

# DIREITO & JUSTIÇA

## Aplicação e efeitos da detração

Luiz Vicente Cernicchiaro  
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

**A**

detração está incorporada ao sistema penal. Pelo tempo, ganhou tradição. Apesar disso, pouco aplicada. Ainda não mereceu o devido registro da doutrina e da jurisprudência. O art. 42, Código Penal, 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".

A Parte Geral revogada (D.L. n° 2.848, de 07.12.40) estatuiu no art. 34: "Computam-se na pena privativa de liberdade o tempo da prisão preventiva ou provisória, no Brasil ou no estrangeiro, e o de internação em hospital ou manicômio".

Detração é o desconto do *quatum* da sanção penal, definido em sentença penal condenatória, transitada em julgado, do tempo em que o réu esteve preso, recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou, à falta, a outro estabelecimento adequado, ou submetido a prisão administrativa.

Costuma-se repetir: a lei é mais sábia do que o legislador. Correto, entendendo-se que a extensão normativa não se aprisiona ao aspecto formal da norma. Horizontalmente, a lei é menor e menos fecunda do que a sua dimensão vertical.

Colocam-se observações prévias. Tento reuni-las nesta síntese apertada: a) a detração só se aplica ao fato ocorrido no mesmo processo?; b) embora o processo seja o mesmo, se a prisão decorrer de um fato e a condenação por outro, ainda assim é viável?; c) em havendo pluralidade de processos, ocorrendo absolvição em um deles, o tempo da prisão será descontado na condenação operada em outro?; d) haverá detração, havendo pluralidade de condenações, estando o réu preso por um dos crimes, cuja punibilidade foi declarada extinta?; e) restrições ao exercício do direito de liberdade ensejam a detração?

No espaço deste artigo, dar-se-á atenção ao último item de interrogações. Certamente, o mais construtivo.

Cumpra partir deste ponto: a detração é instituto de justiça material. Não faz sentido o Estado prender alguém por tempo superior ao determinado em lei. A prisão é exceção em Estado de Direito Democrático. Aliás, a Constituição da República é categórica, determina ao Estado indenizar "o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença" (art. 5°, LXXV). A Lei de Execução Penal manda o juiz decidir sobre a detração (art. 66, III).

A sanção penal, a sanção cautelar e a sanção processual obedecem ao critério *numerus clausus*. A decisão é ato vinculado. O juiz não pode deixar de considerar os respectivos pressupostos e circunstâncias. Se praticada contra *legem* configura ato ilícito. Em consequência, erro judiciário. Como tal, indenizável. A restrição ao exercício da liberdade merece o mesmo tratamento.

O erro judiciário traduz idéia de julgamento divergente da verdade real. Seja a decisão escorada em juízo de certeza, ou bastante o juízo de probabilidade. Em ambos os casos, há inadequação norma/fato.

O erro judiciário não resulta só da prisão sem justa causa. Compreende qualquer situação jurídica

sem o respaldo do Direito.

A detração não é restrita aos casos de prisão. Literalmente, o transcrito art. 42 menciona internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado. Assim, *ex vi legis* a detração não considera apenas a prisão (ou melhor, o tempo da prisão). Vai além, sempre que o Estado impuser restrição ao exercício do direito de liberdade. E o que é importante: não há tempo mínimo, ou máximo.

Se o juiz impuser medida restritiva, podendo determinar prisão preventiva, ainda assim, cerceia o direito de liberdade. E quando o faz? Evidente, quando as condições objetivas e subjetivas consideradas projetam personalidade favorável, distinta dos que recebem o rigoroso tratamento da medida cautelar. Essa situação decorre de princípios jurídicos: determinam maior rigor para os casos mais graves. Lógico, menor rigor para os casos menos graves. Exigência de justiça. Princípio do balanceamento dos fatos jurídicos.

A medida restritiva não suprime o exercício do direito de liberdade, todavia, como a prisão, registra restrições a esse exercício.

Medida restritiva e prisão, quando ilegais, configuram erro judiciário. Como tal indenizáveis.

A indenização, em Direito Penal, não deve ser recebida nos padrões do Direito Civil, com a simplicidade contábilística de somar danos emergentes e lucros cessantes. Essa regra, em Direito Penal, passa para plano subsidiário, isto é, útil somente quando a primeira regra mostrar-se inadequada, ou ineficaz.

Em Direito Penal, a regra principal é esta: restituir a liberdade; em segundo lugar, compensar, com a liberdade, o erro judiciário.

Nesse quadrante, antes de pensar em dinheiro compensatório, pense-se o abatimento do tempo ilegal da prisão. (Este raciocínio não conduz ao absurdo de conferir a alguém o direito de cometer crime para aplicar eventual crédito). O tema envolve amplo desmembramento. Trata também desse aspecto de modo equilibrado e segundo padrões jurídicos. Não faz sentido compensar por compensar. Compensar, sim, todavia, segundo parâmetros de justiça e seriedade.

A matéria aqui tratada tem recebido criterioso estudo da doutrina. *Marcello Cipriani* dedica percuciente análise crítica do art. 137 do Código Penal da Itália — *carcerazione preventiva*. Lembra o autor que, naquele país, a prisão preventiva, como regra, é cumprida no cárcere, todavia, há também outras formas de atuação. Assim, os menores de 18 anos

são enviados para o reformatório. Lembra ainda outros casos: o réu portador de doença grave, que, na prisão, não puder ser tratado, é recolhido ao hospital. A mulher grávida, ou que esteja amamentando, o a quem tenha mais de 65 anos de idade, o mandado de prisão é substituído por recolhimento em residência. O respectivo prazo é detraído do tempo a ser cumprido a título de condenação penal.

O escritor desenvolve o raciocínio e chega à conclusão exata: qualquer restrição ao exercício do direito de liberdade deve ser compensada (detraída). Caso contrário, chegar-se-á a um absurdo (sentido jurídico do termo), qual seja, aplicar a norma sem conferir a devida situação jurídica.

Vêja-se. Se à prisão, o Juiz preferiu a restrição à liberdade, dedução lógica, cumpre dar o mesmo tratamento. A medida menos rigorosa decorreu do fato de o réu não apresentar a periculosidade que recomendasse a prisão preventiva. Será contradição dar ao caso mais grave tratamento mais favorável. Se não for assim, afrontando todos os princípios que governam a aplicação das sanções, chegar-se-á à seguinte e dolorosa conclusão — quanto pior, melhor!

**"A sanção penal, a sanção cautelar e a sanção processual obedecem ao critério 'numerus clausus'. A decisão é ato vinculado. O juiz não pode deixar de considerar os respectivos pressupostos e circunstâncias. Se praticada contra *legem* configura ato ilícito. Em consequência, erro judiciário. Como tal, indenizável. A restrição ao exercício da liberdade merece o mesmo tratamento"**

