

HABEAS CORPUS Nº 548.386 - MS (2019/0355755-3)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ANDRELINA MARCIANA MENDES
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor do ANDRELINA MARCIANA MENDES apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (Agravos em Execução n. 0000824-62.2019.8.12.0040).

Colhe-se dos autos que a paciente foi condenada, pela prática do delito de furto, à pena de 11 meses e 15 dias de reclusão, em regime aberto, mais pagamento de 10 dias-multa (e-STJ fls. 58/69).

Posteriormente, perante o Juízo das execuções, a defesa formulou pedido de reconhecimento da extinção de punibilidade da paciente, alegando, em síntese, a necessidade de aplicação da detração em relação ao período em que a paciente estaria em cumprimento de medida cautelar. O pedido, no entanto, foi indeferido (e-STJ fls. 87/88).

Irresignada, a defesa interpôs agravo em execução perante o Tribunal *a quo*, tendo sido o recurso desprovido nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 115):

AGRAVO EM EXECUÇÃO - MEDIDAS CAUTELARES - ART. 319 DO CPP - MEDIDAS QUE NÃO SE CONFUNDEM COM A PRISÃO PROVISÓRIA - IMPOSSIBILIDADE DE SEU EMPREGO PARA FINS DE DETRAÇÃO PENAL - RECURSO DESPROVIDO.

I - Não se há falar em detração do tempo em que o reeducando esteve submetido a medidas cautelares diversas do encarceramento, porquanto estas medidas não se confundem com a prisão provisória e

são aplicáveis exatamente para evitar a constrição da liberdade do agente, razão pela qual o tempo de liberdade condicionada a tais medidas não pode ser descontado da pena aplicada, pois assim estar-se-ia negando vigência ao art. 42 do CP.

II- Recurso desprovido, com o parecer da PGJ.

No presente *writ*, a defesa repisa as alegações lançadas na origem, sustentando que a paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal em razão da não aplicação da detração em relação ao período em que esteve em cumprimento de medida cautelar consistente em recolhimento domiciliar noturno.

Aduz que, *"para a aplicação da detração penal, deve ser observado o tempo de cumprimento de prisão provisória do agente, ou seja, o tempo em que o agente esteve privado de sua liberdade"* (e-STJ fl. 11), e que *"o instituto da detração penal deve ser aplicado no caso de medidas cautelares diversas da prisão, mormente no caso de recolhimento noturno por comprometer o status libertatis do acusado, em atenção ao princípio da proporcionalidade"* (e-STJ fl. 12).

Requer, inclusive liminarmente, a concessão da ordem a fim de reconhecer a detração postulada e, por consequência, declarar extinta a punibilidade da paciente.

É o relatório.

Acerca da controvérsia, assim consignou o Magistrado de piso (e-STJ fls. 87/88):

Sabe-se que o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o instituto da detração penal não deve ser aplicado com relação ao tempo em que a parte ré permanece em gozo de liberdade provisória com o estabelecimento de medidas cautelares diversas da prisão, a exemplo, o próprio recolhimento noturno. Isto porque o benefício mencionado permite a manutenção da liberdade do agente e não representa a antecipação do cumprimento da reprimenda, porquanto as medidas cautelares diversas da prisão, como a próprio nome já diz, não podem ser consideradas como prisão preventiva.

Ademais, o Código Penal prevê em seu artigo 42 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".

Por oportuno, a exemplo de tantos outros, colaciono o seguinte julgado

recente do Superior Tribunal de Justiça:

[...]

Assim, por tais razões não há que se falar em detração pelo período que a rceducanda cumpriu as condições pertinentes as medidas cautelares diversas da prisão, devendo apenas ser computado para fins de detração penal o período em que permaneceu presa preventivamente (19/11/2015 a 20/01/2016).

Posto isso, acolho em parte o pedido formulado pela defesa, para considerar apenas o período em que a sentenciada esteve presa preventivamente (19/11/2015 a 20/01/2016 - fls. 56/61 - autos nº 0001253-68.2015.8.12.0040) para fins de detração penal.

O Tribunal de origem, por sua vez, negou provimento ao agravo em execução interposto mediante os seguintes fundamentos (e-STJ fls. 117/119):

Isso porque as condições impostas quando da concessão da liberdade provisória mediante o cumprimento de medidas cautelares em nada se assemelham às hipóteses de detração previstas no artigo 42 do Código Penal, porquanto tais condições consubstanciam apenas garantias mínimas ao bom andamento da instrução processual, não havendo, ademais, previsão legal para que tal período seja descontado do tempo de eventual condenação final.

De fato, consoante ensina Nucci, "as medidas cautelares diversas da prisão instituídas pela Lei n. 12.403/11, retratadas no art. 319 do Código de Processo Penal, têm por fim evitar a detração da prisão provisória, sendo certo que algumas possuem maiores limitações que outras e, sob tal enfoque, deve ser apreciada a viabilidade da detração, visto que não se pode compensar com a pena privativa de liberdade aplicada na sentença toda e qualquer medida cautelar alternativa pois seria despropositado" (Guilherme de Souza Nucci. Código penal comentado. 19ª cd. Ed. Forense, 2019. p. 408).

Nessa esteira, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou em relação ao tema:

[...]

Dessa forma, não cabe detração do tempo em que a agravante esteve submetida à custódia cautelar de recolhimento noturno, por ausência de previsão normativa, bem como porque a privação da liberdade imposta é diversa da restrição de ir e vir aplicada pela prisão provisória.

Diante das circunstâncias do caso concreto e pelos fundamentos acima expostos, entendo que não há que se falar em reforma da decisão de primeiro grau..

O entendimento das instâncias ordinárias, **tendo em vista as particularidades do caso concreto**, não merece prosperar.

De fato, a jurisprudência desta Corte está firmada no sentido de que *"descabe detrair das penas o período de cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão, porquanto o art. 42 do CP não prevê a aplicabilidade do benefício a estas hipóteses"* (AgInt no REsp n. 1.457.535/SP, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/4/2018, DJe 23/4/2018).

No mesmo sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS. REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. CUMPRIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DA PRISÃO. PEDIDO DE DETRAÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ART. 42 DO CP. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.

1. Segundo orientação desta Corte, descabe detrair das penas o período de cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão, em especial a medida consistente no comparecimento periódico em Juízo, porquanto o art. 42 do Código Penal não prevê a aplicabilidade do benefício a essas hipóteses. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1737976/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 04/02/2019)

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. DETRAÇÃO. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO. COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO. IMPOSSIBILIDADE. EQUIVALÊNCIA MATERIAL COM A PRISÃO DOMICILIAR. INOCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. VIA INADEQUADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade,

recomenda a jurisprudência a concessão da ordem, de ofício.

II - Não cabe a detração do tempo em que o paciente esteve submetido a medidas cautelares pessoais alternativas, no caso, ao recolhimento domiciliar noturno e à obrigação de comparecimento periódico em juízo, que, por expressa previsão legal, não se confundem com a prisão provisória, a despeito de representarem, sempre, algum grau de restrição à liberdade do acautelado.

III - Havendo a instância a quo concluído que não haveria equivalência material, no caso, entre o instituto do recolhimento domiciliar noturno e a prisão domiciliar substitutiva da preventiva, não é possível a reforma desse juízo de fato, na via estreita, de cognição sumária, do writ.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 380.370/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 21/03/2017)

No entanto, não se pode olvidar que, na espécie, a paciente foi condenada à pena de 11 meses e 15 dias de reclusão, em regime aberto, mais pagamento de 10 dias-multa, pela prática do delito de furto, tendo ficado presa preventivamente no período entre 19/11/2015 a 20/1/2016, e em recolhimento domiciliar noturno por mais 22 meses, entre os dias 20/1/2016 e 16/11/2017.

Assim sendo, consoante bem asseverado pela defesa, afigura-se desproporcional o indeferimento do reconhecimento da detração, sendo de rigor a aplicação, na hipótese, do entendimento firmado quando do julgamento do HC n. 380.369/DF, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, ocasião em que assim consignou a Quinta Turma desta Corte:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO. RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO. DETRAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Inexiste previsão legal para o cômputo do período de cumprimento de medidas cautelares alternativas à prisão (art. 319, CPP) para fins de detração da pena, cujas hipóteses estão elencadas no artigo 42, do CP. Entretanto, o período de recolhimento noturno, por comprometer o status libertatis do acusado, deve ser reconhecido como período detraído, em homenagem ao princípio da proporcionalidade e em apreço ao

princípio do non bis in idem.

2. Habeas corpus não conhecido, mas concedido de ofício para restabelecer a decisão do Juízo da Vara de Execuções Penais do DF, que deferiu o pedido apresentado pela defesa do paciente para que o período de cumprimento da medida cautelar de recolhimento noturno fosse computado para fins de detração da pena.

(HC 380.369/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 27/09/2017, grifei)

Vislumbro, pois, o alegado constrangimento ilegal.

Ante o exposto, **concedo a ordem, in limine**, para reconhecer a detração do período em que a paciente esteve cumprindo medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno e, assim, declaro extinta a punibilidade da paciente em relação à condenação proferida nos autos do Processo n. 0001253-68.2015.8.12.0040.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 28 de novembro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator