



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2018.0000772215

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 2158628-29.2018.8.26.0000, da Comarca de Araçatuba, em que são impetrantes A. S. O., R. DE L. C., M. G. F. e B. S. e Paciente W. A. DE A..

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, denegaram a ordem, vencida a Relatora, que declara. Acórdão com o 2º Juiz, des. Almeida Sampaio.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), ALMEIDA SAMPAIO, vencedor, KENARIK BOUJIKIAN, vencida e FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 17 de setembro de 2018

ALMEIDA SAMPAIO
RELATOR DESIGNADO
Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 43.767

HABEAS CORPUS nº 2158628-29.2018.8.26.0000

Nº 1ª Instância: 0006463-27.2016.8.26.0509

COMARCA: ARAÇATUBA UNIDADE REGIONAL DE DEPARTAMENTO
ESTADUAL DE EXEC

IMPETRANTES: A. S. O. , R. DE L. C. , M. G. F. E B. S.

PACIENTE: W. A. DE A.

2ª Câmara de Direito Criminal

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pelos advogados Alex Sandro



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ochsendorf, Mayara Gil Fonseca e Beatriz Scarante e pelo estagiário Renan de Lima Claro em favor de _____, sob a alegação de constrangimento ilegal por parte do MM Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais de Araçatuba - DEECRIM 2ª RAJ, que indeferiu o pedido de detração em relação ao período que o paciente esteve preso por um fato que não cometeu, sendo impronunciado.

Requerem o deferimento de liminar e, ao final, a ordem definitiva, a fim de determinar a elaboração de novo cálculo de pena, computando o período de prisão provisória, sem prejuízo do reconhecimento de ofício do lapso de progressão de regime.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, manifestou-se a d. Procuradoria Geral de Justiça pelo não conhecimento ou pela denegação da ordem.

Este é o relatório.

De forma prefacial, não há impedimento ao conhecimento do “writ” pelo Tribunal “a quo”, nem se vislumbra, na espécie, inadequação da via eleita, uma vez que a análise da questão “sub examine” prescinde de qualquer incursão na seara probatória, tratando-se de questão de direito.

Assim sendo, conheço do “Habeas Corpus”.

O paciente cumpre pena sob a jurisdição do DEECRIM 2ª RAJ de Araçatuba, porque fora condenado pela prática de crimes previstos nos art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, III e 35, *caput*, todos da Lei 11.343/2006.

A condenação pende de confirmação por parte deste tribunal, vez que foi interposto recurso de apelação (Processo nº 0000832-55.2015.8.26.0536, da 6ª Vara Criminal da Comarca de Santos).

Ingressou com o pedido de detração perante o Juízo das Execuções



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Criminais (LEP, art. 66, III, “c”), reportando-se ao Processo nº 0011364-08.2008.8.26.0157, da 4ª Vara Judicial do Foro de Cubatão, por qual foi impronunciado, ante a ausência de provas sobre a sua autoria (CPP, VII, art. 386).

A data aproximada do suposto homicídio seria 27.11.2008 (fls. 157). No entanto, o pedido foi indeferido pelo Juízo impetrado, uma vez que o período que pretende detrair é anterior ao crime cuja pena encontra-se em execução.

Sustentam os impetrantes que o presente *writ* não se presta estabelecer o invocado “crédito”, “cartão fidelidade prisão” ou “a conta corrente delinquencial”, mas ao fato de que o paciente foi preso de forma totalmente indevida, sendo mesmo impronunciado, “gerando a obrigação estatal de reparar o dano da completa ingerência do direito fundamental à liberdade de locomoção, através do reconhecimento da detração”.

Recordo julgamento ocorrido nesta Corte, da lavra do Des. Oliveira Passos, em situação similar ao relatado aqui:

Não se pode confundir sentença de impronúncia com sentença absolutória. Em se tratando de impronúncia (CPP, art. 409), não há julgamento de mérito, tanto que o surgimento de novas provas permite instauração de nova ação penal, desde que não alcançada pela prescrição. Além do mais, a detração que se pretende levaria a uma situação de se sentir o réu incentivado à prática de novos crimes, com a certeza de que não iria cumprir a pena por outro delito, em razão de um 'saldo credor' em sua 'conta corrente'. Em outras palavras, seria uma verdadeira permissão legal para cometer novo crime, o que é um absurdo.¹

Ademais, quando houver erro judiciário, o acusado tem a seu favor o

¹ Agravo em Execução Penal nº 993.08.03674 3-4, 11ª Câmara de Direito Criminal, j. 15.10.2008.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

direito de ser indenizado pelo Estado, mas não compensando o tempo de encarceramento das penas em que eventualmente vier a ser condenado.

Isto posto, pela maioria de votos, denega-se a ordem, vencida a Relatora sorteada, com declaração.

ALMEIDA SAMPAIO
Relator designado

Habeas Corpus nº: 2158628-29.2018.8.26.0000 (Digital)

Impetrantes: Dr. Alex Sandro Ochsendorf, Dr. Renan de Lima Claro, Dra.

Mayara Gil Fonseca e Dra. Beatriz Scarante (Advogados)

Paciente: _____

Autoridade Coatora: MM. Juiz de Direito da Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 2ª RAJ

Comarca: Araçatuba

Autos originários nº: 0006463-27.2016.8.26.0509 (Digital)

VOTO Nº 11.769

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Vistos

Trata-se de *habeas corpus* (fls. 01/09) impetrado pelo Dr. Alex Sandro Ochsendorf, Dr. Renan de Lima Claro, Dra. Mayara Gil Fonseca e Dra. Beatriz Scarante a favor de _____, sob a alegação de constrangimento ilegal praticado, em tese, pelo MM. Juiz de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Direito da Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 2ª RAJ, que indeferiu pedido de detração deduzido pelos impetrantes (fls. 164/165).

Os impetrantes sustentam a existência de constrangimento ilegal decorrente do indeferimento de pedido de detração de pena. Relatam que o paciente encontra-se em cumprimento provisório de pena, por força de condenação que o declarou incurso nos artigos o artigo 33, *caput*, c.c. artigo 40, inciso III e artigo 35, *caput*, todos da Lei 11.343/06. Em período anterior esteve preso provisoriamente e foi impronunciado, portanto, permaneceu preso indevidamente. Requerem que o tempo de prisão cautelar a que permaneceu sujeito seja considerado para fins de detração da pena a ele imposta.

A liminar foi indeferida (fls. 195/196).

A autoridade coatora prestou informações às fls. 199/205 e a D. Procuradoria Geral de Justiça (Dr. Vilson Baumgartner) opinou pelo não conhecimento do *writ* e, no mérito, pela denegação da ordem (fls. 207/208).

É o relatório.

Impõe-se observar que o artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal prescreve o alcance do remédio constitucional ao fixar que “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

Destarte, o *habeas corpus* constitui via autônoma de impugnação a decisões proferidas no âmbito da jurisdição criminal e instrumento célere, que visa assegurar o direito que se pretende ver garantido, sendo de rigor reconhecer que nem mesmo a previsão de recurso específico impede a impetração quando a ilegalidade alegada venha respaldada por prova pré-constituída.

Nestes termos, **conheço do *habeas corpus* e concedo a ordem.**

O documento de fls. 157 comprova que o paciente esteve preso cautelarmente em processo, no qual foi impronunciado, referente à data anterior ao cometimento de crime, cuja pena executa.

Este tempo deve ser considerado para efeito de detração penal, pois a **normativa em vigência não estabelece a exigência de nexos causal e tampouco estabelece o requisito temporal.**

Não é necessário que o tempo de prisão que se quer ver descontado seja referente ao mesmo processo. Dispõe o artigo 111 da Lei da Execução Penal:

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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

unificação das penas, **observada, quando for o caso, a detração** ou remição.

Cabe ressaltar que o artigo 42 do Código Penal não faz qualquer distinção no tocante à possibilidade de se aplicar o instituto se se tratar de pena aplicada por outro crime, posteriormente cometido.

Art. 42. 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.

O legislador não impôs nexos causal e tampouco limitação temporal para a aplicação deste instituto. É o que se pode concluir da leitura dos dispositivos acima transcritos.

Caso esta fosse sua intenção poderia fazê-lo, **como consta do chamado Código Penal de 1969**, que tinha a seguinte redação: “Computam-se, na pena privativa de liberdade, o tempo de prisão provisória, no Brasil e no estrangeiro, e o de internação em hospital ou manicômio, bem como o excesso de tempo, reconhecido em decisão judicial irrecurável, no cumprimento da pena por outro crime, **desde que a decisão seja posterior ao crime de que se trata**”.

Considerando que o **legislador não fez qualquer ressalva e não inseriu qualquer limitação, não cabe ao magistrado fazê-lo, em observância ao princípio da legalidade.**



Ainda, se **até a prisão administrativa deve ser computada**, o que se pode dizer de prisão processual, que tem maior gravidade?

Não se desconhece a forte jurisprudência no sentido da impossibilidade de uso deste período, pelo risco de criar uma “conta corrente”. Seria gerado um crédito de custódia para o réu, o que lhe permitiria a prática de outros crimes.

Mas a teoria da criação da conta corrente, a meu sentir, **não tem base em estudos da criminologia, na plausibilidade e racionalidade**. Nenhuma pessoa pratica um crime pensando qual será a pena que poderá ser aplicada, caso seja condenado, e menos possível crer que escolha o crime que vá praticar levando em conta que teve uma prisão anterior que se afigurou injusta.

Por primeiro, **entendo que a leitura da lei não pode apontar para outra direção. Mas some-se que não há outra solução mais próxima do sentido de justiça**.

Uma das características do Estado é que é o único ente que detém exclusivamente o uso da força, o que lhe permite prender, seja como imposição de sanção penal, seja como sanção processual. Ocorre que muitas das vezes, em casos de prisão cautelar, verifica-se ao final que a hipótese não é de aplicação da pena, mas de absolvição.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O que o Estado pode fazer para restituir este tempo para o indivíduo? Tempo não se devolve, mas é imprescindível, ao menos, adotar soluções compensatórias no campo penal.

Nesta seara, em data mais recente, temos a nova redação do artigo 387, parágrafo 2º do CPP, introduzida pela Lei 12.736/2012, que determina que na prolação da sentença condenatória “o tempo de prisão provisória (...) será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade”. Portanto, trata-se de regramento exclusivo para as hipóteses de condenação, em que há nexo causal.

Mas para as outras hipóteses a solução do legislador foi o abatimento de outras penas, com o estabelecimento do instituto da detração, já consagrado na legislação brasileira e que tem suas origens no Decreto 774, de 20.9.1890, mas que se antevia na Lei 1.696, de 15 de setembro de 1869 (que permitia o abatimento nos casos de execução de trabalho antes do trânsito em julgado nas hipóteses de prisão com trabalho).

A detração penal é instituto que se orienta pelos postulados de racionalidade e justiça e **a mais próxima equivalência de prisão é a própria prisão. O Estado, como detentor da força, tem a obrigação de restituição quando a sua aplicação foi indevida.**

Verifique-se neste sentido a lição de Alexis Couto de Brito (Execução Penal, 3ª edição, RT):



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“Parece-nos mais correta a posição defendida por autores como o mestre René Ariel Dotti, de que a possibilidade de uma 'conta corrente' não afasta a falta de necessidade da prisão provisória anterior a uma absolvição. 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 (Curso de Direito penal- parte geral p. 605). Parece-nos, ainda, 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 o interesse público de justiça descontando a prisão indevida com 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 e a passar qualquer período que seja sem sua liberdade somente porque obteria um 'desconto' caso viesse a ser preso. Na verdade, esta é a única hipótese real na qual o erro judiciário poderá ser restituído na mesma moeda ao que sofreu com o erro**”.

Logo, o pedido deve ser deferido.

Observo, contudo, que há imprecisão entre as datas de cumprimento de mandado de prisão e de alvará de soltura na certidão de fl. 157 e aquelas que consultei em 17/08/2018 no sistema SIVVEC. Assim, necessário tão somente que o juízo da execução verifique precisamente as datas corretas para o cômputo de dias a serem detraídos.

Isto posto, conheço e concedo a ordem para, nos termos do art. 42 do Código Penal e 111 da Lei de Execução Penal, determinar seja procedido novo cálculo , descontando-se de sua pena privativa de liberdade, o tempo de prisão cautelar referente ao processo nº 0011364-08.2008.8.26.0157, com a observação supra.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Kenarik Boujikian

Relatora sorteada



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	4	Acórdãos Eletrônicos	ANTONIO DE ALMEIDA SAMPAIO	9CF6595
5	11	Declarações de Votos	KENARIK BOUJIKIAN	9D6828F

Para conferir o original acesse o site:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 2158628-29.2018.8.26.0000 e o código de confirmação da tabela acima.