RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 104.255 - SP (2018/0271681-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE	:	DOUGLAS LOPES DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO	:	ERIVELTO DINIZ CORVINO - SP229802
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por DOUGLAS LOPES DA SILVA contra acórdão exarado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos do *Habeas Corpus* n. 21442273-14.2018.8.26.0000, ementado nos seguintes termos:

> *HABEAS CORPUS – EXECUÇÃO PENAL PROGRESSÃO DE REGIME ALEGADO CUMPRIMENTO INTEGRAL DA PENA PRETENDIDO DESCONTO POR TEMPO PERMANECIDO RECLUSO POR PROCESSO, CUJO JULGAMENTO FOI ANULADO IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – ORDEM DENEGADA* (e-STJ fl. 265).

Em suas razões recursais, sustenta o recorrente que possuía três execuções penais em curso quando uma das condenações foi anulada, razão pela qual entende que as penas oriundas das ações remanescentes já foram integralmente cumpridas.

Narra que permaneceu preso de 30/10/2008 até 17/07/2009, *por decisão interlocutória de prisão temporária, preventiva ou cautelarmente e por sentença condenatória criminal, notadamente cumpriu pena em todo o aludido período e em regime fechado, como se infere pelo anexada Boletim Informativo apresentado pelo competente setor do CIMIC da Penitenciária de Iperó/SP* (e-STJ fl. 279).

Afirma que, após a anulação do processo n. 21.694/2010, requereu ao Juízo da execução o reconhecimento do cumprimento integral da pena que foi imposta nos autos de ns. 49.499/2008 e 669/2011, com fundamento na detração e na remição já deferida ao recorrente.

Aduz que o juízo *a quo* indeferiu o pedido, ensejando a impetração de *habeas corpus* na origem. Todavia, relata que a 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo denegou a ordem, em seu entender, violando os arts. 647 e 648, incisos II, VI e VII do CPP e arts. 42 e 111 da LEP.

Ao final requer o provimento do presente recurso, para que sejam reconhecidos *os efeitos da detração penal havida no período de 28/11/2008 até 20/07/2009, seja reconhecido o período de cumprimento de pena pelo Recorrente, notadamente no período de 30/10/2008 até 17/07/2009 e de 08/01/2011 até 13/07/2018, seja repelido o cálculo de pena de folhas 56/57 e seja reformada a decisão de folhas 54/54-verso, eis que, indevidamente, colocou como interrupção de cumprimento de pena ou de não recolhimento prisional do Recorrente* (e-STJ 288).

Contrarrazões, às e-STJ fls. 291-299.

Pedido liminar indeferido às e-STJ fls. 309-310.

Informações prestadas às e-STJ fls. 316-317, 321-322 e 326-341.

Manifestação do Ministério Público Federal, às e-STJ fls. 343-346, pelo desprovimento do recurso ordinário, em parecer com a seguinte ementa:

> *RECURSO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. ALEGADO CUMPRIMENTO INTEGRAL DA PENA. PRETENDIDO DESCONTO POR TEMPO EM QUE PERMANECEU RECLUSO POR PROCESSO CUJO JULGAMENTO FOI ANULADO. IMPOSSIBILIDADE. PARECER PELO NÃO PROVIMENTO DO RECURSO* (e-STJ fl. 343).

É o relatório.

Decido.

Depreende-se dos autos que o recorrente registrava três execuções, quando sobreveio a anulação do julgamento de uma das ações penais. Diante dessa realidade, postulou perante o Juízo de origem a retificação do cálculo do tempo que esteve segregado para fins de reconhecimento do cumprimento integral das penas oriundas das duas execuções remanescentes.

O Juízo *a quo* indeferiu a pretensão do recorrente com base nos seguintes fundamentos:

> *Vistos.*
>
> *Primeiramente, anoto que a prisão do executado no período de 28/11/2008 à 20/07/2009, conforme mencionado pela D. Defesa, trata-se de pena efetivamente cumprida referente à condenação da execução n. 3. Outrossim, o cálculo encartado a fls. 38 ante a anulação da execução n. 2, acertadamente, consignou como início de cumprimento da pena a data da prisão (30/10/2008) referente à execução n. 3, razão pela qual não constou no campo de detração.*
>
> *Verifica-se, ainda, que a interrupção constante a fls. 38 está em consonância com o teor de fls. 3 da guia n. 3, em que noticia que o executado foi posto em liberdade pela referida execução aos 17/07/2009, retornando preso somente em 28/08/2013, de modo que o período em que permaneceu recolhido (08/01/2011 a 27/08/2013) corresponde ao cumprimento de pena imposta nos autos da execução n. 2, cujo o julgamento foi anulado.*
>
> *A par disso, observo que Douglas Lopes da Silva foi condenado à pena privativa de liberdade na GR nº 1, substituída por pena restritiva de direitos. Contudo, permanece preso em regime fechado por força de outra condenação (execução n. 3).*
>
> *Ante o exposto, com fundamento no art. 44, parágrafo 4º, do Código Penal, CONVERTO a pena restritiva de direitos imposta no processo n.° 669/2011 da 1ª Vara Criminal de Sorocaba/SP, em pena privativa de liberdade e, com base art. 111 da LEP, UNIFICO as penas impostas ao sentenciado, fixando o regime fechado para cumprimento das reprimendas.*
>
> *Retifique-se o cálculo de penas, atentando-se, ainda, ao determinado à fls. 36 no tocante à inclusão das remições concedidas nos apensos n. 3 e 4.* (e-STJ fl. 228).

Irresignado, o recorrente impetrou *habeas corpus*, tendo o Tribunal de origem denegado a ordem, adotando, para tanto, os seguintes argumentos:

> *O paciente possuía 03 (três) execuções em andamento: a primeira com pena de 08 (oito) meses de reclusão, por furto qualificado tentado; a segunda com reprimenda de 21 (vinte e um) anos de reclusão, por homicídio qualificado; a terceira por homicídio qualificado tentado, com pena de 08 (oito) anos de reclusão.*
>
> *Por Acórdão prolatado no habeas corpus 2180451-93.2017.8.26.0000 em 26/04/2018, foi concedida a ordem para estender os efeitos do Acórdão prolatado na Apelação Criminal 3011212-53.2013.8.26.000, anulando o julgamento proferido pelo Tribunal do Júri da Comarca de Sorocaba referente a 2ª execução de Douglas.*
>
> *Dessa forma, pleiteou o reconhecimento da extinção de suas penas, uma vez que com a anulação do processo referente à 2ª execução, houve o integral cumprimento em relação a 1ª e 3ª execuções, sendo indeferido por decisão de 24 de maio de 2018.*
>
> *Pretende o impetrante, via o presente remédio heroico, a anulação de referida decisão, reconhecendo-se a extinção das penas e expedindo alvará de soltura.*
>
> *Inicialmente, destaco o entendimento desta 6ª Câmara Criminal de que a discussão desta matéria, em tese, só poderia ser feita, em sede recursal, por meio de Agravo em Execução, conforme entendimento jurisprudencial:*
>
> *[…]*
>
> *Assim, à guisa de argumentação e para que não se alegue eventual prejuízo ao reeducando, observo que não se vislumbra nos autos qualquer constrangimento passível de ser sanado por meio do remédio heroico.*
>
> *Alega o impetrante que o período de 08/01/2011 a 27/08/2013 não foi considerado de efetivo cumprimento, embora o paciente tenha permanecido preso. No entanto, conforme as informações prestadas, naquele período, o paciente se encontrava recluso exclusivamente em razão de prisão preventiva referente ao processo que gerou sua 2ª execução e, posteriormente, teve seu julgamento anulado.*
>
> *Assim, ao contrário do alegado pelo impetrante, o período não pode ser considerado para efeitos de detração em relação à 3ª execução, uma vez que, quanto a este processo, gozava de liberdade provisória à época, vindo a ser preso apenas em 28/08/2013.*
>
> ***Pelo entendimento defendido pelo impetrante, seria criado uma espécie de "banco de horas", um "crédito" para os sentenciados que ficassem presos por mais tempo do que deveriam. Numa eventual nova condenação, o criminoso teria um "saldo positivo" de pena cumprida a mais, o qual poderia ser descontado da nova condenação.***
>
> *Inexiste base legal onde se possa sustentar tal entendimento.*
>
> *A Constituição Federal prevê no artigo 5º, inciso LXXV: "o Estado*

> *indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença" (grifamos), o que não aconteceu no caso em análise.*
>
> *Por fim, não se vislumbra qualquer ilegalidade ou constrangimento no ato do MM. Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Sorocaba SP* (e-STJ fls. 266-272).

Ressai da fundamentação adotada pelo Tribunal de origem perfeita sintonia com o entendimento desta Corte, que não tem admitido a detração em situações similares a do presente feito, sob pena de *se criar uma espécie de crédito contra a Justiça Criminal* (HC 177.321/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 12/03/2012).

Nesse sentido:

> *EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. INDULTO. DECISÃO CONCESSIVA. NATUREZA DECLARATÓRIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DATA DA PUBLICAÇÃO DO DECRETO PRESIDENCIAL. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.*
>
> *1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.*
>
> *2. "A sentença que tem por objeto o indulto e a comutação de pena tem natureza meramente declaratória, na medida em que o direito já fora constituído pelo Decreto presidencial concessivo destes benefícios" (HC 82.184/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2007, DJ 06/08/2007) 3. Na espécie, deve ser declarado o dia 25/12/2007 (publicação do Decreto Presidencial n. 6.294/07) como data da extinção da pena imposta nos autos da Ação Penal n. 050.05.097273-1/00 (1ª Execução), devendo o Juízo de origem retificar o cálculo/roteiro de penas do paciente.*
>
> *4. **Entretanto, como o ordenamento jurídico pátrio não respalda o chamado "crédito de pena" ou "conta corrente", o início do cumprimento da sanção imposta na segunda execução deve ser a data do cometimento do segundo delito, ou seja, 12/10/2010, pois, "admite-se a detração em relação a fato diverso daquele que deu azo à prisão processual; contudo, somente em relação a delitos anteriores à segregação provisória, sob risco de se criar uma espécie de crédito contra a Justiça Criminal" (HC-177.321/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJe de 12/03/2012).***
>
> *5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reconhecer a natureza declaratória da decisão concessiva do indulto, devendo ser retificado o roteiro de pena do paciente.*
>
> *(HC 288.909/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 28/11/2016)*

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVAMENTO DA SANÇÃO NA SEGUNDA E NA TERCEIRA ETAPA. REINCIDÊNCIA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. REGIME FECHADO. RÉU REINCIDENTE. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. DETRAÇÃO. DESCONTO DO PERÍODO EM QUE FICOU PRESO INDEVIDAMENTE EM AÇÃO PENAL ANTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO

[…]

7. É impossível considerar para efeitos da detração prevista no art. 387, § 2º, do CPP, o tempo de prisão anterior ao crime que resultou na condenação do paciente, pois caracterizaria a criação de um crédito penal a eximir o agente da sanção de futuras infrações penais, o que não é admitido no ordenamento jurídico pátrio.

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC 363.761/TO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 18/11/2016)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. DETRAÇÃO. DESCONTO DO PERÍODO DE PRISÃO PROCESSUAL ANTERIOR À PRÁTICA DOS DELITOS EM EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- Ressai incontroverso dos autos que os fatos que ensejaram as penas em cumprimento foram posteriores ao período de prisão preventiva pela qual se busca a detração.

- Não é possível considerar para efeito de detração período de prisão provisória anterior ao crime em que ensejou a condenação, sob pena de se criar um crédito de reprimendas, eximindo o agente de sanção por futuras violações da lei penal.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 314.118/RS, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 02/12/2015)

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 42 DO CÓDIGO PENAL. DETRAÇÃO. CRIMES ANTERIORMENTE COMETIDOS À PRISÃO

> *CAUTELAR.*
>
> ***Somente é possível a detração na hipótese de crimes anteriormente cometidos à custódia cautelar. 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 tratamento de prisão provisória que se julgou indevida pela absolvição do que ser ele computado no tempo da pena imposta por outro delito. 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*** *(Julio Fabbrini Mirabete, Código Penal Interpretado, 3ª Edição, Ed. Atlas, pág. 329).*
>
> *Recurso provido.*
>
> *(REsp 666.822/RS, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/04/2005, DJ 23/05/2005, p. 335)*

Ademais, rever o posicionamento adotado no acórdão ora combatido tal qual pleiteia o recorrente, demanda, necessariamente, a incursão em fatos e provas, medida inviável na via estreita no *habeas corpus*, consoante bem ponderado pelo colegiado *a quo*.

Nesse sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PEDIDO DE UNIFICAÇÃO DAS PENAS PELA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. REITERAÇÃO CRIMINOSA RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. REVISÃO. REEXAME DE PROVA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *1. A continuidade delitiva é uma ficção jurídica que beneficia o agente, segundo a qual vários delitos cometidos são entendidos como desdobramento do primeiro, conforme o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos.*
>
> *2. No caso, as instâncias ordinárias, soberanas na análise da matéria fática dos autos, ficaram convictas quanto à ausência dos requisitos do instituto, de modo que não é possível, na via exígua do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos fatos e das provas para reconhecer a continuidade delitiva.*
>
> *3. Agravo regimental desprovido.*
>
> *(AgRg no HC 483.776/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 30/04/2019)*

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XVIII, *b*, do RISTJ, nego provimento ao recurso.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 14 de junho de 2019.

Ministro Jorge Mussi

Relator