fiança ser equiparada à prisão provisória. Da mesma forma, a prisão preventiva em nada se parece com a liberdade provisória monitorada eletronicamente, ou acompanhada de alguma proibição (de sair da comarca, manter contato com pessoas determinadas, frequentar lugares ou exercer função pública ou atividade financeira) ou obrigação (de recolhimento domiciliar noturno ou comparecer ao juízo periodicamente). Estar solto provisoriamente não é o mesmo que estar preso provisoriamente. (Capez, 2014, p. 282-283)*

Dessa forma, enquanto Lima defende uma interpretação material e finalística do instituto, voltada à proporcionalidade e à justiça

concreta, Capez reafirma a leitura formal e estrita, na qual a ausência de previsão legal impede qualquer analogia in bonam partem. A oposição entre essas correntes sintetiza o dilema central da temática: a tensão entre a legalidade penal e a busca por justiça material na execução da pena.

No plano jurisprudencial, observa-se divergência entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de detração do período de recolhimento domiciliar noturno. O STJ, ao julgar o Tema Repetitivo nº 1.155 (REsp 1.977.135/SC), reconheceu a possibilidade de abatimento, ainda que sem monitoração eletrônica, com fundamento nos princípios da proporcionalidade e da vedação ao bis in idem. Já a Primeira Turma do STF, em precedentes como o ARE 1.481.211 AgR/SC, entende que tal ampliação viola o princípio da legalidade e a reserva de lei em matéria penal. Essa dualidade interpretativa será examinada nos tópicos seguintes, à luz do confronto entre legalidade e proporcionalidade na execução penal contemporânea.

3. O ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça consolidou posição central na controvérsia sobre o reconhecimento, para fins de detração penal, do período de cumprimento da medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno, prevista no art. 319, V, do Código de Processo Penal. A questão foi definitivamente apreciada no Tema Repetitivo nº 1.155 (*REsp n. 1.977.135/SC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 23/11/2022, DJe de 28/11/2022.*).

Antes da uniformização, coexistiam entendimentos divergentes nas Turmas do STJ. Parte das decisões negava a detração, alegando

ausência de previsão legal e inexistência de privação integral da liberdade. Outra vertente, porém, já reconhecia a possibilidade de abatimento quando demonstrada a efetiva restrição ao direito de locomoção (monitoramento eletrônico), em observância aos princípios da proporcionalidade e da vedação ao *bis in idem*. No julgamento do repetitivo, o STJ fixou as seguintes teses:

> *1) O período de recolhimento obrigatório noturno e nos dias de folga, por comprometer o status libertatis do acusado, deve ser reconhecido como período a ser detraído da pena privativa de liberdade e da medida de segurança, em homenagem aos princípios da proporcionalidade e do non bis in idem. 2) O monitoramento eletrônico associado, atribuição do Estado, não é condição indeclinável para a detração dos períodos de submissão a essas medidas cautelares, não se justificando distinção de tratamento ao investigado ao qual não é determinado e disponibilizado o aparelhamento.3) As horas de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga devem ser convertidas em dias para contagem da detração da pena. Se no cômputo total remanescer período menor que vinte e quatro horas, essa fração de dia deverá ser desprezada (REsp n. 1.977.135/SC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 23/11/2022, DJe de 28/11/2022.).*

Depreende-se do julgamento que a detração tem como finalidade evitar o excesso de punição e garantir tratamento igualitário entre situações equivalentes de restrição. Assim, sendo o recolhimento domiciliar noturno uma limitação concreta à liberdade, seria desarrazoado desconsiderá-lo para fins de abatimento, sob pena de afronta à proporcionalidade e à vedação ao *bis in idem*.

Para o Superior Tribunal de Justiça, o princípio da legalidade não deve ser aplicado de forma isolada, desvinculado de valores constitucionais de natureza humanitária e garantista. Nesse sentido, a proporcionalidade atua como instrumento de controle do poder punitivo, corrigindo a rigidez formal da norma e permitindo reconhecer a equivalência material entre situações de restrição efetiva da liberdade.

O julgamento do Tema Repetitivo nº 1.155 (REsp 1.977.135/SC) consolidou essa compreensão, ao admitir a detração do tempo de recolhimento domiciliar noturno, ainda que sem monitoração eletrônica. O precedente consagrou uma interpretação ampliativa do art. 42 do Código Penal, buscando compatibilizar a legalidade com a proporcionalidade e assegurar a efetividade dos direitos fundamentais no âmbito da execução penal.

4. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de reconhecimento da detração penal ao período de cumprimento da medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno não é uniforme, revelando divergência significativa entre suas Turmas. Enquanto a Primeira Turma tem adotado posição restritiva, pautada no princípio da legalidade estrita e na natureza taxativa do rol previsto no art. 42 do Código Penal, a Segunda Turma vem manifestando entendimento mais flexível e convergente com o do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo, em determinados casos, a possibilidade de detração com fundamento nos princípios da proporcionalidade e da vedação ao *bis in idem*. Tal dissenso interno evidencia que o tema ainda se encontra em processo de

consolidação no âmbito da Corte, carecendo de definição pelo Plenário.

A posição restritiva mais recente consolidou-se, sobretudo, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1481211 SC (Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 22 abr. 2024), no qual se reafirmou a impossibilidade de equiparar o recolhimento domiciliar noturno à prisão para fins de detração penal. O relator destacou que a Constituição Federal, ao consagrar o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX), impõe reserva absoluta de lei para a criação de benefícios de natureza penal, sendo vedada sua ampliação judicial:

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL ATENDIDOS. DETRAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RAZÃO DO CUMPRIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS . IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (ART. 5º, XLVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) . AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Estão preenchidos os pressupostos legais e constitucionais de admissibilidade do Recurso Extraordinário. 2 . Não há que se falar em detração penal do tempo em que o réu esteve em recolhimento domiciliar noturno, pois, além de a referida medida cautelar não comprometer efetivamente o status libertatis do acusado, o art. 42 do Código Penal não prevê a aplicabilidade do benefício a esta hipótese. 3. Agravo Regimental a que se nega provimento. (STF - ARE: 1481211 SC, Relator.: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 22/04/2024, Primeira Turma, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 30-04-2024 PUBLIC 02-05-2024)*

Foi consignado o reconhecimento da detração com base em analogia violaria a separação dos poderes e a reserva legal, pois compete exclusivamente ao legislador definir as hipóteses de abatimento de pena. Para a Primeira Turma, o recolhimento domiciliar noturno não se equipara à prisão provisória, uma vez que não implica privação integral da liberdade nem permite fiscalização efetiva de seu cumprimento. Assim, a compensação desse período com a pena definitiva configuraria compensação indevida entre medida cautelar e sanção penal. Ademais, destacou-se que a proporcionalidade, embora valor constitucional relevante, não pode ser invocada como fundamento autônomo para criação judicial de benefícios sem respaldo normativo, sob pena de ativismo judicial e violação da segurança jurídica.

Essa linha foi reiterada anteriormente em precedentes como HC 205.740/SC, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe de 28/4/2022; HC 81.886/RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ de 21/6/2002; HC 144.429/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe de 21/9/2020; HC 214.862/SP, Rel. Min. André Mendonça, DJe de 10/5/2022; RHC 190.429/MS, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 21/7/2021; e RHC 198.272/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 4/11/2021, nos quais se reafirmou o caráter taxativo do art. 42 do Código Penal e a impossibilidade de equiparação entre prisão e medida cautelar.

Por outro lado, a Segunda Turma tem apresentado manifestações mais próximas da posição do STJ. Em decisões monocráticas, como no RHC 190429 MS (Rel. Min. Edson Fachin), reconheceu-se a possibilidade de se considerar o recolhimento domiciliar noturno para fins de detração quando houver semelhança e homogeneidade entre a medida cautelar aplicada no curso do processo e a pena

imposta na sentença condenatória, em homenagem aos princípios da proporcionalidade e do non bis in idem:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. DETRAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DA PRISÃO . RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO E EM DIAS DE FOLGA. SEMELHANÇA E HOMOGENEIDADE ENTRE A CAUTELAR E A PENA IMPOSTA. ANALOGIA IN BONAM PARTEM. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO . 1. O recolhimento domiciliar noturno, por comprometer o status libertatis do investigado, deve ser computado para efeitos de detração penal quando houver semelhança e homogeneidade entre a medida cautelar aplicada no curso do processo e a pena imposta na sentença condenatória, em homenagem aos princípios da proporcionalidade e do non bis in idem. 2. Ante a lógica da detração, destinada a evitar o bis in idem no cumprimento da pena, deve-se proceder à analogia in bonam partem . 3. Agravo regimental provido para determinar a detração, da pena final aplicada, do período em que o recorrente cumpriu medida cautelar de recolhimento noturno e nos dias de folga. (STF - RHC: 190429 MS, Relator.: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 07/05/2024, Segunda Turma, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 26-06-2024 PUBLIC 27-06-2024)*

Essa dualidade interpretativa evidencia uma tensão metodológica dentro do próprio Supremo: enquanto a Primeira Turma adota postura de autocontenção judicial, priorizando a legalidade e a separação dos poderes, a Segunda Turma tende a adotar leitura teleológica e humanitária, semelhante àquela firmada pelo STJ no Tema 1.155. Trata-se, portanto, de uma divergência não apenas de resultado, mas de método hermenêutico, refletindo um conflito

entre a legalidade e a proporcionalidade no direito penal contemporâneo.

Apesar dessa divergência, ainda não houve pronunciamento definitivo do Plenário sobre a matéria. Ressalta-se que, no julgamento do ARE 1524723 RS, o Ministro Alexandre de Moraes reconheceu a relevância constitucional do tema e admitiu a possibilidade de sua futura apreciação em sede de repercussão geral, com o objetivo de uniformizar a jurisprudência do STF e conferir estabilidade à execução penal. Após os votos dos Ministros Cristiano Zanin, Relator, Alexandre de Moraes, Flávio Dino e Cármen Lúcia, que davam provimento ao agravo para reconhecer a repercussão geral e afetar ao plenário o julgamento do presente feito, o Ministro Luiz Fux pediu vista dos autos. Portanto, tal matéria deve ser objeto de análise pelo plenário em breve.

Em conclusão, a jurisprudência do STF encontra-se em processo de consolidação: a Primeira Turma mantém posição firmemente restritiva, sustentando a prevalência da legalidade formal sobre a proporcionalidade. A Segunda Turma, por sua vez, demonstra abertura à interpretação conforme a Constituição, em sintonia com o entendimento do STJ. Até eventual decisão plenária, prevalece, no âmbito do Supremo, a ausência de uniformidade, o que reforça a necessidade de um pronunciamento definitivo que harmonize os valores da legalidade e da proporcionalidade na execução penal contemporânea.

5. ANÁLISE CRÍTICA E CONFRONTO JURISPRUDENCIAL: LEGALIDADE VERSUS PROPORCIONALIDADE

A divergência jurisprudencial entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça acerca da possibilidade de detração do período de recolhimento domiciliar noturno representa uma das expressões mais nítidas da tensão entre dois pilares do Estado Democrático de Direito: o princípio da legalidade penal e o princípio da proporcionalidade. Esse embate ultrapassa a técnica processual e projeta-se sobre o próprio conceito de jurisdição constitucional e os limites do poder judicial na conformação de direitos fundamentais.

O princípio da legalidade, consagrado nos arts. 1º do Código Penal e 5º, XXXIX, da Constituição Federal, impõe que nenhuma conduta seja criminalizada ou punida sem prévia cominação legal. É uma garantia de matriz iluminista voltada à contenção do arbítrio estatal e à previsibilidade normativa, constituindo a "pedra angular" do direito penal moderno. A legalidade cumpre função limitativa e garantista: restringe o poder punitivo e assegura que nenhuma sanção ou benefício penal decorra da discricionariedade do julgador. Por essa razão, o STF, especialmente sua Primeira Turma, tem reafirmado que qualquer ampliação do rol do art. 42 do Código Penal, ainda que favorável ao réu, implicaria violação à reserva legal e usurpação da função legislativa.

Por outro lado, a proporcionalidade, princípio estruturante do constitucionalismo contemporâneo, tem sido interpretada pelo STJ como instrumento de concretização dos direitos fundamentais na esfera penal. Exige-se que toda restrição de direitos seja adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Para o STJ, ignorar o tempo de restrição imposto pelo recolhimento domiciliar noturno configuraria violação à isonomia e à vedação ao *bis in idem*, pois o acusado seria duplamente penalizado: primeiro pela medida

cautelar, depois pelo cumprimento integral da pena, sem compensação do tempo já restringido.

A tensão entre esses paradigmas reflete diferentes concepções do papel do Poder Judiciário. A Primeira Turma do STF ancora-se em um positivismo normativo, preocupado com a preservação da segurança jurídica e dos limites institucionais da jurisdição. A Corte entende que a criação de novas hipóteses de abatimento da pena compete ao legislador, não ao juiz. Já o STJ adota uma postura pós-positivista, fundada na força normativa dos princípios constitucionais e na busca por justiça material nos casos concretos. Nesse modelo, o juiz atua como agente de efetivação de direitos fundamentais, com liberdade hermenêutica para adaptar a norma aos valores constitucionais de proporcionalidade e razoabilidade.

Ambas as posições possuem coerência interna, mas enfrentam desafios práticos distintos. A orientação do STJ, embora humanitária e materialmente justa teoricamente, esbarra na ausência de mecanismos de controle do cumprimento da medida, realidade especialmente crítica em comarcas sem estrutura, como as do interior do Amazonas. Nesses locais, a inexistência de monitoramento eletrônico e de estrutura policial adequada torna o recolhimento domiciliar, muitas vezes, mera formalidade judicial, sem efetiva restrição da liberdade. Assim, a detração reconhecida judicialmente pode corresponder a uma “pena fictícia”, que desvirtua a finalidade retributiva e ressocializadora da pena. Essa prática compromete a coerência do sistema penal e fragiliza a credibilidade da justiça criminal. Além disso, provoca desigualdade material, pois condenados com graus distintos de restrição, uns efetivamente fiscalizados, outros não, acabam recebendo o mesmo abatimento de pena, em afronta ao princípio da isonomia.

No plano teórico, a postura da Primeira Turma do STF demonstra maior alinhamento à dogmática penal clássica, ao passo que o STJ aproxima-se de uma jurisprudência constitucional de valores. O primeiro preserva o primado da legalidade como garantia de previsibilidade e estabilidade normativa; o segundo busca assegurar justiça concreta e efetividade dos direitos fundamentais.

A solução mais adequada dentro do Estado Constitucional de Direito parece estar em um ponto de equilíbrio. A legalidade deve permanecer como limite da atuação judicial, garantindo segurança e previsibilidade, enquanto a proporcionalidade orienta a aplicação concreta da norma para que o direito não se torne instrumento de injustiça. Assim, a interpretação penal deve buscar harmonia entre o respeito à lei e a realização da justiça no caso concreto, evitando tanto o apego excessivo à letra fria da norma quanto decisões baseadas apenas em princípios de forma abstrata.

No contexto do Estado do Amazonas, esse equilíbrio assume relevância ainda maior. A precariedade das estruturas de custódia, a ausência de estabelecimentos adequados para o regime semiaberto e a distância dos centros administrativos tornam a execução penal um desafio concreto de gestão e justiça. É comum, por exemplo, que o réu condenado em regime fechado, após a detração do período de recolhimento domiciliar noturno (na maioria das vezes não efetivamente comprovado), alcance o requisito temporal para a progressão de regime. Ocorre que, diante da inexistência de unidades próprias para o cumprimento do semiaberto, o apenado passa a apenas comparecer mensalmente ao fórum para justificar suas atividades, o que revela mero formalismo e evidencia a absoluta ineficácia da execução penal em suas finalidades punitiva e ressocializadora.

A aplicação irrefletida da tese do STJ, sem nenhum tipo de controle, pode gerar “detrações simuladas”, enquanto a adoção inflexível da tese do STF pode acarretar injustiças em casos de efetiva restrição comprovada. Com a devida vênia aos entendimentos em sentido diverso, entende-se que a solução mais prudente é aquela que admite a detração apenas quando efetivamente demonstrada a limitação real da liberdade, de modo a conciliar o respeito à legalidade com a concretização prática da proporcionalidade.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A controvérsia sobre o reconhecimento, para fins de detração penal, do período de recolhimento domiciliar noturno revela a tensão entre os princípios da legalidade e da proporcionalidade, que traduzem diferentes concepções de justiça e de função jurisdicional no Estado Democrático de Direito.

De um lado, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a supremacia da legalidade penal, entendendo que o rol do art. 42 do Código Penal é exaustivo e que sua ampliação configuraria criação judicial de benefício não previsto em lei, em afronta à reserva legal e à separação dos poderes. Essa leitura assegura previsibilidade e estabilidade normativa, mas pode, em certos casos, restringir a justiça material.

De outro, o Superior Tribunal de Justiça, no Tema Repetitivo nº 1.155, adotou posição mais flexível, admitindo a detração do recolhimento domiciliar noturno, ainda que sem monitoração eletrônica. O Tribunal baseia-se na proporcionalidade e na vedação ao bis in idem, reconhecendo que a limitação da liberdade, ainda que parcial, deve ser considerada na execução penal.

Na prática, contudo, a aplicação desse entendimento enfrenta graves entraves estruturais, especialmente nas regiões mais isoladas do país. Em alguns estados, a ausência de estabelecimentos adequados para o regime semiaberto e de meios eficazes de fiscalização do recolhimento domiciliar gera distorções significativas. Em tais situações, a detração pode recair sobre períodos não efetivamente cumpridos, convertendo-se em benefício meramente simbólico e esvaziando a finalidade punitiva e ressocializadora da pena.

A solução mais adequada reside na adoção de uma interpretação integrativa, que harmonize legalidade e proporcionalidade: a primeira como limite da atuação judicial; a segunda como instrumento de concretização da justiça. Assim, compreende-se que a detração do recolhimento domiciliar noturno deve depender da comprovação inequívoca de restrição real à liberdade, com base em fiscalização idônea e documentação processual segura.

Conclui-se que a divergência entre STF e STJ ultrapassa o campo técnico e reflete um dilema ético-institucional sobre os contornos da justiça penal contemporânea. A superação definitiva da controvérsia exige atuação do legislador, a quem incumbe reanalisar o art. 42 do Código Penal para adequá-lo à realidade do sistema cautelar e aos valores constitucionais. Até lá, cabe aos tribunais interpretar o direito com prudência, garantindo que a jurisdição penal permaneça fiel à Constituição e à dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União: Seção 1, Brasília, DF, 5 out.

1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 out. 2025.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União: Seção 1, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 17 out. 2025.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União: Seção 1, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 17 out. 2025.

BRASIL. Lei nº 12.403, de 4 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, outras medidas cautelares e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 5 maio 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm. Acesso em: 17 out. 2025.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal (e-book). 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O período de recolhimento obrigatório noturno e nos dias de folga deve ser reconhecido como período de detração da pena privativa de liberdade e da medida de segurança. Manaus: Buscador Dizer o Direito, [s.d.]. Disponível em: https://buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/11188/o-periodo-de-recolhimento-obrigatorio-noturno-e-nos-dias-de-folga-deve-ser-

reconhecido-como-periodo-de-detracao-da-pena-privativa-de-liberdade-e-da-medida-de-seguranca. Acesso em: 15 out. 2025.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2025.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MASSON, Cleber. Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120). 19. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2025.

MIGALHAS. STF avalia se leva a plenário desconto na pena por domiciliar noturna. São Paulo: Migalhas, 23 set. 2025. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/quentes/440774/stf-avalia-se-leva-a-plenario-desconto-na-pena-por-domiciliar-noturna. Acesso em: 15 out. 2025.

PEREIRA, Henrique Viana; MATTOS, Juliana Günther Fonseca de. Medida cautelar criminal de recolhimento domiciliar noturno cumulado com o monitoramento eletrônico e a aplicação da detração penal. Revista do Direito Público, Londrina, v. 14, n. 1, p. 65-82, abr. 2019. DOI: 10.5433/1980-511X2019v14n1p65. ISSN 1980-511X.

SILVA, Bruna Fanti. Medidas cautelares diversas da prisão e a detração penal: a aplicação do instituto ao monitorado eletronicamente e sua proporcionalidade na contagem de tempo para fins de condenação penal. 2017. 64 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade Pitágoras de Londrina, Londrina, 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Tema Repetitivo n. 1.155 (REsp 1.977.135/SC). Terceira Seção. Julgado em 23 nov. 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1155&cod_tema_final=1155. Acesso em: 17 out. 2025.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Agravo Regimental em Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 190.429/MS. Relator: Min. Edson Fachin. Segunda Turma. Julgado em 7 maio 2024. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, publ. 27 jun. 2024. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1250613171/inteiro-teor-1250613183. Acesso em: 17 out. 2025.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.481.211/SC. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Primeira Turma. Julgado em 22 abr. 2024. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, publ. 2 maio 2024. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/2244009942/inteiro-teor-2244009965. Acesso em: 17 out. 2025.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Portal institucional do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=7089663. Acesso em: 17 out. 2025.

---

[1] Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Amazonas (MP/AM). Pós-graduado em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal Aplicados pela Escola Brasileira de

Direito (EBRADI). Pós-graduado em Direito Público pela Universidade de Caxias do Sul (UCS-RS), Pós-graduado em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS).

[2] Prof. Dr. Orientador deste artigo. Professor do Curso de Pós-Graduação em Ministério Público do CEI – Círculo de Estudos pela Internet.