



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 851614 - SP (2023/0318537-6)

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : GUILHERME FELIPE BATISTA VAZ E OUTROS  
**ADVOGADOS** : ANDERSON DOS SANTOS DOMINGUES - SP221336  
 KARINA NUNES DE VINCENTI - SP234572  
 GUILHERME FELIPE BATISTA VAZ - SP316470  
 GISLAINE DE OLIVEIRA - SP172064  
 BRUNO CAVALCANTE DEZIDÉRIO DE CARVALHO - SP485646  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : JESSICA ALINE NUNES DA SILVA  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **JESSICA ALINE NUNES DA SILVA**, no qual aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que indeferiu liminarmente o *mandamus* prévio, nos termos do acórdão assim ementado:

"*Habeas Corpus*". Execução Criminal. Impetração se insurgindo contra decisão do juízo da execução. Ação constitucional incabível como sucedâneo da via recursal adequada, no caso, o agravo em execução. Ordem indeferida liminarmente, dispensados parecer da Procuradoria de Justiça e informações da autoridade apontada como coatora (artigo 663 do CPP)." (e-STJ, fl. 28).

Neste *writ*, a impetrantes alegam constrangimento ilegal causado à paciente, em decorrência do indeferimento do pedido de detração pelo recolhimento noturno, no período de 26/9/2019 a 24/2/2023 (data da sua prisão definitiva).

Afirmam que, de acordo com a tese firmada no julgamento do REsp n. 1.977.135/SC - Tema n. 1.155, "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 descontado da pena privativa de liberdade e da medida de segurança, em homenagem aos princípios da proporcionalidade e do *non bis in idem*." (e-STJ, fl. 5).

Ressaltam que, no caso de deferida a detração, a paciente já teria lapso temporal para cumprimento da pena em regime aberto.

Requer, inclusive liminarmente, que seja reconhecida a detração pelo recolhimento noturno da paciente, determinando que seja feito o cálculo pelo Juízo da Execução.

#### É o relatório.

Decido.

Esta Corte - HC 535.063, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgRg no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no

ato judicial impugnado.

Assim, passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem, de ofício.

Quanto ao tema, o art. 42 do Código Penal, ao regulamentar a detração penal, prevê que seja computado da pena privativa de liberdade o tempo que o agente houver sido mantido preso provisoriamente ou internado. Confira-se:

"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."

Não se pode dizer que o artigo supra seja *numerus clausus*, pois se deve considerar como parte do cumprimento da pena, para o fim de detração, o lapso de tempo em que fica o réu privado de sua liberdade, por prisão provisória, da qual são espécies: a prisão em flagrante (arts. 301 a 310 do CPP); a prisão temporária (Lei n. 7.960/1989); a prisão preventiva (arts. 311 a 316); a prisão resultante da pronúncia (arts. 282 e 408, §1º); e a prisão por sentença condenatória recorrível (art. 393, I); por prisão administrativa, transgressão militar, ou, até mesmo, internação em hospital de custódia.

Por outro lado, quando a privação da liberdade não é essencial para a realização do processo ou como garantia de seus resultados, o art. 319 do Código de Processo Penal prevê a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, sem o rigor do encarceramento; que consistem em uma ou várias obrigações cumulativas impostas pelo juiz em desfavor do indiciado ou do réu, dependendo da gravidade do crime, das circunstâncias do fato e das condições pessoais do acautelado. Vejamos:

"Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem s inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica."

Tais medidas cautelares surgem como intermediárias entre a liberdade plena e o encarceramento provisório, restringindo, de certa forma, garantias e direitos do acusado, que, ainda que de longe, ficam equiparados à situação de um preso cumprindo pena restritiva de direito ou em regime de semiliberdade.

Dessa forma, embora não exista previsão legal quanto ao instituto da detração para medidas cautelares alternativas à prisão, entendo que, no caso concreto, 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*.

Ressalto que a matéria foi objeto do Tema n. 1.155, firmado pela Terceira Seção em 23/11/2022, no julgamento do REsp n. 1.977.135/SC consoante o rito dos recursos repetitivos (relator Ministro Joel Ilan Paciornik, DJe de 28/11/2022), estabelecendo-se 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."

Nessa linha de raciocínio, cito, ainda, estes precedentes:

"*HABEAS CORPUS. PENAL. MEDIDA CAUTELAR DE RECOLHIMENTO NOTURNO, AOS FINAIS DE SEMANA E DEMAIS DIAS NÃO ÚTEIS (FISCALIZADA, NA ESPÉCIE, POR MONITORAÇÃO ELETRÔNICA). DETRAÇÃO. PRINCÍPIO DA HUMANIDADE. ESPECIAL PERCEPÇÃO DA PESSOA PRESA COMO SUJEITO DE DIREITOS. ÓBICE À DETRAÇÃO DO TEMPO DE RECOLHIMENTO DOMICILIAR DETERMINADO COMO MEDIDA SUBSTITUTIVA DA PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE EXECUÇÃO. MEDIDA CAUTELAR QUE SE ASSEMELHA AO CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. UBI EADEM RATIO, IBI EADEM LEGIS DISPOSITIO. HIPÓTESES DO ART. 42 DO CÓDIGO PENAL QUE NÃO SÃO NUMERUS CLAUSUS. PARECER MINISTERIAL ACOLHIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.*

1. A detração é prevista no art. 42 do Código Penal, segundo o qual se computa, '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 referido no artigo anterior'.
2. Interpretar a legislação que regula a detração de forma que favoreça o Sentenciado harmoniza-se com o Princípio da Humanidade, que impõe ao Juiz da Execução Penal a especial percepção da pessoa presa como sujeito de direitos. Doutrina.
3. No clássico Direito e Razão, Ferrajoli esclareceu a dupla função preventiva do Direito Penal. De um lado, há a finalidade de prevenção geral dos delitos, decorrente das exigências de segurança e defesa social. De outro, o Direito Penal visa também a prevenir penas arbitrárias ou desmedidas. Essas duas funções são conexas e legitimam o Direito Penal como instrumento concreto para a tutela dos direitos fundamentais, ao definir concomitantemente dois limites que devem minimizar uma dupla violência: a prática de delitos é antijurídica, mas também o é a punição excessiva.
4. O óbice à detração do tempo de recolhimento noturno e aos finais de semana determinado com fundamento no art. 319 do Código de Processo Penal sujeita o Apenado a excesso de execução, em razão da limitação objetiva à liberdade concretizada pela referida medida diversa do cárcere.
5. A medida diversa da prisão que impede o Acautelado de sair de casa após o anoitecer e em dias não úteis assemelha-se ao cumprimento de pena em regime prisional semiaberto. Se nesta última hipótese não se diverge que a restrição da liberdade decorre notadamente da circunstância de o Agente ser obrigado a recolher-se, igual premissa deve permitir a detração do tempo de aplicação daquela limitação cautelar. *Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*: onde existe a mesma razão fundamental, aplica-se a mesma regra jurídica.
6. O Superior Tribunal de Justiça, nos casos em que há a configuração dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, admite que a condenação em regime semiaberto produza efeitos antes do trânsito em julgado da sentença (prisão preventiva compatibilizada com o regime carcerário do título prisional). Nessa perspectiva, mostra-se incoerente impedir que a medida cautelar que pressuponha a saída do Paciente de casa apenas para laborar, e durante o dia, seja descontada da reprimenda.

7. Conforme ponderou em seu voto-vogal o eminente Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, o réu submetido a recolhimento noturno domiciliar e dias não úteis - ainda que se encontre em situação mais confortável em relação àqueles a quem se impõe o retorno ao estabelecimento prisional -, 'não é mais senhor da sua vontade', por não dispor da mesma autodeterminação de uma pessoa integralmente livre. Assim, em razão da evidente restrição ao *status libertatis* nesses casos, deve haver a detração.

8. Conjuntura que impõe o reconhecimento de que as hipóteses do art. 42 do Código Penal não consubstanciam rol taxativo.

9. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça deliberou que a soma das horas de recolhimento domiciliar a que o Paciente foi submetido 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.

10. Parecer ministerial acolhido. Ordem de *habeas corpus* concedida, para que o período de recolhimento domiciliar a que o Paciente foi submetido (fiscalizado, no caso, por monitoramento eletrônico) seja detraído da pena do Paciente, nos termos do presente julgamento." (HC n. 455.097/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 14/4/2021, DJe de 7/6/2021, grifou-se).

"EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. DETRAÇÃO DO PERÍODO DE CUMPRIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA À PRISÃO. RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NO ÂMBITO DA QUINTA TURMA DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Consolidou-se na Quinta Turma deste Tribunal entendimento no sentido de que, a despeito da inexistência de previsão legal para a detração penal na hipótese de submissão do sentenciado a medidas cautelares diversas da prisão, o período de recolhimento domiciliar noturno, por ensejar a privação de liberdade do apenado, deve ser detraído da pena, em observância aos princípios da proporcionalidade e do non bis in idem.

2. Agravo regimental não provido." (AgRg no HC n. 612.328/DF, deste Relator, Quinta Turma, julgado em 09/03/2021, DJe 15/03/2021).

No caso dos autos, o Tribunal de origem adotou entendimento contrário à jurisprudência desta Corte Superior, ao cassar a decisão de primeiro grau que deferiu o cômputo, para fins de detração, do período no qual a paciente permaneceu em liberdade provisória, cumprindo, no entanto, medida cautelar de recolhimento noturno.

Nesse contexto, verifico constrangimento ilegal apto a ensejar a concessão da ordem, de ofício.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Todavia, **concedo a ordem**, para que para reestabelecer a decisão de primeiro grau.

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor dessa decisão ao Tribunal de origem e ao Juízo da Execução.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 05 de setembro de 2023.

Ministro Ribeiro Dantas  
Relator