

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

RICARDO FABER TRONCA

**DETRAÇÃO IMPRÓPRIA: CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS RESTRIÇÕES
APLICADAS PELA JURISPRUDÊNCIA AO INSTITUTO**

Porto Alegre

2021

RICARDO FABER TRONCA

**DETRAÇÃO IMPRÓPRIA: CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS RESTRIÇÕES
APLICADAS PELA JURISPRUDÊNCIA AO INSTITUTO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Universidade Federal do Rio
Grande do Sul como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharela em Ciências
Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Ana Paula Motta
Costa

Porto Alegre
2021

RICARDO FABER TRONCA

**DETRAÇÃO IMPRÓPRIA: CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS RESTRIÇÕES
APLICADAS PELA JURISPRUDÊNCIA AO INSTITUTO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Universidade Federal do Rio
Grande do Sul como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharela em Ciências
Jurídicas e Sociais.

Aprovado em: 13 de maio de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Ana Paula Motta Costa (Orientadora) – UFRGS

Prof^a. Dr^a. Vanessa Chiari Gonçalves – UFRGS

Prof. Dr. Pablo Rodrigo Afllen da Silva – UFRGS

RESUMO

O presente estudo visa analisar o instituto da detração penal, mais precisamente a chamada detração imprópria, a qual ocorre quando o período de prisão cautelar a ser descontado na pena ocorreu em processo que não integra a execução penal. A partir da análise de julgados realizados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do que dizem os doutrinadores a respeito do tema, busca-se entender as limitações impostas à concessão da detração imprópria, restrições estas que ocorrem quando o período pelo qual se busca o abatimento da pena ocorreu anteriormente ao cometimento do delito que originou a reprimenda. Após a apresentação dos resultados da pesquisa, são realizadas considerações acerca da efetividade da tese fixada pela jurisprudência e parte da doutrina, bem como a respeito da adequação desta tese à legislação e aos princípios do direito penal.

Palavras-chave: Execução penal, detração penal, detração imprópria.

RIASSUNTO

Il presente studio intende analizzare l'istituto della detrazione della pena, più specificamente quella chiamata in Brasile di detrazione impropria, che si verifica quando il periodo di custodia cautelare da detrarre dalla pena si svolge che non fa parte dell'esecuzione penale. Prendendo in esame le decisioni giudiziarie del "Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul", insieme a ciò che dicono gli studiosi su questo tema, questa tesi cerca di comprendere i limiti imposti alla concessione della detrazione impropria, che si verificano quando il periodo per il quale è richiesta la detrazione è trascorso prima della la pratica del crimine che ha dato luogo alla pena. Dopo la presentazione dei risultati di questa ricerca, si traggono conclusioni sull'efficacia della tesi stabilita dalla giurisprudenza e dalla dottrina, inoltre sull'adeguatezza di tale tesi alla legge e ai principi del diritto penale.

Parole Chiave: Esecuzione penale, detrazione penale, detrazione impropria.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. EXECUÇÃO PENAL NO DIREITO BRASILEIRO	9
3. DETRAÇÃO	11
3.1 CONCEITO GERAL DE DETRAÇÃO	11
3.2 FUNDAMENTOS DA DETRAÇÃO	12
3.3 APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO	14
3.4 A DETRAÇÃO PENAL NA VISÃO DA DOUTRINA	20
3.4.1 Detração Própria	20
3.4.2 Detração Imprópria	21
3.5 A DETRAÇÃO PENAL NA VISÃO DA JURISPRUDÊNCIA	24
3.5.1 Objeto e Justificativa de Pesquisa	24
3.5.2 Resultado da Análise	25
3.5.3 Posição do STF	35
4. INDENIZAÇÕES POR PRISÕES PREVENTIVAS	38
4.1 A POSSIBILIDADE DE INDENIZAR INDIVÍDUOS PRESOS PREVENTIVAMENTE NO DIREITO BRASILEIRO	38
4.2 JURISPRUDÊNCIA ACERCA DESTA MODALIDADE DE INDENIZAÇÃO	41
4.2.1 Objeto e Justificativa de Pesquisa	41
4.2.2 Resultado da Análise	42
4.2.3 Considerações Acerca do Resultado	53
4.3 A (IN)EFETIVIDADE DAS TESES JURISPRUDENCIAIS ANALISADAS	54
5. CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS	67

1. INTRODUÇÃO

A execução de penas no Brasil é composta de diversos institutos, dentre os quais pode-se citar a progressão de regime, a remição e a detração, sendo justamente esta última o objeto do presente estudo. A detração penal consiste no desconto do período de segregação cautelar imposto a um condenado anteriormente ao início da execução de sua pena.

Em regra, a concessão da detração ocorre de forma simples, na hipótese de um indivíduo ter respondido a um processo criminal sob prisão preventiva, quando condenado, este período de privação de liberdade é descontado da pena imposta, conforme previsto no artigo 42 do Código Penal. A dedução deste tempo de prisão é descomplicada justamente em razão do período a ser detraído ser referente ao mesmo processo que gerou a condenação. No entanto, há discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade de conceder a detração penal relativa a lapso de prisão ocorrido em processo distinto daquele - ou daqueles - que integram a pena do indivíduo.

Na hipótese deste período de segregação ter ocorrido posteriormente ao cometimento do delito que originou a pena, a detração é concedida sem grandes debates. No entanto, nos casos em que a privação de liberdade tenha transcorrido em momento anterior à prática da infração que dá início à pena, há divisão de opiniões na doutrina e na jurisprudência acerca da possibilidade de concessão do instituto. Atualmente, a jurisprudência dominante entende não ser possível conceder a detração nas hipóteses aqui narradas. O presente estudo insere-se precisamente nesta temática, analisando argumentos favoráveis e contrários ao deferimento do instituto, a fim de identificar se a posição da jurisprudência, a qual restringe a concessão do instituto, encontra-se adequada ao que prega a legislação e os princípios de direito penal e direito processual penal.

O trabalho encontra-se dividido em três capítulos. No primeiro, é realizada síntese acerca da execução penal no direito brasileiro, no qual é brevemente descrito o objetivo deste ramo do direito e os institutos que o compõem.

O segundo capítulo trata especificamente da detração penal, descrevendo a sua função no âmbito da execução de penas e os princípios que a fundamentam. Ainda neste capítulo, é desenvolvida a problemática acerca da concessão - ou não concessão - da detração na hipótese do período a ser detraído ter ocorrido em processo distinto dos que integram a pena de um indivíduo, tendo o tempo de prisão do qual se objetiva o desconto ocorrido anteriormente à prática do delito que ensejou a reprimenda. Para discorrer acerca deste ponto, são apresentados argumentos de doutrinadores da execução penal, favoráveis e contrários ao deferimento do instituto. Ao fim do capítulo, é realizado estudo jurisprudencial, observando julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) durante a última década acerca do tema.

No terceiro capítulo é realizado novo estudo jurisprudencial, também analisando julgados do TJRS, desta vez relativo às hipóteses de indenizações estatais concedidas em favor de indivíduos presos preventivamente que não tenham sido posteriormente condenados. O objetivo da análise é identificar, para além da detração, a existência de outras formas de reparação a presos cautelares no ordenamento jurídico brasileiro. Ao final deste capítulo, por meio da comparação entre o posicionamento jurisprudencial relativo à concessão de detração e indenização nas hipóteses propostas, procura-se responder o questionamento acerca da efetividade da posição adotada pela jurisprudência, a qual prega a impossibilidade de concessão da detração por processo que não integra a execução de pena, nos casos em que o período de segregação a ser descontado tenha ocorrido anteriormente à prática da infração que gerou a reprimenda.

O estudo encerra-se com breve conclusão acerca dos tópicos abordados ao longo do trabalho.

2. EXECUÇÃO PENAL NO DIREITO BRASILEIRO

De acordo com AVENA¹, a doutrina internacional denomina a área do direito que trata da execução de penas como “direito penitenciário”. No entanto, no Brasil, tal nomenclatura não é adequada, razão pela qual surgiu aqui o ramo do “Direito de Execução Penal”.

Ocorre que, no Brasil, a execução de penas não trata somente das questões relativas à vida nas prisões, mas, também, busca meios de oportunizar a reinserção social dos condenados. Tal condição é explícita no primeiro artigo da Lei nº 7.210, de 1984, também chamada de Lei de Execução Penal, dispositivo que trata do tema em nosso ordenamento jurídico:

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.²

Note-se, portanto, a dupla finalidade da execução penal brasileira: cumprir o disposto em sentença e reabilitar socialmente os apenados. Nesse sentido, é interessante destacar que, ao limitar a execução ao conteúdo da sentença criminal, o legislador estabelece que o princípio da legalidade serve de norte à execução penal.

Em âmbito de direito penal, o princípio da legalidade pode ser explicado, de acordo com BITENCOURT³, por meio da ideia de que não pode existir crime sem lei anterior o definindo, nem, tampouco, pena sem prévia cominação legal. Ou seja, é pressuposto para caracterização de um delito a existência de uma lei anterior tipificando-o e, para a fixação de uma pena, cominação legal previamente estabelecida.

Na execução de penas, por outro lado, compreende-se o princípio da legalidade a partir da ideia de que ela será, do início ao fim, pautada pelos limites fixados em sentença - conforme previsto no artigo primeiro da Lei nº 7.210/84 - e

¹ AVENA, Roberto. **Execução Penal - esquematizado**. São Paulo, Editora Método, 2014. p. 21.

² BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de julho de 1984.

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - parte geral**. São Paulo, Saraiva, 24ª Edição, 2018, v.1. p. 52-53.

pelas próprias disposições da LEP. Portanto, não pode existir execução penal sem sentença condenatória, ou absolutória imprópria, cujas disposições irão limitá-la na busca daquela que é a finalidade última deste ramo do direito brasileiro: a reinserção social de condenados.

A seu turno, BOSCHI⁴ define o princípio da legalidade como gênero de outros três princípios que dele se desdobram: o da reserva legal, o da irretroatividade e o da enunciação taxativa. A reserva legal expressa a ideia de que os crimes e a criminalidade estão confinados aos tipos penais estabelecidos em lei. Já a irretroatividade, consiste na vedação a retroação de leis penais, salvo se forem mais benéficas ao acusado ou apenado. Por fim, o princípio da enunciação taxativa demanda que as leis penais, em especial as que possuem características incriminadoras, sejam claras e precisas.

Na visão de AVENA⁵, a sentença condenatória, absolutória imprópria (aquela que impõe execução de medida de segurança), bem como as decisões que homologam transações penais no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, constituem o pressuposto fundamental da execução penal no Brasil. Portanto, a sentença serve como fundamento - e limite - à execução, enquanto a reabilitação dos condenados serve de objetivo.

E, justamente visando à reabilitação, a execução penal prevê uma gama de direitos aos apenados, não só em relação à integridade física e moral do condenado, como assistência material, médica e jurídica, mas, também, de ordem processual, como a progressão de regime, o livramento condicional, a remição e a detração, sendo esta última o objeto de estudo deste trabalho.

Esses institutos de ordem processual são frequentemente chamados de “benefícios da execução”. No entanto, tal nomenclatura é controversa, pois pode conferir uma ideia de que sejam concedidos por pura benevolência do legislador ou do julgador sendo, portanto, passíveis de restrição ou remoção a qualquer momento. Muito melhor, portanto, tratá-los como direitos, visto que é desta forma que estão previstos em lei, o que necessariamente lhes confere maior respeitabilidade.

⁴ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 6ª Edição, 2013. p.37-40.

⁵ AVENA, Roberto. **Execução Penal - esquematizado**. São Paulo, Editora Método, 2014. p. 22-23.

3. DETRAÇÃO

O instituto da detração penal, no direito brasileiro, encontra-se atualmente previsto no artigo 42 do Código Penal, o qual preconiza:

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^{6 7}.

3.1 CONCEITO GERAL DE DETRAÇÃO

Conforme a visão de BITENCOURT⁸, pode-se definir a detração como o desconto do tempo de prisão que um condenado cumpriu anteriormente à condenação. Esse desconto pode ser operado em penas ou em medidas de segurança e é tido como período de efetivo cumprimento das mesmas.

Válido ressaltar que, antes mesmo da reforma realizada na codificação penal nacional em 1984, o instituto da detração penal já estava previsto em nosso ordenamento jurídico, mais precisamente no artigo 34 do Código Penal promulgado em 1940, o qual estabelecia:

Computam-se na pena privativa de liberdade o tempo de prisão preventiva ou provisória, no Brasil ou no estrangeiro, e o de internação em hospital ou manicômio.⁹

O texto da atual codificação penal, portanto, tratou de ampliar a previsão de aplicação do instituto, tornando clara a interpretação de que a detração é aplicável às medidas de segurança, computando-se, para tanto, os períodos de internação nos diversos estabelecimentos competentes para o tratamento de indivíduos submetidos a este tipo de medida. Assim, conforme SCAPINI¹⁰, seja qual for a

⁶ BRASIL. Decreto-Lei 7.209. **Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de Julho de 1984.

⁷ Nota de esclarecimento: os estabelecimentos previstos no artigo 41 e mencionados no artigo 42, são os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico ou, ainda, na falta destes, qualquer outro estabelecimento adequado.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - parte geral**. São Paulo, Saraiva, 24ª Edição, 2018, v.1. p. 649

⁹ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

¹⁰ SCAPINI, Marco Antônio Bandeira. **Prática de Execução das Penas Privativas de Liberdade**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009, p.41

espécie de privação provisória da liberdade, o tempo durante o qual perdurou deve ser computado na pena imposta ou na medida de segurança.

No entanto, não há na legislação qualquer disposição acerca da possibilidade, ou impossibilidade, de concessão da detração a indivíduos que permaneceram provisoriamente tolhidos de liberdade por determinado fato que não gerou condenação. Essa lacuna, que é alvo de debates até os dias atuais, será abordada com afinco no presente trabalho.

ZAFFARONI e PIERANGELI¹¹ apontam para existência de dúvida, em âmbito doutrinário e jurisprudencial, relativas à possibilidade de ser computado como detração o período passado em recolhimento provisório em razão de crime distinto daquele que é objeto da execução. Ressaltam, ainda, que existia um critério antigo dando conta de que somente era possível computar o período passado em prisão provisória decorrente do delito pelo qual se foi condenado.

Os autores também pontuam que o artigo 42 do Código Penal de 1969 estabelecia que se computava “o excesso de tempo, reconhecido em decisão judicial irrecorrível, no cumprimento de pena por outro crime, desde que a decisão seja posterior ao crime de que se trata”. A atual codificação, no entanto, não diz nada a esse respeito.

Esta ausência de previsão legal, portanto, gera dúvida: nos casos em que um apenado esteve preventivamente recolhido antes do início de sua pena, tendo esta medida sido decretada em processo que não gerou condenação e, conseqüentemente, não integra seu processo de execução penal, é possível aplicar a detração? Para responder a tal questionamento, é necessário analisar os fundamentos da detração penal, bem como a sua aplicação jurisprudencial.

3.2 FUNDAMENTOS DA DETRAÇÃO

Em âmbito doutrinário, o instituto da detração tem sido fundamentado com base em diferentes princípios do direito penal: o princípio da vedação à dupla punição (*ne bis in idem*), o princípio da equidade (ou isonomia) e o princípio da legalidade.

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral**. São Paulo, Livraria dos Tribunais, 11ª Edição, 2011. p.707.

Existem autores, como BRITO¹², que sustentam ser a detração uma forma de evitar a dupla punição pelo mesmo crime. Ou seja, o instituto existe porque, caso o tempo passado pelo indivíduo em segregação provisória não fosse computado como pena, o direito estaria permitindo ao Estado um abuso de seu poder-dever de punir, mediante excesso de prazo na restrição de liberdade do condenado, que estaria, em suma, sujeito a uma fração desnecessária de pena.

Por outro lado, há quem, como SOUZA e JAPIASSÚ¹³, relacione o instituto com o princípio da equidade, conceituando-a como um corretivo aplicado pelo julgador, a fim de que a prisão preventiva não configure excessiva intervenção estatal. Neste caso, a relação da detração e da equidade ocorre em razão deste princípio permitir ao julgador adequar normas ao caso concreto, visando torná-las mais justas. Ou seja, o tempo de segregação cautelar é descontado da pena total, visto que, caso assim não o fosse, o apenado suportaria injustamente tempo superior de privação de liberdade em relação ao fixado em sentença.

Doutrinadores como CERNICCHIARO¹⁴, no entanto, relacionam o instituto da detração com o próprio princípio da legalidade. Tal ligação é evidente, por exemplo, quando se observa não haver sentido em permitir que o Estado prenda alguém por tempo superior ao determinado em lei.

O princípio da legalidade, que, como já mencionado, norteia toda a execução penal, consiste em verdadeira limitação ao poder punitivo estatal. Nesse sentido, especificamente no âmbito da execução penal, a legalidade estabelece que a reprimenda deve ser limitada ao que foi estabelecido em sentença. Este entendimento, tal qual demonstrado anteriormente, encontra-se positivada no primeiro artigo da Lei de Execução Penal.

Dessa maneira, pode-se estabelecer a relação entre a detração e o princípio da legalidade no sentido de que, ao descontar o tempo de prisão preventiva da pena total, o julgador garante ao condenado restrição de liberdade pautada nos limites fixados pela sentença ou decisão condenatória. Ou seja, a inexistência do instituto da detração, implicaria na possibilidade de um indivíduo permanecer recolhido por

¹² BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**. São Paulo, Quartier Latin, 2006. p. 251.

¹³ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano, **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro, Forense, 2ª Edição, 2015, v.1.p. 582.

¹⁴ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Questões penais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 5.

tempo superior ao fixado em sentença, o que evidentemente violaria o artigo inicial da Lei 7.210 de 1984.

Pode-se, ainda, ir além das relações feitas pelos doutrinadores anteriormente destacados e fundamentar a detração com base no princípio da igualdade. Tal preceito, também conhecido como princípio da isonomia, encontra-se previsto no artigo 5º, caput, de nossa Constituição Federal, e prevê a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Assim, a relação entre a detração e o princípio da isonomia dá-se no sentido de que eventual inexistência do primeiro instituto permitiria tratamento extremamente desproporcional entre pessoas em situações idênticas. Por exemplo, se dois indivíduos viessem a ser condenados pelo mesmo fato e com penas iguais, tendo um respondido ao processo criminal em prisão preventiva e o outro em liberdade, na ausência de previsão legal de detração de pena, o primeiro permaneceria em privação de liberdade por mais tempo, uma vez que o período de segregação cautelar não seria contabilizado.

Note-se que, conforme demonstrado, a detração de penas pode ser fundamentada com base em diferentes e relevantíssimos princípios do direito penal. Todavia, as diferentes relações, sem exceção, apontam a uma conclusão em comum: esse instituto existe como forma de frear a atuação excessiva do Estado. Portanto, em síntese, pode-se afirmar que a detração penal existe como uma restrição ao poder punitivo estatal.

3.3 APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO

A fim de compreender melhor o instituto da detração penal no direito brasileiro, faz-se necessário analisar sua aplicação prática. Para tanto, é preciso não apenas expor o que a jurisprudência determina sobre o assunto, mas, de igual forma, discorrer acerca do que diz a doutrina sobre a sua incidência.

Inicialmente, é preciso entender em que momento a detração deve ser aplicada. Para tanto, é preciso analisar quem detém a competência para dispor acerca do instituto. Isto é, qual juízo deve determiná-la.

O artigo 66, inciso III, alínea “c” da Lei de Execução Penal¹⁵ afirma ser competência do juízo de execução decidir sobre a detração de penas. Por conta disso, por muito tempo, o juízo sentenciante não possuía qualquer responsabilidade com a aplicação do instituto. Ocorre que esta fixação de competência pode ser prejudicial ao condenado, uma vez que, caso fosse permitido ao juízo sentenciante aplicar a detração, o desconto do tempo passado em segregação preventiva já poderia interferir na fixação do regime.

Imagine-se, por exemplo, um condenado, não reincidente, cuja pena foi estabelecida em nove anos de reclusão, De acordo com o artigo 33, parágrafo 2º, alínea “a” do Código Penal, este indivíduo deveria iniciar o cumprimento de sua pena em regime fechado¹⁶. No entanto, suponha-se que esta pessoa esteve presa preventivamente por dois anos até o momento da sentença. Caso fosse permitido ao juízo sentenciante aplicar o instituto da detração, o condenado já poderia iniciar o cumprimento de pena em regime semiaberto, uma vez que, operado o devido desconto na pena total, sua pena remanescente estaria abaixo dos oito anos, os quais, conforme o texto legal, necessariamente imporiam início de pena em regime fechado.

Se apenas o magistrado da execução penal pudesse operar o desconto relativo à detração, o condenado teria de aguardar até que o juízo deferisse a detração e, após o deferimento, decretasse a progressão de regime. Caso o julgador não percebesse esta pendência de ofício, seria necessária uma petição de seus defensores nesse sentido. Fato é que, independente da forma como a detração fosse decretada em execução, este processo poderia demorar meses, o que implicaria em prejuízo desnecessário ao apenado.

¹⁵ BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de julho de 1984.

¹⁶ Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado à pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

Visando sanar essa aparente injustiça, foi publicada a Lei nº 12.736¹⁷, de 30 de novembro de 2012, a qual editou o artigo 387 do Código de Processo Penal, que prevê as responsabilidades do juízo sentenciante no momento de prolação do veredito, e estabeleceu:

Art. 1º A detração deverá ser considerada pelo juiz que proferir a sentença condenatória, nos termos desta Lei.

Art. 2º O art. 387 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 387.

§ 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta.

§ 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.” (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Segundo BITENCOURT¹⁸ a alteração promovida com o advento da Lei nº 12.736, de 2012 é elogiável, uma vez que, ao exigir que o período de recolhimento provisório seja considerado no momento de fixação do regime inicial de pena, o legislador positivou uma questão nítida que, a despeito de tal obviedade, era ignorada na prática forense.

No mesmo sentido, discorre AVENA¹⁹, pontuando que a modificação legal foi extremamente importante, uma vez que, anteriormente, um indivíduo condenado a cumprir pena de cinco anos, o qual já houvesse cumprido dois anos em segregação provisória, seria designado ao regime fechado para iniciar o cumprimento da reprimenda. Contudo, a partir da alteração, é possível que o magistrado fixe o regime semiaberto como forma inicial de cumprimento de pena.

A mudança, portanto, sanou o problema da competência exclusiva do magistrado de execução. No entanto, é possível que o juízo sentenciante não

¹⁷ BRASIL. Decreto-Lei 12.736. **Dá nova redação ao art. 387 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, para a detração ser considerada pelo juiz que proferir sentença condenatória.** Diário Oficial da União, Brasília, 30 de novembro de 2012.

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - parte geral.** São Paulo, Saraiva, 24ª Edição, 2018, v.1. p. 652.

¹⁹ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução Penal Esquemático.** São Paulo, Forense, 2014. p. 122.

observe a existência de períodos pendentes de detração. Nestes casos, cabe ao juiz de execução, após a formação do Processo de Execução Penal, corrigir a omissão, a fim de que o condenado não seja ainda mais prejudicado.

Essa orientação encontra respaldo em julgados recentes do Superior Tribunal de Justiça. A título de exemplo, colaciona-se a ementa do Recurso Ordinário em Habeas Corpus número 109854, de Minas Gerais, julgado em 16/05/2019, sob a relatoria do Ministro Felix Fischer, da Quinta Turma, e publicado em 21/05/2019 (grifado):

PENAL E PROCESSUAL PENA. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. DOSIMETRIA. DETRAÇÃO DA PENA. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 387, PARÁGRAFO 2º, DO CPP. RECURSO PROVIDO. I - O parágrafo 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei n. 12.736/2012, determina que o tempo de prisão cautelar deve ser considerado para a determinação do regime inicial de cumprimento de pena, vale dizer, a detração do período de segregação cautelar deve ser considerada já no estabelecimento do regime inicial pela decisão condenatória. **II - Ainda, tem-se que as alterações trazidas pelo diploma legal supramencionado não afastaram a competência concorrente do Juízo das Execuções para a detração, nos termos do art. 66 da Lei n. 7.210/1984, sempre que o Magistrado sentenciante não houver adotado tal providência.** III - O eg. Tribunal de origem, ao apreciar a controvérsia, consignou que o cálculo da detração ficaria a cargo do juízo das execuções. Nesse diapasão, verifica-se a ocorrência do constrangimento ilegal, uma vez que a autoridade coatora analisou a questão da detração apenas sob o prisma da progressão de regime, em contrariedade ao que determina o comando normativo. Recurso provido.

O julgado acima evidencia duas questões: há competência concorrente, do juízo de execução em relação ao magistrado sentenciante, nos casos em que este não aplique a detração. Além disso, a aplicação da detração de penas por parte do magistrado sentenciante não tem relação com o instituto da progressão de regime.

Em relação à diferenciação entre o reconhecimento da detração pelo juízo sentenciante - nos termos do artigo 387, §2º, do Código de Processo Penal - e o instituto da progressão de regime, próprio da execução de penas, idêntico entendimento foi fixado pelo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 421761, de São Paulo. Sobre o tema, a ementa do mencionado writ, relatado pelo Ministro Ribeiro Dantas, da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, e julgado em 06 de março de 2018, assim estabeleceu:

[...]

9. O art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal versa sobre o regime de cumprimento inicial de pena e não possui relação com o instituto da progressão de regime, própria da execução penal, devendo o Juiz sentenciante verificar, no momento oportuno da prolação da sentença, a possibilidade de se fixar um regime mais brando em razão da detração, não havendo que se falar em análise dos requisitos objetivos e subjetivos. In casu, o Colegiado de origem limitou-se a afirmar que a matéria deveria ser apreciada pelo Juízo das Execuções, pois a imposição do regime menos gravoso dependeria do cumprimento de requisito subjetivo.

[...]

Como se percebe, é fundamental diferenciar a fixação de regime mais brando em sentença criminal, por conta do reconhecimento da detração, do instituto da progressão de regime. Para progredir a regime mais brando, o apenado deve cumprir um requisito objetivo e outro subjetivo.

O requisito objetivo é temporal, consistindo na exigência de que o apenado tenha cumprido um período específico de pena para pleitear a progressão. A recentemente publicada Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019²⁰, alterou a redação do artigo 112 da Lei de Execuções Penais e passou a prever o seguinte, em relação ao requisito objetivo:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

I - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; **III** - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou

²⁰ BRASIL. Decreto-Lei 13.964. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.** Diário Oficial da União, Brasília, 24 de dezembro de 2019.

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

Tem-se, portanto, que na atualidade o apenado deve cumprir, no mínimo, 16% da pena em regime anterior para preencher o requisito objetivo e progredir de regime.

Em relação ao requisito subjetivo, a nova redação do artigo 118 assim dispõe:

§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Assim sendo, conclui-se que o requisito objetivo necessário à progressão constitui em atestado, fornecido pelo diretor da casa prisional em que o apenado cumpre pena, dando conta de que ele possui boa conduta carcerária, o que lhe permitiria passar a cumprir a reprimenda em regime mais brando. No entanto, para a fixação da pena em regime menos gravoso em função do cômputo da detração, tais requisitos são absolutamente prescindíveis. Não há necessidade de cumprir determinada fração da pena total imposta, ou mesmo de que o diretor da casa prisional ateste o bom comportamento carcerário, basta que o tempo passado em recolhimento provisório, quando abatido da pena total imposta, torne a pena remanescente compatível com regime mais brando em relação ao que seria fixado caso não houvesse período detrável.

Percebe-se, portanto, por meio das alterações legislativas supramencionadas, bem como pela explicação das diferenças entre fixação de regime inicial do cumprimento de pena em razão do reconhecimento do benefício e o instituto da progressão de regime, que a problemática da competência para o reconhecimento da detração foi sanada. Ainda em relação à aplicação da detração, poder-se-ia questionar a aplicabilidade do instituto a outras medidas cautelares que não sejam a prisão preventiva. Sobre esse questionamento, PRADO²¹ leciona que,

²¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 13ª Edição., 2014. p.480 e 481.

quando uma pessoa responde a um processo em prisão provisória, prisão administrativa, ou mesmo internada em hospitais de custódia, ou de tratamento psiquiátrico, e, posteriormente, seja sentenciado ao cumprimento de pena ou medida de segurança, aplica-se a detração.

Atualmente a principal controvérsia envolvendo a detração penal diz respeito a existência de diferentes entendimentos acerca de como proceder quando um indivíduo cumpre uma pena e possui tempo de recolhimento cautelar, em qualquer dos estabelecimentos acima citados, decretado em função de processo que não gerou sentença condenatória ou absolutória imprópria - a qual ocorre nos casos em que o réu é inimputável mediante imposição de medida de segurança - e que, portanto, não integra o processo de execução penal. Tal período de recolhimento é passível de detração?

A fim de elucidar esse questionamento, faz-se necessário analisar a posição da doutrina e da jurisprudência sobre a temática.

3.4 A DETRAÇÃO PENAL NA VISÃO DA DOCTRINA

Com o intuito de analisar o instituto da detração, bem como as problemáticas dele decorrentes, sob a ótica doutrinária, utilizar-se-á, como ponto de partida, os conceitos de SCAPINI²², que divide a detração penal em duas modalidades: a detração própria e a detração imprópria.

3.4.1 Detração Própria

Segundo o doutrinador acima mencionado, nos casos em que a prisão provisória for decretada nos autos do processo criminal que ensejou a condenação que será objeto de execução penal, o cômputo da detração é automático, sendo este um caso clássico de detração própria.

No entanto, ainda na visão do autor, a detração própria também pode ocorrer nos casos em que o agente venha a ser condenado por crime diverso daquele imputado no processo pelo qual respondeu cautelarmente recolhido, desde que os

²² SCAPINI, Marco Antônio Bandeira. **Prática de Execução das Penas Privativas de Liberdade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.41-42

fatos pelo qual este indivíduo foi incriminado tenham ocorrido antes da prisão. Por exemplo, caso uma pessoa seja acusada de duas práticas de roubo, num mesmo período de tempo, vindo a ser presa por um dos processos, mas respondendo ao outro em liberdade, na eventualidade de restar absolvida no processo pelo qual esteve presa, mas condenada naquele em que respondeu em liberdade, é possível aplicar a detração.

3.4.2 Detração Imprópria

Por outro lado, o autor define como detração imprópria a modalidade deste instituto que ocorre nos casos nos quais o indivíduo sofre condenação por determinado delito e tenha, anteriormente à prática do crime que gerou a condenação, estado preventivamente recolhido por outro fato, o qual, por qualquer motivo, não gerou condenação ou execução. Ou seja, no processo em que vigorou a segregação provisória, o agente foi absolvido, houve extinção da punibilidade ou, ainda, o tempo passado em recolhimento cautelar foi superior à pena fixada em sentença.

Note-se que, independente do motivo pelo qual inexistir execução de pena em processo em que foi decretada a prisão, a leitura literal do artigo 42 do Código Penal, já citado no presente trabalho, não exclui a possibilidade de detração, razão pela qual, na visão do doutrinador, não caberia interpretação restritiva do direito à detração caso o agente preso vier a ser condenado posteriormente por outro delito. Contudo, o autor ressalta a sua preocupação com a formação de uma “conta-corrente” criminal, a qual poderia fazer com que condenados que tenham anteriormente sido presos preventivamente por outro fato já tenham, ao momento da execução, cumprido integralmente o período designado em sentença condenatória caso seja-lhes deferida a detração de pena.

Diante do conflito exposto, Scapini admite que, em razão da hierarquia de valores, o direito à detração deve, via de regra, prevalecer. No entanto, o autor designa limites à concessão do instituto. Afirma que o cômputo da detração jamais pode tornar a pena inócua, devendo, nestes casos, ser indeferido. Neste caso

específico de indeferimento, restará ao indivíduo a busca pela reparação do dano (indenização) pela prisão no processo em que foi absolvido. É interessante observar que, muito embora defenda a concessão de detração nos casos em que o benefício não torne a pena inócua, o autor não aponta critérios específicos para definir que tipo de redução tornaria a reprimenda inerte.

O doutrinador ainda aponta que, nos casos em que for concedida a detração imprópria, a mesma deve ser contabilizada como desconto no total da pena, não como pena cumprida. Ou seja, deve-se subtrair a pena aplicada em razão do tempo de prisão proveniente de outro processo. Dessa forma, contornaria-se eventual alteração de finalidade da pena (evitando torná-la inócua) e continuaria mantida a exigência do apenado cumprir a sanção pelo tempo estabelecido em lei para obter benefícios, embora o período sob o qual realizar-se-ia este cálculo seja menor, justamente em função da detração.

Em linha de pensamento ainda mais benéfica ao apenado, SANTOS²³ afirma:

Nada impede a detração penal na hipótese de pena privativa de liberdade aplicada em novo processo, mediante subtração do tempo de prisão provisória decretada em processo anterior de que resultou absolvição do acusado.

Acerca da mesma problemática, porém com posicionamento distinto, ZAFFARONI e PIERANGELI²⁴ apontam para o fato de que a atual codificação penal silencia a respeito da dúvida gerada com relação ao cômputo do período em que um indivíduo tenha sido submetido à segregação cautelar por processo distinto do que gerou a condenação. Os autores afirmam ser lógico concluir que nos casos em que uma pessoa responda a um delito privada de liberdade e, ao mesmo tempo, responda a outro sem a imposição de tal restrição, caso venha a ser condenada pelo segundo e não pelo primeiro, é possível que se conceda a detração, desde que a prisão preventiva e a submissão a outro processo sejam contemporâneos entre si, total ou parcialmente. Portanto, mesmo que não o façam especificamente, ao exigir, ainda que parcialmente, contemporaneidade entre processos para a concessão da detração, os doutrinadores parecem não considerar possível a concessão do

²³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005. p. 80.

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral**. São Paulo: Livraria dos Tribunais, 11ª Edição, 2011. p.707

instituto na hipótese de determinado indivíduo vir a ser condenado por um processo ao qual respondeu em liberdade e buscar a detração proveniente de processo anterior, pelo qual não foi condenado, mas esteve preventivamente recolhido.

PRADO²⁵ também aborda esta divergência, apontando que, no tocante à necessidade de existência de nexos entre a sanção imposta ao condenado e a razão de sua prisão provisória, existe uma corrente que defende somente ser passível de detração o período de prisão relacionado ao fato pelo qual o agente foi processado. O doutrinador anota, ainda, que, no caso de um mesmo indivíduo ser processado por dois fatos distintos, desde que entre eles haja conexão formal, ainda que venha a ser absolvido do fato que motivou a prisão, vindo a ser condenado pelo outro, a concessão da detração seria admitida. No entanto, o doutrinador afirma que a tendência atual é de admitir a concessão de detração nos casos em que há prisão cautelar em processo distinto ao qual o indivíduo foi condenado, não tendo o agente sido condenado, desde que a prática do delito pelo qual a pessoa for condenada e cumprirá pena tenha ocorrido anteriormente à prisão pelo fato distinto.

O autor ainda aponta que este entendimento é corroborado pelo fato de que a antiga redação do artigo 42 do Código Penal declarava que “computa-se, igualmente, o tempo indevidamente cumprido, relativo à condenação por crime posterior, invalidada em sentença judicial irrecorrível”. Ou seja, esta visão admite que se conceda a um condenado a detração relativa a tempo de prisão preventiva decretado em processo diverso daquele pelo qual foi condenado, desde que o delito que gerou a condenação em razão da qual haverá cumprimento de pena tenha ocorrido antes da prisão preventiva suportada pelo agente no feito distinto.

MASSON²⁶ adota posicionamento idêntico ao tratar de casos em que o réu busca o reconhecimento de detração por período de prisão provisória operado em processo no qual não restou condenado. De acordo com o autor, independentemente da existência de conexão ou continência entre o delito, a prisão provisória e a pena a ser executada, é requisito para o reconhecimento da detração o fato de o crime pelo qual o indivíduo foi condenado e gerou o processo de

²⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 14ª Edição., 2014. p.481 e 482.

²⁶ MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado, Vol 1**. São Paulo. Editora Forense, 11ª Edição, 2017, p. 724-725.

execução ser anterior à infração pela qual foi preso preventivamente e posteriormente absolvido. Tal conclusão evitaria a *“constituição de um saldo credor em favor do condenado que lhe daria um cheque em branco para cometer crimes e contravenções penais e abrigar-se sob o manto da impunidade.”*

É nítido que inexistente consenso doutrinário acerca da possibilidade de descontar, em processo de execução penal, como detração, o tempo de prisão provisória anterior a essa execução e que tenha sido decretado em processo no qual o agente não foi condenado. Necessário, portanto, analisar como a jurisprudência lida com o problema na prática.

3.5 A DETRAÇÃO PENAL NA VISÃO DA JURISPRUDÊNCIA

3.5.1 Objeto e Justificativa de Pesquisa

Inicialmente, cumpre destacar que o objetivo do presente estudo jurisprudencial, o qual consiste em analisar os argumentos utilizados nas câmaras criminais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) acerca da possibilidade de concessão da detração penal em favor de indivíduos que estejam cumprindo pena e que, anteriormente ao início da execução, tenham passado algum período em prisão preventiva, decretada em processo que não gerou condenação criminal.

Foi escolhido o acervo jurisprudencial, disponibilizado no próprio site do tribunal, do TJRS em razão deste autor possuir experiência advinda de estágios previamente realizados na área criminal - junto à Defensoria Pública Especializada em Execução Penal da Comarca de Porto Alegre e a escritório de advocacia com foco exclusivo no direito penal - por meio dos quais foi adquirida familiaridade com processos de execução penal tramitantes no referido Tribunal de Justiça.

A pesquisa foi realizada utilizando os seguintes filtros: na aba “palavras-chave”, digitou-se a expressão “detração por processo distinto e anterior”. Na opção “tipos de processo”, escolheu-se “agravos”. Já em relação à “seção”, foi eleita a opção “crime”. Por fim, quanto ao “tipo de decisão”, primou-se por “acórdãos”. Ainda, selecionou-se apenas os processos julgados entre o primeiro dia

do ano de 2010 e o último dia do ano de 2020, a fim de, simultaneamente, reduzir o número de acórdãos fornecidos pela pesquisa, tornando possível a leitura de todos, e demarcar um lapso temporal considerável, no qual fosse possível observar eventuais mudanças de posicionamento ao longo dos anos. O banco de jurisprudência do TJRS forneceu como resultado um total de 137 acórdãos, julgados entre 11/02/2010 e 09/12/2020. Foi realizado o download e leitura de cada um deles, a fim de identificar a posição do referido tribunal acerca da problemática. O resultado da análise será exposto a seguir.

3.5.2 Resultado da Análise

Inicialmente, esclarece-se que a análise, a qual compreende julgados proferidos ao longo de mais de uma década, foi dividida primeiramente em períodos bienais, a fim de melhor identificar as alternâncias de entendimento por parte do TJRS. Independentemente de quem tenha interposto recurso ao tribunal, os resultados serão analisados com base em três categorias: entendimentos que concordam com a ideia de ser possível a concessão de detração por processo distinto aos que integram a execução de pena, mesmo relativa a período de prisão anterior ao cometimento do crime que deu início à execução; entendimentos que discordam da permissão à concessão de detração anteriormente descrita; e entendimentos que, pelas particularidades do caso específico, acabam não entrando no mérito da mencionada problemática. A seguir, como informado, será realizada análise acerca do entendimento do TJRS sobre o tema entre 2010 e 2011 e, desta forma bienal sucessivamente até o ano de 2020.

2010 e 2011:

Neste biênio, o TJRS julgou 21 agravos que envolviam a problemática da possibilidade de concessão de detração em processo distinto daqueles que integram a execução penal, em razão de período de prisão cautelar ocorrido anteriormente ao delito que originou a pena em fase de cumprimento. Destes 21 casos, a detração foi concedida somente em três oportunidades, todas elas em agravos julgados pela 6ª Câmara Criminal. Em 16 julgados a detração não foi concedida, todos eles

operados pela 2ª Câmara Criminal do TJRS, tendo em 3 oportunidades o Desembargador Nereu José Giacomolli sido voto vencido, opinando pela concessão do benefício. Por fim, em duas oportunidades, também em julgamentos envolvendo a 2ª Câmara Criminal, a detração foi concedida por se tratar de período de prisão cautelar ocorrido em processo alheio à execução, mas posterior ao início desta.

Especificamente em relação aos acórdãos que confirmaram o entendimento de ser possível a concessão da detração, sem qualquer restrição, a 6ª Câmara Criminal utilizou como argumento o fato de ser a prisão provisória que não gera condenação uma restrição de liberdade injusta promovida pelo Estado, a qual geraria uma dívida deste para com o apenado, tendo em vista ser impossível a recuperação do tempo perdido preso. Este entendimento pode ser melhor vislumbrado no seguinte acórdão, julgado pela 6ª Câmara Criminal em 23/09/2010, sob a relatoria do Desembargador Mario Rocha Lopes Filho:

EMENTA: AGRADO EM EXECUÇÃO. DETRAÇÃO. PRISÃO EM PROCESSOS DISTINTOS ANTERIORES AO COMETIMENTO DO DELITO PELO QUAL CUMPRE PENA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. É cabível a detração do tempo de prisão provisória por fato diverso daquele que ensejou a condenação pela qual o apenado cumpre sua pena atual, não importando se cometido em data anterior ou posterior. Neste caso surge uma dívida por parte do Estado para com o apenado, pois inexistente a possibilidade de "recuperar" o tempo em que se viu injustamente privado de sua liberdade. À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO AGRADO EM EXECUÇÃO INTERPOSTO PELA DEFESA DO APENADO, PARA RECONHECER O DIREITO À DETRAÇÃO DA PENA CUMPRIDA A TÍTULO PROVISÓRIO, AINDA QUE EM PROCESSO DIVERSO E ANTERIOR AO COMETIMENTO DO DELITO PELO QUAL CUMPRE SUA PENA. (Agravo, Nº 70038341921, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mario Rocha Lopes Filho, Julgado em: 23-09-2010).

Por outro lado, dentre os argumentos utilizados nos julgamentos que negaram a concessão da detração, todos ocorridos no âmbito da 2ª Câmara Criminal, destacou-se o fato de a jurisprudência nacionalmente dominante pontuar ser impossível a concessão do benefício em caso de tempo de prisão cautelar decretado em processo que não faz parte da execução penal do indivíduo que pleiteia a detração e que tenha ocorrido anteriormente ao cometimento do delito que originou a pena. Nos precedentes citados, sobressai-se a tese de que a concessão da detração, nestes casos, criaria uma "conta-corrente" em favor do apenado, que, em razão de possuir um "crédito prisional", poderia ser estimulado a cometer delitos,

justamente por ter consciência de que o período já passado em prisão seria abatido de eventual pena. A fim de melhor ilustrar o posicionamento da 2ª Câmara Criminal, segue ementa de acórdão julgado em 13/05/2010:

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO. DETRAÇÃO. PROCESSOS DISTINTOS. PRETENSÃO AO ABATIMENTO DE PERÍODO ANTERIOR À PRÁTICA DO CRIME PELO QUAL O AGRAVADO CUMPRE PENA. IMPOSSIBILIDADE. Na espécie, cumprindo o agravante pena por fato praticado posteriormente ao período em que esteve preso cautelarmente, inviável que lhe seja concedido o benefício da detração, previsto no artigo 42 do Código Penal. Precedentes Jurisprudenciais. AGRAVO EM EXECUÇÃO DESPROVIDO. (Agravo, Nº 70035374115, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laís Rogéria Alves Barbosa, Julgado em: 13-05-2010)

Há de se ressaltar, ainda, que nem sempre o entendimento da 2ª Câmara Criminal foi unânime no período analisado. Na realidade, em três oportunidades o Desembargador Nereu José Giacomolli divergiu da opinião dominante entre seus colegas, manifestando-se, mais especificamente no julgamento dos agravos nº 70035374784, 70036133072, 70034750281, pela concessão da detração, independentemente de o período a ser detraído ser anterior ao delito que originou a execução de pena. Defendeu o desembargador que, nestes casos, deve ser concedida a detração em favor do indivíduo que esteve preso anteriormente à prática do delito que originou a execução, uma vez que houve uma restrição de sua liberdade que merece ser reparada de forma específica, não por meio de pecúnia. Em seus votos, afirmou que casos como os propostos evidenciam a fragilidade do direito, que não possui o condão de regredir no tempo e evitar injustiças, razão pela qual a única solução no caso concreto é detrair a pena em favor do condenado. Referiu, ainda, que a leitura do artigo 42 da Lei de Execuções Penais (já citado no presente trabalho) não evidencia qualquer tipo de restrição à concessão da detração, dessa forma, interpretações restritivas ao benefício configurariam verdadeira analogia em desfavor do apenado, o que evidentemente é vedado pelo direito.

2012 e 2013:

Neste período, o TJRS julgou 25 agravos envolvendo a problemática da possibilidade de concessão de detração por prisão preventiva decretada em

processo que não integra a execução penal e cumprida anteriormente ao delito que originou a pena. Destes julgamentos 14 manifestaram-se pela possibilidade de conceder o benefício, sendo 6 julgados pela 3ª Câmara Criminal e 8 julgados pela 5ª Câmara Criminal. 8 deles fixaram entendimento no sentido de não conceder a detração, tendo 2 dos acórdãos sido julgados pela 1ª Câmara Criminal e 6 julgados pela 6ª Câmara Criminal. Ainda, 3 acórdãos sequer entraram no mérito da possibilidade ou não deste tipo de detração, uma vez que a defesa dos apenados, em todos eles, não comprovou, por meio da documentação comumente exigida, a alegação de que existira prisão preventiva em desfavor do mesmo.

É perceptível, portanto, que a maioria dos julgados concedeu a detração neste biênio, dentre os principais argumentos utilizados pela 3ª e 5ª Câmaras Criminais, pode-se citar o entendimento de que a detração, nestes casos, não se trata de um crédito concedido pelo Estado ao apenado que restou preso anteriormente, mas, pelo contrário, uma reparação estatal à prisão indevida. Destacou-se, ainda, que a visão de que somente pode-se conceder detração ao indivíduo que foi preso posteriormente ao início da execução beneficia indivíduos que já cometeram delitos - e foram condenados - em detrimento de possíveis agentes primários, tendo em vista a impossibilidade de conceder a detração ao indivíduo que tenha sido absolvido anteriormente ao início da execução de pena. Nesse sentido, segue ementa, referente a agravo julgado pela 3ª Câmara Criminal em 10/05/2012, para ilustrar o posicionamento favorável à concessão da detração:

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO. DETRAÇÃO. PRISÃO PROVISÓRIA POR PROCESSO DISTINTO E POR FATO ANTERIOR AO DA PENA EM EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. Não há nenhuma restrição legal à concessão de detração em processo distinto e por fato anterior ao da pena que está sendo executada. O artigo 42 do CP visa compensar o apenado pelo tempo em que permaneceu encarcerado sem a devida sentença transitada em julgado, seja ela condenatória ou absolutória. Ademais, qualquer interpretação que imponha restrições ao benefício da detração ensejaria analogia in malam partem, porquanto a lei não veda a concessão da detração em relação a prisões provisórias por processos distintos e anteriores ao da pena em execução. AGRAVO PROVIDO.(Agravo, Nº 70047979190, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francesco Conti, Julgado em: 10-05-2012).

Ainda neste biênio, alguns julgados que concederam a detração o fizeram reconhecendo que a jurisprudência nacionalmente dominante era contrária à

concessão do benefício, como, por exemplo, o agravo nº 70052490919. Neste caso, por maioria, os desembargadores defenderam a tese de que somente se pode obstar a concessão da detração nos casos em que se verifique que o agente cometeu o delito que gerou a execução motivado pelo “crédito” que teria obtido por meio de prisão preventiva decretada anteriormente. Não havendo indícios de tal prática, não se poderia cogitar a teoria de que a concessão de detração confere uma “conta-corrente” ao apenado e, portanto, o benefício não poderia ser negado. A ementa do mencionado agravo, julgado pela 3ª Câmara Criminal em 01/02/2013, é a seguinte:

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO. DETRAÇÃO PENAL. PRISÃO PROVISÓRIA IMPOSTA EM PROCESSO DISTINTO E POR FATO ANTERIOR AO QUE FOI OBJETO DA CONDENAÇÃO EM EXECUÇÃO, TENDO HAVIDO ABSOLVIÇÃO. POSSIBILIDADE. RESTRIÇÃO SUGERIDA PELA JURISPRUDÊNCIA QUE NÃO É CONFORME O DISPOSTO EM LEI E VAI AFASTADA, POR MAIORIA DE VOTOS. Agravo provido, por maioria.(Agravo, Nº 70052490919, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em: 01-02-2013).

Em relação aos julgados que negaram a concessão da detração, novamente destacou-se o posicionamento de que a jurisprudência das cortes superiores no Brasil veda o benefício nestes casos, a fim de evitar a chamada “conta-corrente de pena”. É possível identificar ainda, que, neste período bienal, a 6ª Câmara Criminal adotou posicionamento diverso daquele que vinha estabelecendo nos anos anteriores, passando a fixar entendimento idêntico ao da jurisprudência nacionalmente dominante, conforme se percebe pela seguinte ementa, relativa à acórdão julgado em 19/12/2013:

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. DETRAÇÃO. INDEFERIDA. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. ANTERIOR PRISÃO CAUTELAR EM PROCESSO DISTINTO. IMPOSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. NA ESTEIRA DO ENTENDIMENTO DAS CORTES EXTRAORDINÁRIAS, ADMITE-SE A DETRAÇÃO DO PERÍODO DE PRISÃO CAUTELAR EM PROCESSO DISTINTO, DESDE QUE APENADO SE ENCONTRE CONDENADO POR FATO ANTERIOR À CUSTÓDIA CAUTELAR EM PROCESSO QUE RESULTAR NA SUA ABSOLVIÇÃO NA EXTINÇÃO DE SUA PUNIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA PORQUANTO A DETRAÇÃO PRETENDIDA DIZ COM SEGREGAÇÃO OCORRIDA EM DATA ANTERIOR AO FATO DELITUOSO ORA EXECUTADO. AGRAVO NÃO PROVIDO. UNÂNIME.(Agravo, Nº 70057242596, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Bernadete Coutinho Friedrich, Julgado em: 19-12-2013)

2014 e 2015

Ao longo deste biênio, o TJRS julgou 26 agravos envolvendo a temática da concessão de detração a indivíduo cuja prisão preventiva foi decretada em processo que não integra a execução penal e transcorreu anteriormente ao cometimento do delito que deu origem à pena. Neste período, já é possível observar uma transição de entendimento no tribunal gaúcho, que passou a adotar, quase que de forma unânime, o entendimento majoritário na jurisprudência nacional. Foram 23 julgados afastando a possibilidade de concessão do benefício, 10 deles foram promovidos pela 2ª Câmara Criminal, 9 pela 6ª Câmara Criminal, 2 pela 8ª Câmara Criminal e também 2 pela 5ª Câmara Criminal - nos quais ocorreu mudança de posicionamento da câmara, que anteriormente manifestava-se de forma favorável à concessão do benefício, a fim de adequar-se ao entendimento dominante. Somente em uma oportunidade, em agravo julgado pela 3ª Câmara Criminal, a detração foi concedida. Houve, ainda, um provimento parcial de agravo somente determinando que a Vara de Execuções Penais atestasse o período de prisão cautelar decretado em desfavor do apenado (sem entrar no mérito da detração) e uma concessão de benefício, somente porque, em realidade, provou-se que o período de segregação preventiva era posterior ao delito que iniciou a execução.

O único julgado que manifestou-se favoravelmente à concessão da detração destacou que, apesar do entendimento das Cortes Superiores do Brasil serem contrários, o artigo 42 do Código Penal não faz qualquer ressalva à concessão do benefício, que é imperativo mesmo que decorrente de prisões preventivas que não integram a execução penal e que ocorreram anteriormente à prática do delito que iniciou a pena, uma vez que o apenado não pode ser prejudicado pelo tempo passado encarcerado. A ementa do agravo, julgado em 07/08/2014 esclarece este posicionamento:

EMENTA: EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO. DETRAÇÃO. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À SUSEPE. PERÍODOS DE ENCARCERAMENTO POR FATO ANTERIOR AO DELITO PELO QUAL O APENADO CUMPRE PENA. PROCESSOS DISTINTOS. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE. Detração. É possível a concessão da detração por período de encarceramento anterior ao qual o apenado cumpre pena. O apenado não pode ser prejudicado pela permanência no sistema prisional em sede de prisão cautelar em processo

em que restou absolvido, servindo a detração como um benefício impositivo, neste caso, independentemente do período no qual esteve preso cautelarmente. Expedição de ofício à SUSEPE. Pretende o agravante a expedição de ofício à SUSEPE para prestação de informações acerca de prisão cautelar anterior ao delito pelo qual o apenado cumpre pena atualmente. O fato de a prisão da qual se pretende informações ser pretérita ao fato pelo qual o apenado cumpre pena não constitui óbice à prestação de informações. AGRADO PROVIDO.(Agravo, Nº 70060316890, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em: 07-08-2014)

Com relação aos julgados que não concederam o benefício, outra vez destacou-se o entendimento de existir posicionamento pacífico nas Cortes Superiores, dando conta de que esta modalidade de detração não pode ser conferida, pois conferiria um "crédito de pena" ao apenado contra o Estado, podendo estimular-lhe a cometer delitos. Destacaram-se, ao longo do período analisado, dois julgados promovidos pela 5ª Câmara Criminal, nos quais houve mudança do entendimento fixado pela referida câmara anteriormente. Em ambos os casos, no entanto, a Desembargadora Genacéia da Silva Alberton votou favoravelmente à concessão da detração, restando vencida pelos demais colegas, sob o argumento de que se trata da reparação mais adequada ao indivíduo que é cautelarmente privado de sua liberdade e, ao final de um processo, não é condenado. Os acórdãos, julgados em 29/04/2015 e 30/09/2015, foram publicados sob as seguintes ementas:

Ementa: AGRADO EM EXECUÇÃO PENAL. DETRAÇÃO DE PENA. PROCESSOS DIVERSOS. CONDENAÇÃO POR DELITO POSTERIOR AO PERÍODO POSTULADO. IMPOSSIBILIDADE. Impossível compensar o tempo de prisão provisória cumprida, conforme postulado, sob pena de criar indistintamente uma espécie de "crédito de pena", perante a Justiça Criminal, para eventuais condenações futuras, pois, além de tratar-se de processo distinto, é anterior ao delito pelo qual o agravante está cumprindo a reprimenda, Por óbvio, não foi esta a intenção do legislador no texto do art. 42 do CP. Precedente do STJ e deste Tribunal. AGRADO DESPROVIDO, POR MAIORIA.(Agravo, Nº 70063817118, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lizete Andreis Sebben, Julgado em: 29-04-2015)

Ementa: AGRADO EM EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. DETRAÇÃO DE PENA. PROCESSOS DIVERSOS. CONDENAÇÃO POR DELITO POSTERIOR AO PERÍODO POSTULADO. IMPOSSIBILIDADE. Impossível compensar o tempo de prisões provisórias conforme o postulado, pois, além de ser em processos distintos, foram anteriores aos delitos pelos quais o apenado está cumprindo a reprimenda atual. Caso contrário, estaria se admitindo uma espécie de "crédito de pena" perante a justiça criminal, para condenações futuras. Por óbvio, não foi esta a intenção do legislador no texto do art. 42 do CP. Precedente do STJ e deste Tribunal. AGRADO DESPROVIDO, POR MAIORIA.(Agravo, Nº

2016 e 2017:

Neste período, o TJRS julgou 32 acórdãos envolvendo a temática. Novamente, observou-se clara tendência à não concessão da detração. Em somente duas oportunidades, ambas por meio da 3ª Câmara Criminal, o benefício foi concedido. Em 29 oportunidades a possibilidade de conferir detração ao apenado foi rechaçada, 18 delas promovidas pela 5ª Câmara Criminal, 7 pela 6ª Câmara Criminal, 3 pela 8ª Câmara Criminal e 1 pela 4ª Câmara Criminal. Houve, ainda, um caso de concessão da detração por se tratar de período de prisão preventiva ocorrido posteriormente à prática do delito que originou a execução de pena.

Novamente a 3ª Câmara Criminal utilizou como argumento para a concessão da detração o fato de que, apesar da jurisprudência dominante entender não ser possível referir o benefício nestes casos, o indivíduo preso preventivamente que não foi condenado, independentemente do momento da prisão, tem direito à compensação por este período de privação de liberdade. Neste sentido, segue ementa de agravo julgado em 11/10/2017:

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. DETRAÇÃO. INSURGÊNCIA MINISTERIAL. PRISÃO PROVISÓRIA POR PROCESSO ANTERIOR. PENA JÁ CUMPRIDA. CERTIDÃO DE QUE NÃO HOUE DETRAÇÃO QUANTO A ESTE PERÍODO. POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. 1 - Insurgência ministerial: É possível a concessão da detração por período de encarceramento anterior ao qual o apenado cumpre pena. Não pode o preso ser prejudicado pela permanência no sistema prisional referente ao período de prisão provisória, ainda que por processo diverso, servindo a detração como um benefício impositivo, nestes casos, para compensar a anterior segregação do apenado. Não verificado duplo proveito e comprovado o recolhimento provisório. Jurisprudência desta Câmara. 2- Insurgência defensiva: A detração penal (art. 42) embora possa se dar em feito diverso daquele em que o acusado permaneceu sob custódia cautelar e foi, ao final, absolvido, é permitida em processos relativos a delitos cometidos em data anterior à prisão processual, para processos distintos, independentemente do delito pelo qual o sentenciado cumpre pena tenha sido cometido antes de sua segregação cautelar. Assim, não há motivo para a detração concedida, ser restrita como ocorreu no caso em análise. Precedente desta Câmara. Decisão modificada neste ponto. AGRAVO MINISTERIAL DESPROVIDO. AGRAVO DEFENSIVO PROVIDO. (Agravo, Nº 70074193236, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rinez da Trindade, Julgado em: 11-10-2017)

Já nos casos em que não foi concedido o benefício, manteve-se o argumento de que a questão já estava pacificada em instâncias superiores e que a justiça não

poderia conferir “créditos de pena” ao indivíduo que, preso preventivamente, não vier a ser condenado pelo delito que originou a prisão, tendo em vista que isso poderia fomentar a prática de outros crimes. Faz-se necessário ressaltar, contudo, que, no âmbito da 5ª Câmara Criminal, a Desembargadora Genacéia da Silva Alberton seguiu divergindo de seus colegas - sendo voto vencido em todas as ocasiões que participou de julgamentos - e manifestou-se favoravelmente à concessão da detração. Exemplo de tal acontecimento pode ser vislumbrado a partir da ementa do seguinte acórdão, julgado pela 5ª Câmara Criminal em 22/06/2016:

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. DETRAÇÃO DA PENA. PROCESSOS DIVERSOS. CONDENAÇÃO POR DELITO POSTERIOR AOS PERÍODOS POSTULADOS. INVIABILIDADE. Inviável compensar os períodos de constringimentos cautelares conforme postula a defesa, haja vista que, além de serem processos distintos, foram anteriores ao delito pelo qual o apenado está cumprindo a pena atual. Entendimento em contrário estaria admitindo o chamado "crédito de pena" frente o Estado, a fim de ser usado para futuras sanções condenatórias. A boa hermenêutica evidencia, por óbvio, que esta não foi a intenção do legislador ao redigir o texto do art. 42 do Código Penal. AGRAVO DEFENSIVO DESPROVIDO. POR MAIORIA.(Agravo, Nº 70069266096, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lizete Andreis Sebben, Julgado em: 22-06-2016)

2018 e 2019:

Neste período foram julgados 27 agravos. Em apenas 4 deles, o TJRS manifestou entendimento favorável à concessão da detração. Destes entendimentos, 2 foram fixados pela 7ª Câmara Criminal e 2 pela 3ª Câmara Criminal. Em 22 julgados, o TJRS foi contrário à concessão do benefício, destes, 11 agravos foram julgados pela 5ª Câmara Criminal, 3 pela 2ª Câmara Criminal, 1 pela 6ª Câmara Criminal e 7 pela 3ª Câmara Criminal, a qual, ao longo do período, mudou seu entendimento a fim de adequar-se à jurisprudência dominante. Houve, ainda, um pedido de concessão de detração indeferido em razão da defesa não ter fornecido os comprovantes necessários para atestar que de fato o agente havia sido preso preventivamente.

Nos processos em que foi concedida a detração independentemente do tempo de prisão ser anterior ao cometimento do crime que deu origem à pena, sustentou-se que a lei não impõe qualquer tipo de restrição ao benefício. Assim sendo, a jurisprudência não poderia fazê-lo, pois estaria realizando a chamada

analogia in malam partem - a qual é realizada em prejuízo do acusado - sabidamente vedada no processo penal. Nesse sentido, segue ementa de agravo julgado em 08/03/2018, pela 7ª Câmara Criminal.

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO. DETRAÇÃO PENAL. PRISÃO CAUTELAR EM PROCESSO POR FATO ANTERIOR. DESCONTO NA EXECUÇÃO DA CONDENAÇÃO POR FATO POSTERIOR. A detração, prevista no artigo 42 do CP, visa compensar o apenado pelo tempo em que permaneceu encarcerado. Não há qualquer restrição legal à concessão de detração em processo distinto, mesmo que o tempo de prisão cautelar seja anterior ao fato cuja pena está em execução. Ademais, qualquer interpretação que imponha restrições ao benefício da detração ensejaria analogia in malam partem, porquanto a lei não veda a concessão da detração em relação a prisões provisórias por processos distintos e, inclusive, anteriores ao da pena em execução, que resultaram em absolvição ou extinção da punibilidade. AGRAVO DEFENSIVO PROVIDO. UNÂNIME. (Agravo, Nº 70076350313, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em: 08-03-2018)

Dentre os julgados que afastaram a possibilidade de concessão da detração, destaca-se a mudança de posicionamento da 3ª Câmara Criminal que, como demonstrado, há anos adotava posicionamento favorável à concessão irrestrita da detração. Os desembargadores firmaram posição de modificar o entendimento anterior em razão de ser pacífica a jurisprudência dos Tribunais Superiores no Brasil impedindo a detração de pena por processos distintos nos quais o período a ser detraído é anterior ao cometimento do delito que originou a pena. Assim, muito embora a referida Câmara tenha julgado dois agravos favoravelmente ao pedido formulado pelos apenados, em 11/04/2018 e 02/08/2018, a partir 08/05/2019 e até o final do período ora analisado, este posicionamento foi alterado, tendo a 3ª Câmara Criminal passado a fixar entendimentos como o da seguinte ementa:

EMENTA: EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO. DETRAÇÃO. PRISÃO PROVISÓRIA POR PROCESSOS ANTERIORES. PLEITO INDEFERIDO. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. Ressalvado entendimento anterior, este Colegiado alinhou-se ao posicionamento predominante, tendo em vista a pacífica jurisprudência dos Tribunais Superiores, no sentido de que a detração da pena, por processos distintos, somente encontra lastro quando o período a ser detraído é posterior à data do cometimento do crime, pelo qual o recluso cumpre pena. Jurisprudência desta Câmara. Decisão mantida. AGRAVO DEFENSIVO DESPROVIDO. (Agravo, Nº 70081011256, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em: 08-05-2019)

2020:

Ao longo do ano de 2020, último período analisado no presente trabalho, foram julgados pelo TJRS apenas 6 agravos envolvendo a temática, todos no âmbito da 3ª Câmara Criminal. Neste intervalo de tempo o posicionamento da 3ª Câmara permaneceu praticamente idêntico ao que passou a ser fixado ao longo de 2019, no sentido de adotar o entendimento das Cortes Superiores do país e afastar a possibilidade de concessão da detração, na hipótese de a prisão preventiva decretada em desfavor do apenado ter ocorrido anteriormente à prática do delito que originou a execução. Este posicionamento pode ser comprovado por meio da análise da seguinte ementa, referente a agravo julgado em 09/12/2020:

Ementa: EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO. DETRAÇÃO. PRISÃO PROVISÓRIA POR PROCESSO ANTERIOR. PLEITO INDEFERIDO. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. Ressalvado entendimento anterior, este Colegiado alinhou-se ao posicionamento predominante, tendo em vista a pacífica jurisprudência dos Tribunais Superiores, no sentido de que a detração da pena, por processos distintos, somente encontra lastro quando o período a ser detraído é posterior à data do cometimento do crime, pelo qual o recluso cumpre pena. Jurisprudência desta Câmara. Decisão mantida. AGRAVO DEFENSIVO DESPROVIDO. (Agravo de Execução Penal, Nº 70084229616, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em: 09-12-2020)

Conclui-se, com base nos dados até aqui exposto, que durante muitos anos houve certa divergência entre as Câmaras Criminais do TJRS acerca da hipótese de concessão da chamada detração imprópria, por período de prisão ocorrido anteriormente à prática do fato que deu início a execução de pena. No entanto, nos últimos anos, há clara tendência de adequação da jurisprudência estadual como um todo ao entendimento que desde muito tempo tem sido praticado no âmbito das Cortes Superiores no Brasil, qual seja, o de não conceder o benefício nessas hipóteses.

3.5.3 Posição do STF

Já que, como demonstrado, a tendência do TJRS nos últimos anos é de seguir a orientação das Cortes Superiores no Brasil sobre o tema, é oportuno fazer menção ao posicionamento adotado pelo STF. O julgamento colegiado mais recente envolvendo a temática - frequentemente citado nas decisões do TJRS - ocorreu no

âmbito Habeas Corpus 11108/RS, julgado pela Primeira Turma do STF, sob a Relatoria do Ministro Luiz Fux e com a seguinte ementa:

Ementa: Execução penal. Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes (Art. 33 da Lei n. 11.343/06). Detração na pena relativa a crime posterior de período de prisão provisória por crime anterior, do qual resultou absolvição: Interpretação do art. 42 do Código Penal. 1. A detração pressupõe a custódia penal pelo mesmo crime ou por delito posterior, por isso que inadmissível empreender a operação do desconto em relação a delitos anteriores, como se lícito fosse instaurar uma “conta-corrente” delinquencial, viabilizando ao imputado a prática de ilícitos impuníveis amparáveis por créditos de não persecução. 2. O artigo 42 do Código Penal determinava, em seu parágrafo único, o desconto do tempo de prisão provisória indevidamente cumprido, relativo à condenação por crime posterior, invalidada em decisão judicial recorrível. 3. A detração, nesse caso, resultaria em uma espécie de bônus em favor do réu, ou seja, em um crédito contra o Estado, e representaria a impunidade de posteriores infrações penais. 4. A supressão do parágrafo único do artigo 42, inaugurou exegese que admite a detração por prisão em outro processo (em que houve absolvição ou extinção da punibilidade), desde que a prática do delito em virtude do qual o condenado cumprirá pena tenha sido anterior. 5. O artigo 42 do Código Penal, no seu parágrafo único, veiculava norma condizente com a realidade da época, mas inimaginável nos dias atuais, porquanto é, data venia, surrealista admitir a possibilidade de o réu creditar-se de tempo de prisão provisória para abater na pena relativa a crime que eventualmente venha a cometer. 6. A detração na pena de crime posterior do tempo de prisão provisória relativa a crime anterior, ainda que haja absolvição é tese já interdita pela jurisprudência da Suprema Corte: Rhc 61.195, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 23/09/83 e HC 93.979, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 19/06/98. 7. In casu, o paciente cumpre pena de 6 (seis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, por crime de tráfico de drogas praticado em 30/09/09, e requereu a detração dos períodos de 02/02/06 a 15/02/06 e 18/03/08 a 28/04/08, relativos à prisão provisória cumprida em outro processo. 8. Ordem denegada. (HC 111081, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 28/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-061 DIVULG 23-03-2012 PUBLIC 26-03-2012 RT v. 101, n. 923, 2012, p. 484-490 RTJ VOL-00236-01 PP-00105)

No referido caso, a Defensoria Pública da União, inconformada com indeferimento da ordem postulada também em sede de Habeas Corpus no Superior Tribunal de Justiça, impetrou novo writ junto ao Supremo Tribunal Federal, postulando a concessão da detração ao seu assistido, condenado pelo crime de tráfico de drogas à pena de 6 anos e 4 meses de reclusão. O assistido, em período anterior à prática do fato que gerou a condenação, teria ficado quase dois meses recolhido em razão de outro processo, pelo qual foi absolvido, motivo pelo qual foi postulada a detração.

O Relator, Ministro Luiz Fux, em seu voto, afirmou ser “surrealista a possibilidade de o réu creditar-se de tempo de prisão provisória para abater na pena

relativa a crime que eventualmente venha a cometer”. Recordou que, antes da reforma operada em 1984, o artigo 42 do Código Penal possuía um parágrafo único, o qual foi suprimido, dispondo que “computa-se, igualmente, o tempo indevidamente cumprido, relativo à condenação por crime posterior, invalidado em decisão judicial irrecurível”. De acordo com o ministro, este parágrafo suprimido, condizia com a realidade da época em que o decreto fora publicado, mas seria incompatível com os dias atuais. Assim sendo, votou no sentido de que não cabe descontar em pena de crime posterior o tempo em que o réu passou preventivamente recolhido em função de crime anterior do qual foi absolvido.

A Ministra Rosa Weber acompanhou integralmente o relator em seu voto, não acrescentando fundamentos à discussão. A Ministra Carmen Lúcia também denegou a ordem, questionando se o objetivo do pleito seria criar um “cartão fidelidade prisão”, que daria ao apenado “pontos” para utilizar no futuro. A seu turno, o Ministro Marco Aurélio, que também seguiu o voto do Relator, ressaltou posição interessante, no sentido de que, eventual equívoco estatal quanto à prisão cautelar resolve-se em outro campo, por meio de indenização, não sendo cabível a compensação por meio de detração.

A leitura do acórdão demonstra que os Ministros mostraram-se espantados com o pedido da Defensoria Pública da União, utilizando até mesmo expressões com conotação de deboche para rechaçar o pedido, o qual nitidamente consideraram absurdo.

Com base neste entendimento, não cabe ao apenado buscar a reparação do tempo que passou recolhido preventivamente na forma de detração. Ou seja, de acordo com a visão dominante, ao indivíduo que é segregado cautelarmente e não é condenado ao término do processo que originou a prisão, ainda que venha a ser posteriormente condenado por outros fatos, não há qualquer outra alternativa de reparação que não seja a busca por indenização financeira, a ser cobrada do Estado em âmbito cível. Afasta-se, portanto, a possibilidade do direito penal reparar eventual erro cometido em seu próprio bojo, transferindo ao direito civil a responsabilidade sobre o tema.

4. INDENIZAÇÕES POR PRISÕES PREVENTIVAS

Diante do posicionamento jurisprudencial anteriormente analisado, o qual - ao afastar a possibilidade de concessão da detração ao apenado que, anteriormente ao cometimento do delito que originou a execução de pena, esteve cautelarmente recolhido em razão de processo que não gerou condenação - deixa claro que, nestes casos, a única maneira do indivíduo buscar reparação estatal pelo tempo de liberdade tolhido é mediante pedido de indenização, faz-se necessário analisar como a jurisprudência enfrenta a questão na prática. Isto é, em casos concretos, indivíduos costumam ser indenizados pelo tempo que passaram em prisão preventiva que não gerou condenação?

Antes de responder o questionamento proposto, é preciso analisar o que a legislação dispõe acerca da própria prisão preventiva e das possibilidades de indenização a indivíduos presos.

4.1 A POSSIBILIDADE DE INDENIZAR INDIVÍDUOS PRESOS PREVENTIVAMENTE NO DIREITO BRASILEIRO

A prisão preventiva está regulamentada no artigo 312 do Código de Processo Penal²⁷, o qual preconiza:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

De acordo com AVENA²⁸, a prisão preventiva é uma modalidade de segregação provisória, que só pode ser decretada judicialmente e apenas nos casos em que concorram os seus pressupostos autorizadores e hipóteses admissíveis - descritos respectivamente nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal²⁹.

²⁷ BRASIL. Decreto-Lei 3.869. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 3 de outubro de 1941.

²⁸ AVENA, Norberto. **Processo Penal**. São Paulo. Editora Método, 10ª Edição, 2018. p.1146.

²⁹ Nota de esclarecimento: Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019). Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

Uma vez que tem o objetivo de tutelar a sociedade, a investigação criminal, o processo penal e a aplicação da pena, sua natureza é cautelar. Como todas as medidas cautelares, a prisão preventiva pressupõe a existência de *periculum in mora* e *fumus boni iuris* - traduzidos no processo penal, ainda de acordo com o referido autor, como *periculum in libertatis* e *fumus commissi delicti*. O primeiro requisito é a evidência do risco à liberdade do indivíduo provoque algum tipo de prejuízo à segurança da coletividade. Já o segundo, é a possibilidade de que o indivíduo tenha realmente praticado o delito a ele imputado, devendo ser demonstrado, de acordo com o caso concreto, com base nos indícios de autoria e prova de materialidade presentes no processo.

Trata-se de medida cautelar de decretação excepcional e, acerca dessa excepcionalidade, LOPES JÚNIOR³⁰ pontua que a prisão preventiva pressupõe o esgotamento de todas as demais possibilidades de medidas cautelares alternativas a ela. Essa impossibilidade jamais pode ser presumida, devendo sempre ser fundamentada de maneira idônea calcada em elementos presentes no caso concreto. Exige-se, ainda, a realização de uma análise individualizada para cada réu, vedando-se a utilização de argumentos vagos e genéricos. Deve-se realizar uma leitura conjunta entre essa excepcionalidade e a presunção de inocência, tornando a prisão preventiva a *ultima ratio* (último recurso) do sistema penal, reservando-a somente aos casos mais severos.

Como disposto no capítulo anterior, relativo à jurisprudência do TJRS, nos casos em que determinado agente, em execução de pena, busca a detração por período de prisão referente a processo pelo qual não foi condenado, tendo a

(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). § 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. § 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

³⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo, Saraiva, 17ª Edição, 2020. p.925

segregação ocorrido anteriormente ao delito que gerou a pena, a orientação jurisprudencial já demonstrada, é de não conceder o instituto da detração, sendo facultado ao apenado buscar reparação pela prisão experienciada na forma de indenização. Tomando por base esse posicionamento, lido em conjunto com a já mencionada excepcionalidade da prisão preventiva, que só deve ser decretada como último recurso em um processo ou investigação criminal, indaga-se se todo o indivíduo cautelarmente recolhido e que não venha a ser condenado pelo fato que gerou a prisão possui direito de ser indenizado pelo Estado.

Quando se fala em indenização de indivíduos injustamente presos, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXXV³¹, prevê que o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado em sentença. Necessário, portanto, dar sentido à expressão erro judiciário, presente na Carta Magna. MIRAGEM³² afirma que, por erro judiciário, pode-se entender o erro do julgador ao interpretar os fatos ou o direito a ser aplicado no caso concreto, originando à vítima deste equívoco o chamado dano injusto. Acerca da possibilidade de indenização decorrente deste erro, o doutrinador afirma que o mesmo precisa ser manifesto.

A condenação por erro judiciário geralmente é comprovada, em âmbito penal, pela chamada ação de revisão criminal. A revisão criminal é definida por NUCCI³³ como uma ação de competência dos tribunais, cuja função é corrigir o erro judiciário repudiado na Constituição Federal, revertendo condenações já transitadas em julgado.

Além da indenização por erro judiciário, nos casos em que uma pessoa permanecer presa por período superior àquele estabelecido em sentença, também está prevista a indenização. Não há na Constituição, no entanto, qualquer menção expressa à possibilidade de indenização em casos de prisões preventivas que não

³¹Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

³² MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil, Responsabilidade Civil**. São Paulo, Saraiva, 2015.p. 439.

³³ NUCCI, Guilherme de Souza, **Código de Processo Penal Comentado**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 13ª Edição, 2014, p. 958.

geram condenação ao indivíduo alvo de segregação. A seu turno, o Código Civil também trata das possibilidades de indenização devida pelo Estado a indivíduos presos. Isso ocorre no artigo 954 do mencionado código, o qual, ao prever indenizações por ofensa à liberdade pessoal, dispõe³⁴:

A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.

Parágrafo único. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal:

I - o cárcere privado;

II - a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé;

III - a prisão ilegal.

Em relação ao inciso III do artigo supracitado, faz-se necessário observar que, com o próprio nome indica, prisão ilegal é toda aquela decretada em desacordo com as hipóteses previstas em lei. Note-se que, tal qual a Constituição, o Código Civil silencia acerca da possibilidade de indenizações devidas pelo Estado ao indivíduo que é preso preventivamente e não vem a ser condenado criminalmente pelo processo que gerou aquela prisão. Ou seja, tanto a legislação constitucional, quanto a infraconstitucional, não esclarecem expressamente se há direito à indenização nestes casos.

Há portanto inexistência de previsão legal expressa acerca da possibilidade de indenizar indivíduos que tenham sido presos preventivamente e não restaram condenados. No entanto, o silêncio da lei, por si só, não significa necessariamente que o ordenamento jurídico veda essa modalidade de indenização. Necessário, portanto, analisar o que afirma a jurisprudência sobre o tema.

4.2 JURISPRUDÊNCIA ACERCA DESTA MODALIDADE DE INDENIZAÇÃO

4.2.1 Objeto e Justificativa de Pesquisa

De antemão, pontua-se que a presente pesquisa tem o objetivo de identificar se de fato é comum a concessão de indenização em favor de indivíduos que

³⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 10 de janeiro de 2002.

estiveram presos preventivamente e não restaram condenados no processo que motivou aquela prisão. A realização deste estudo é necessária para que se possa identificar se o argumento utilizado por magistrados ao afastar a concessão de detração a apenados que busquem detrair período de prisão anterior ao delito que originou a pena, qual seja, afirmar que a reparação pela prisão injusta pode ocorrer por via de ações indenizatórias, encontra de fato respaldo na prática jurisprudencial.

Assim como no capítulo anterior, elegeu-se o acervo jurisprudencial do TJRS como fonte de pesquisa, por conta da proximidade e familiaridade deste autor com o referido Tribunal e seu sistema de consultas. A pesquisa foi realizada utilizando os seguintes filtros: na aba “palavras-chave”, digitou-se as expressões “indenização”, “estado” e “prisão preventiva”. Na opção “seção”, foi escolhida a opção “cível”. Com o intuito de reduzir o número de julgados a serem analisados, mas permitir que fossem analisadas eventuais transições de entendimento durante um considerável lapso temporal, optou-se pela análise de processos julgados a partir do dia 01/01/2010 até 31/12/2020. A mencionada filtragem forneceu como resultado 81 julgados, ocorridos entre o dia 28/01/2010 e 25/11/2020. Efetuou-se o download e a leitura dos mesmos, a fim de possibilitar a análise que será exposta a seguir.

4.2.2 Resultado da Análise

Como aludido anteriormente, a pesquisa realizada no banco de dados do TJRS forneceu um total de 81 julgados, os quais ocorreram na década transcorrida entre 2010 e 2020. A fim de facilitar a análise, tal qual realizado em relação à problemática da detração, serão demonstrados os resultados de forma bienal, iniciando com o período de 2010 e 2011, de forma sucessiva até 2020. Ao término dessa exposição, será tecida conclusão acerca dos resultados demonstrados.

2010 e 2011:

Neste biênio, o TJRS julgou 12 processos que envolviam pedidos de concessão de indenização por responsabilidade civil do Estado contra indivíduos que tiveram contra si decretada segregação cautelar em processo nos quais não

foram condenados. Destes julgados, apenas um fixou orientação no sentido de conceder a indenização solicitada.

O argumento do TJRS para não deferir os pedidos de indenização centra-se no fato de que, na opinião jurisprudencial, não há que se falar em responsabilidade civil do Estado em face do indivíduo recolhido preventivamente somente pelo fato deste não ter sido condenado. Caso a prisão tenha sido decretada observando os limites da lei e não exista comprovação de atuação abusiva ou arbitrária por parte dos agentes estatais, não há direito à indenização. Nesse sentido, segue ementa de processo julgado em 23/04/2010:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO INEXISTENTE. ERRO JUDICIÁRIO. NÃO CONFIGURAÇÃO. A responsabilidade civil do Estado decorrente do ajuizamento de ação penal e de decreto de prisão preventiva, com posterior sentença absolutória, exige a prova da ocorrência de um erro judicial, da ilegalidade do ato, do abuso na aplicação do Direito, sob pena de se inviabilizar a própria atividade jurisdicional. Inexistindo qualquer erro ou ilegalidade na ação dos agentes estatais, é de se manter a sentença de improcedência do pedido de indenização. APELAÇÃO DESPROVIDA.(Apelação Cível, Nº 70032318610, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em: 24-03-2010)

No único julgado em que houve deferimento do pleito indenizatório, o pedido foi concedido em razão do TJRS entender ter restado demonstrado equívoco no reconhecimento dos acusados. Ocorre que o reconhecimento realizado em sede policial foi operado por menor de idade que não apresentava condições psíquicas favoráveis. Assim, em razão da prisão ter sido decretada com base no reconhecimento falho, tendo os acusados sido posteriormente absolvidos, foi concedida a indenização. O referido caso foi julgado no dia 23/06/2010, sendo publicado com a seguinte ementa:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRISÃO INDEVIDA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO POLICIAL E JUDICIÁRIO. CONFIGURAÇÃO. IDENTIFICAÇÃO DE SUSPEITOS POR MENOR DE CONSCIÊNCIA PERTURBADA E EM SITUAÇÃO DESFAVORÁVEL PARA O SUCESSO DO PROCEDIMENTO. PROCEDÊNCIA DO PLEITO. A responsabilidade civil do Estado decorrente de acusação, decreto e cumprimento de prisão preventiva, com posterior absolvição, exige a prova da ocorrência de um erro dos agentes, da ilegalidade do ato ou do abuso na aplicação do Direito, sob pena de se inviabilizar a própria atividade investigativa e jurisdicional. Caso em que restou demonstrada a ocorrência de erro no procedimento de identificação de suspeitos, apontados por menor que não apresentava boas

condições psíquicas e em situação extremamente desfavorável. DANOS MATERIAIS E MORAIS. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS REMETIDOS PARA LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. DANOS MORAIS. MINORAÇÃO DO VALOR DEFERIDO A CADA UM DOS AUTORES APELO PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO ADESIVO DESPROVIDO.(Apelação Cível, Nº 70033076027, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em: 23-06-2010).

2012 e 2013

O TJRS julgou 15 casos envolvendo pedidos de indenizações a indivíduos preventivamente recolhidos. Destes, em 12 oportunidades a indenização foi negada. Dentre os 3 pleitos concedidos, 2 tratam-se de casos diversos da proposta aqui analisada. Na apelação nº 70032005035, o TJRS concedeu indenização em favor da mãe de um indivíduo que estava preso preventivamente e foi assassinado por outro presidiário no interior do cárcere. Já no recurso inominado nº 71004569794, foi concedida indenização em favor do autor que, após ter sido preso preventivamente, teve seu nome divulgado no site da polícia civil como "indivíduo procurado". No caso, o tribunal reconheceu que a divulgação dessa inverdade, em razão do autor não ser foragido da polícia no momento de sua prisão, implicaria em indenização devida pelo Estado em razão dos danos causados à sua imagem.

Como mencionado, os dois casos são graves, mas dizem respeito a situações que não se enquadram no objetivo específico desta pesquisa, qual seja, analisar episódios em que o TJRS discutiu a possibilidade de concessão de indenização estatal em favor de indivíduo que tenha sido preso preventivamente e, posteriormente, não tenha sido condenado. Dentro deste panorama, houve somente um caso em que a indenização foi concedida. Trata-se da apelação nº 70042857714, julgada em 29/02/2012. Neste episódio, novamente foi reconhecido erro na condução do reconhecimento dos autores do delito por parte dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante. Ocorre que, para a realização do reconhecimento facial, os autores foram mostrados algemados e no interior de uma viatura às vítimas do crime, o que certamente influenciaria na percepção destas acerca da participação daqueles nas infrações investigadas. Assim, tendo em vista o fato de, após o reconhecimento errôneo, os autores terem sido presos por mais de

um ano para, posteriormente, serem absolvidos, concedeu-se a indenização. A ementa foi publicada nos seguintes termos:

Ementa: APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRISÃO PREVENTIVA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA NO PROCESSO CRIMINAL. ERRO DOS AGENTES ESTATAIS. DANO MORAL CARACTERIZADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO MAJORADO. Quanto aos atos comissivos praticados pelos agentes estatais, responde o Estado de forma objetiva sobre danos causados a terceiros. Inteligência do art. 37, § 6º, da CF. Teoria do risco administrativo. Havendo demonstração nos autos de que a parte autora sofreu prisão preventiva pelo período de mais de um ano em decorrência do erro cometido pelos agentes estatais na forma de como fizeram a vítima proceder na identificação dos possíveis autores do crime de roubo, falhando com a melhor técnica policial, justa e legal a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais ao demandante. 2. . Para a quantificação do valor indenizatório, deve-se levar em conta o tempo de duração da ilicitude; a situação econômico/financeira e coletiva do ofensor e ofendido; a repercussão do fato ilícito na vida do ofendido, dentre outros, razão pela qual mantenho o quantum indenizatório fixado pela sentença. 3. A justa remuneração do advogado vem ao encontro da sua indispensabilidade à administração da Justiça, conforme o art. 133 da CF e como tal há de ser considerada. Verba honorária mantida. APELO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO. APELO DO RÉU PREJUDICADO.(Apelação Cível, Nº 70042857714, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em: 29-02-2012).

Com relação aos 12 pleitos em que a indenização foi afastada, repetiu-se o argumento de que a prisão preventiva, por si só, não gera direito à indenização, independentemente do indivíduo que a busca não ter sido condenado no processo em que restou privado de liberdade. Desde que a atuação dos agentes estatais tenha ocorrido dentro dos ditames legais, não há direito a qualquer tipo de reparação. Como exemplo dos argumentos citados, segue a ementa de apelação julgada em 07/02/2013:

Ementa: APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO JUDICIÁRIO. NÃO COMPROVAÇÃO. PRISÃO CAUTELAR LÍCITA. Restando comprovado que a decretação da prisão preventiva do autor se deu em consonância com as previsões legais estatuídas no artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal e no artigo 312 do Código de Processo Penal, não há falar em erro judiciário. Prisão cautelar que, mesmo diante de posterior ausência de indiciamento, por ausência de provas, não enseja, por si só, reparação por danos morais. Responsabilização do Estado que se condiciona à configuração de excesso, abuso da autoridade, erro inescusável ou vício que contamine o ato de constrição e de restrição da liberdade, inocorrentes na hipótese. Sentença reformada. Sucumbência invertida. APELAÇÃO DO RÉU PROVIDA. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA PREJUDICADA.(Apelação Cível, Nº 70052049970, Décima

2014 e 2015

Neste biênio, foram julgados pelo TJRS 17 processos envolvendo a temática. Em somente uma oportunidade a indenização pleiteada foi concedida. Esse fato ocorreu na ocasião do julgamento da apelação nº 70065475659, realizado em 30/09/2015. Neste caso, foi reconhecida a responsabilidade civil estatal em razão de ter prendido pessoa equivocada, homônima ao verdadeiro autor do delito. Definiu-se, portanto, o equívoco estatal como inescusável, tendo a ementa que concedeu a indenização sido publicada nos seguintes termos:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRISÃO INDEVIDA. PRIVAÇÃO DA LIBERDADE INDIVIDUAL POR ERRO INESCUSÁVEL. DESCUMPRIMENTO DE REGRA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ENCARCERAMENTO DE PESSOA HOMÔNIMA DAQUELA REALMENTE INVESTIGADA. EQUÍVOCO NA IMPUTAÇÃO CRIMINAL. DANO MORAL CONFIGURADO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. MANUTENÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Responsabilidade do Estado por erro judiciário. 1.1. Segundo a doutrina e a jurisprudência atuais, a responsabilidade do Estado no exercício da atividade jurisdicional depende da comprovação de dolo, fraude ou culpa grave na atuação do julgador. 1.2. Caso em que o autor foi confundido com investigado homônimo que, segundo interceptações telefônicas, comandaria tráfico ilícito de entorpecentes do interior de penitenciária estadual. Identificação equivocada que, no caso, acarretou a prisão preventiva da parte autora sem que existissem quaisquer indícios de sua autoria ou participação nos delitos investigados, uma vez que o demandante nunca esteve preso e, por esse motivo, não poderia corresponder ao suspeito investigado que controlava as ações criminosas de dentro de um presídio. 1.3. Confusão que, no caso, seria evitável se a autoridade policial tivesse cumprido com o disposto no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Processo Penal, promovendo a juntada, aos autos do respectivo inquérito, da folha de antecedentes da parte ora demandante, no que restaria convencida de que o autor não poderia ser a mesma pessoa ouvida nas interceptações telefônicas, visto que não possuía qualquer registro policial contra si e, por corolário lógico, nunca esteve preso. Inobservância de formalidade processual básica que, no caso em apreço, ocasionou falha judicial grave, a qual importou na prisão de um terceiro alheio aos fatos investigados, então identificado, equivocadamente, como um criminoso já segregado. 1.4. Assim, deve o Estado responder por prisão manifestamente indevida e causada por confusão perfeitamente evitável pelos agentes públicos incumbidos de realizar a persecução penal. 2. Danos morais. A prisão indevida e injusta, causada por equívoco grave e inescusável de agentes estatais, enseja danos morais "in re ipsa". Precedentes deste Tribunal de Justiça. Caso em que os danos foram quantificados com acerto e moderação pelo juiz da causa, em atenção às particularidades da lide. 3. Honorários de sucumbência. Pretensão de redução da verba advocatícia que não merece acolhida. Honorários arbitrados com observância à natureza e à importância da causa, ao tempo de tramitação processual e ao

grau de zelo do profissional da advocacia, conforme vetores do artigo 20 do CPC. 4. Correção monetária da condenação. A inconstitucionalidade, por arrastamento, do art. 5º da Lei nº 11.960/09, que alterava o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, impõe o desmembramento dos juros moratórios e da correção monetária. Atualização monetária que deve observar o IPCA, índice que melhor recompõe o valor da moeda diante da inflação acumulada do período. Precedentes jurisprudenciais. Sem embargo, merece ser mantido, no caso concreto, o indexador estabelecido na sentença, a fim de evitar potencial reforma para pior. Impossibilidade, outrossim, de modificação do índice a partir de 25/03/2015, uma vez que a modulação de efeitos determinada pelo STF no âmbito da ADI nº 4.425/DF tem aplicação apenas aos precatórios em tramitação e não a todo e qualquer crédito em constituição contra a Fazenda Pública. APELAÇÃO DESPROVIDA.(Apelação Cível, Nº 70065475659, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em: 30-09-2015)

Dentre os julgados em que foi afastada a possibilidade de concessão, foi mantida a posição de que, desde que decretada observando os parâmetros da lei, sem comprovação de atuação abusiva ou arbitrária de agentes estatais, a prisão preventiva de um indivíduo, mesmo que ele não venha a ser condenada, não lhe fornece direito a cobrar indenização em face do Estado. Essa interpretação pode ser vislumbrada de maneira clara pela ementa do julgado a seguir, realizado no dia 24/09/2015:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRISÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATUAÇÃO POLICIAL LÍCITA. CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL. É cediço que não caracteriza ilícito, passível de reparação, a prisão, realizada por agente policial, de pessoa supostamente envolvida em prática criminosa, salvo se comprovado abuso de direito na execução. Caso em que não restou comprovada arbitrariedade ou excesso na conduta dos policiais que realizaram a prisão em flagrante do autor, os quais agiram nos limites e no estrito cumprimento de um dever legal. ERRO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE DOLO OU FRAUDE NA ATUAÇÃO DO MAGISTRADO. O reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado pelos atos praticados pelos Magistrados, no exercício de sua atuação funcional, está subordinado à demonstração de ocorrência de dolo ou fraude por parte do agente público. Hipótese em que a decretação da prisão preventiva do autor obedeceu aos preceitos legais. Não havendo prova quanto à existência de excesso, erro inescusável ou vício que contamine o ato de restrição da liberdade, não há falar em danos morais, mesmo diante de posterior absolvição do demandante por ausência de provas de seu envolvimento com a prática criminosa. Sentença de improcedência mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA.(Apelação Cível, Nº 70066106741, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em: 24-09-2015).

2016 e 2017:

Neste biênio também ocorreram 17 julgamentos no TJRS envolvendo pedidos de indenização em face do Estado por conta de segregações preventivas que não geraram condenações. Destes julgamentos, em 13 oportunidades o requerimento indenizatório foi afastado. Houve 4 reconhecimentos de responsabilidade civil do Estado em face de pessoas que estavam sob custódia preventiva. Um deles, no entanto, mais especificamente a apelação nº 70073058521, envolveu a concessão de indenização em favor de familiar de indivíduo morto por outro presidiário enquanto estava em prisão preventiva. Este caso, como os outros anteriores a ele, não será analisado a fundo no presente trabalho em razão de fugir da temática proposta nesta pesquisa.

Entre os 13 pleitos indenizatórios rejeitados, houve manutenção do entendimento de que a prisão preventiva que não gera condenação do indivíduo preso não comporta indenização, salvo demonstração de que a segregação ocorreu ao arrepio dos ditames legais. Somente a fim de confirmar essa exposição, transcreve-se a seguinte ementa, referente a julgamento realizado em 26/10/2017:

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO PREVENTIVA. ATO PRATICADO NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO. MOTIVAÇÃO EM FRAUDE, DOLO OU MÁ-FÉ NÃO EVIDENCIADA. ERRO JUDICIÁRIO INOCORRENTE. DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. Hipótese na qual o autor busca o ressarcimento de indenização por danos morais e materiais causados por prisão injusta, apontando ilegalidade na decretação da prisão preventiva que o manteve encarcerado aproximadamente durante um ano, por indícios de participação em crime de roubo em concurso de agentes. Conforme o art. 5º, LXXV, da Constituição Federal, "o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença". Para caracterizar o erro judiciário não basta a mera injustiça de uma prisão, é preciso que o ato jurisdicional tenha sido motivado por dolo, fraude, ou má-fé, o que não ocorreu no caso concreto. Erro judiciário não configurado. Improcedência mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível, Nº 70074404641, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em: 26-10-2017)

Em relação aos 3 julgados em que houve a concessão da indenização em favor do indivíduo preventivamente recolhido, são extremamente evidentes os equívocos operados em desfavor dos postulantes, razão pela qual o TJRS entendeu cada um dos casos como episódios em que as prisões ocorreram de forma incompatível com o que determina a legislação. Inicialmente, tem-se a apelação nº

70069517563, julgada em 18/08/2016, na qual o autor teve o direito à indenização reconhecido por ter sido recolhido ao presídio após a revogação de seu mandado de prisão, em razão de falha de comunicação do poder judiciário. De outra banda, no âmbito da apelação nº 70070065818, julgada em 15/03/2017, foi concedida a indenização em desfavor do Estado de Santa Catarina, responsável pela prisão, por ter permitido, sem a devida comprovação, que pessoa presa em flagrante pelo delito de furto identificasse-se enganosamente pelo nome da autora da ação de indenização, que foi posteriormente denunciada e presa preventivamente, o que gerou direito à reparação. Por fim, na ocasião do julgamento do Recurso Cível nº 71006980361, realizado em 24/10/2017, o autor pleiteava indenização em razão de duas prisões preventivas decretadas em seu desfavor e que não geraram condenação. Em relação à primeira, o julgado entendeu que a mesma ocorreu de acordo com os ditames legais, não havendo direito à indenização. Contudo, no que se refere ao segundo decreto prisional, reconheceu-se a indenização em favor do demandante, que teria sido preso em razão de decreto prisional que já estava revogado, mas que não fora baixado do sistema policial.

A fim de comprovar as exposições realizadas, seguem as ementas dos três julgados mencionados, as quais concedem indenizações em favor de indivíduos presos preventivamente e que não foram condenados pelos delitos que motivaram a prisão:

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. ESTADO. PRISÃO. MANDADO REVOGADO. DANO MORAL. A responsabilidade do ente público está disposta na regra do art. 37, § 6º, da CF. Se existe omissão a responsabilidade é subjetiva, com necessidade de exame sobre a culpa (STF, RE 369.820, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 4-11-2003, Segunda Turma, DJ de 27-2-2004.) A violação de direito da personalidade fundamenta a indenização por dano moral. O dano moral deve ser estabelecido com razoabilidade, de modo a servir de lenitivo ao sofrimento da vítima. No caso, após a revogação da prisão preventiva o mandado foi cumprido. Presença de dano e da obrigação de indenizar. Valor reduzido e corrigido pelo IPCA-E. Apelo provido em parte.(Apelação Cível, Nº 70069517563, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em: 18-08-2016)

Ementa: AGRAVO RETIDO. LEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ASSERTÇÃO. A partir da aplicação da teoria da asserção, segundo a qual as condições da ação devem ser aferidas in status assertionis, ou seja, em abstrato, a partir do alegado pela parte autora na petição inicial, o Estado de Santa Catarina possui legitimidade para figurar no polo passivo da demanda, tendo em vista a causa de pedir da pretensão indenizatória

embasada em erro cometido por seus agentes. PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA CONTRA O ESTADO. APLICAÇÃO DO PRAZO QUINQUENAL PREVISTO NO DECRETO 20.910/32. À pretensão indenizatória vertida em face da Fazenda Pública, aplica-se o prazo prescricional quinquenal previsto no Decreto-Lei 20.910/32. Entendimento pacificado em Recurso Especial Representativo de Controvérsia (Resp. 1.251.993-PR). Hipótese dos autos em que não verificado o transcurso do prazo prescricional de cinco anos da pretensão indenizatória contra a Fazenda Pública. APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INSTAURAÇÃO DE AÇÃO PENAL. FALHA NA IDENTIFICAÇÃO E QUALIFICAÇÃO DO AUTOR DO CRIME. PRISÃO PREVENTIVA INDEVIDA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MAJORAÇÃO. O Estado (lato sensu) responde objetivamente por eventuais danos causados, seja de ordem moral ou material, porque incide a teoria do risco objetivo da administração, mesmo em se tratando de conduta omissiva. Hipótese dos autos que o Estado de Santa Catarina, por seus agentes, cometeu ilícito civil, uma vez que deixou de realizar diligências imprescindíveis à identificação e qualificação do verdadeiro autor do fato delituoso denunciado à autoridade policial, permitindo a submissão da demandante à situação de constrangimento por acusação criminal de crime que não cometeu, sofrendo, inclusive, prisão preventiva, permanecendo segregada indevidamente por três dias. Dano moral que resulta do próprio fato (dano in re ipsa). Valor da indenização mantido (R\$ 15.000,00), observadas a natureza jurídica da condenação e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. Nas condenações contra a Fazenda Pública, a atualização monetária deve ser feita com base na TR, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com redação dada pelo art. 5º da Lei nº 11.960/2009, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade desse indexador se restringiu à fase dos requisitos. Precedentes jurisprudenciais. Manutenção do IPCA-E fixado pela sentença, diante da ausência de recurso pelo demandado nesse particular. Os juros moratórios sobre o valor da condenação a título de dano extrapatrimonial incidem desde o evento danoso, na forma da Súmula nº 54, STJ, até o efetivo pagamento, segundo o índice oficial de remuneração básica aplicado à caderneta de poupança, nos termos do disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. MANUTENÇÃO. Honorários advocatícios mantidos no percentual de 15% sobre o valor da condenação, observadas as diretrizes constantes do artigo 85, § 3º, do Código de Processo Civil. AGRAVO RETIDO E APELOS DESPROVIDOS.(Apelação e Reexame Necessário, Nº 70070065818, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em: 15-03-2017)

Ementa: RECURSO INOMINADO. SEGUNDA TURMA RECURSAL DA FAZENDA. PRISÃO INDEVIDA. PRETENSÃO DE DANOS MORAIS. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO. 1.Trata-se de ação através da qual o autor pretende a condenação do ente demandado ao pagamento de indenização a título de danos morais, em virtude de haver sido detido injustificadamente, em duas ocasiões. 2.Relativamente ao primeiro fato, em que pese a ciência do constrangimento enfrentado pelo demandante em virtude da prisão preventiva, restou demonstrado, com a suficiência necessária, que esta verificou-se em razão do dever do Estado de zelar pela segurança pública, sendo medida necessária a investigação criminal em curso, uma vez presente a suspeita de seu envolvimento no delito. 3.Quanto à detenção operada em 17 de outubro de 2014, nota-se que o documento de fl.28

comprova que o autor foi levado à Delegacia de Polícia pelo mesmo crime, em decorrência de mandado de prisão expedido em 2013, não baixado no sistema. Somente posterior contato com o Foro de origem constatou-se sua impropriedade. 4. Observa-se que o constrangimento enfrentado pelo autor, neste segundo momento, ocorreu por equívoco do demandado, tendo em vista que a ordem de prisão não mais subsistia e já deveria ter sido retirada do sistema. 5. A responsabilidade civil estatal é objetiva, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, respondendo pelos danos que seus agentes derem causa, seja por ação, seja por omissão, cabendo ao demandante tão somente a prova dos fatos, do nexo de causalidade e prejuízos experimentados. 5. Assim, havendo a sentença prolatada pelo juízo a quo solvido corretamente a questão, vai mantida, na íntegra, por seus próprios fundamentos, conforme autorizado pelo artigo 46 da Lei 9.099/95. DUPLO RECURSO INOMINADO, AMBOS DESPROVIDOS. (Recurso Cível, Nº 71006980361, Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Deborah Coletto Assumpção de Moraes, Julgado em: 24-10-2017)

2018 e 2019:

Entre os anos de 2018 e 2019, o TJRS julgou novamente 17 casos que envolviam pedidos de indenizações provenientes de responsabilidade civil estatal, supostamente gerada por prisões preventivas decretadas em desfavor de pessoas que não foram condenadas posteriormente. Chama a atenção o fato de que, neste biênio, não houve nenhuma concessão de indenização. Todos os julgados entenderam que, em razão das prisões terem ocorrido em consonância com o que delimita a legislação, independentemente de não terem sido condenados, os indivíduos presos não teriam direito à reparação buscada. Justamente neste sentido, foi publicada a ementa do julgado a seguir, ocorrido em 14/03/2019:

Ementa: Apelação cível. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos morais. Prisão preventiva. A absolvição em processo criminal não dá motivo, por si só, a indenização por danos morais. Inexistência de conduta ilícita por parte do Estado do Rio Grande do Sul. O Estado não responde pela reparação dos danos morais resultantes de tramitação de feito criminal, se efetivada nos limites da lei e sem a ocorrência de abuso, arbitrariedade ou violência. Sentença mantida. Apelo não provido. (Apelação Cível, Nº 70079362208, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em: 14-03-2019)

2020:

Neste ano, último período analisado na pesquisa, ocorreram somente 3 julgados no âmbito do TJRS envolvendo a temática até aqui estudada. Em nenhuma oportunidade foi reconhecido o direito à indenização de indivíduos presos. A apelação cível nº 70084564459 tratou de situação diversa daquelas dotadas de

relevância para a análise aqui proposta. Este caso tratava de indenização pleiteada por vítima de um delito, provocado por indivíduo que estava sob custódia preventiva, em monitoramento eletrônico. O pedido de reparação foi concedido, porque entendeu-se que o Estado teria responsabilidade em relação à devida vigilância do criminoso, tendo falhado neste dever. Nos demais julgados, os quais de fato envolviam pedidos de indenização formulados por indivíduos que haviam sido cautelarmente recolhidos - e que não foram condenados pelos fatos que geraram a prisão - não houve concessão de indenização. Os argumentos utilizados para afastar os requerimentos, permaneceram os mesmos dos anos anteriores, consistentes no fato de que não há possibilidade de indenizar pessoa presa preventivamente se a restrição de liberdade ocorreu conforme prega a legislação, independentemente do resultado final da ação penal que gera a prisão. Justamente neste sentido, firmou-se a ementa do julgamento do Recurso Cível nº 71008339822, ocorrido em 27/05/2020:

Ementa: RECURSO INOMINADO. TERCEIRA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. PEDIDO INDENIZATÓRIO. RÉU PRESO E PRONUNCIADO POR HOMICÍDIO QUALIFICADO. IMPRONÚNCIA EM SEDE RECURSAL. AUSÊNCIA DE ERRO JUDICIAL. NÃO CONFIGURADO DIREITO À REPARAÇÃO. PROVIMENTO. 1. O autor foi denunciado pelo Ministério Público pela prática do delito de homicídio ocorrido no dia 09 de março de 2013, no interior do Instituto Penal Miguel Dário, em POA. O processo criminal teve seu curso na 1ª Vara do Júri de Porto Alegre, onde o autor foi PRONUNCIADO. O demandante interpôs Recurso em Sentido Estrito ao TJRS. O órgão colegiado conheceu do recurso e deu provimento, por maioria, para DESPRONUNCIAR o autor da presente ação. 2. O cerne da pretensão deduzida na inicial seria o fato de que o autor, Eduardo, estava recolhido no Instituto Penal de Canoas, na data do homicídio, que foi cometido no Instituto Penal Miguel Dário. Reputa, assim, que houve acusação injusta, na medida em que não poderia estar no local do crime. Aduziu ter sofrido prejuízo com a sua regressão para o regime fechado. 3. A responsabilidade civil do Estado é objetiva, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal, respondendo pelos danos que seus agentes derem causa, cabendo à parte contrária a prova dos fatos, o nexo de causalidade e o dano – Teoria do Risco Administrativo. 4. A sentença de pronúncia e o decreto de prisão preventiva são atos jurisdicionais típicos. Em regra, são insuscetíveis de originar a responsabilidade objetiva do Estado. Isto, em virtude de dois princípios básicos: da soberania do Estado e o da recorribilidade dos atos jurisdicionais. 5. A sentença de pronúncia remete o processo criminal para o julgamento pelo Tribunal do Júri. Sua fundamentação exige apenas a indicação da materialidade e a existência de indícios suficientes de autoria (art. 413, “caput” e §1º, do CPP). Havendo duas versões contraditórias, revela-se adequada a pronúncia, a fim de que o réu seja submetido ao Plenário do Júri. 6. O ato jurisdicional não cometeu qualquer erro grave, que sujeite o Estado ao pagamento de indenização, art.

5º, LXXV, da Constituição Federal. A Magistrada embasou-se na prova testemunhal. O fato de o TJRS ter reconhecido que Eduardo não poderia ter cometido o homicídio, pois estava recolhido em outra casa prisional, não é a única versão posta nos autos. Tanto é assim, que o acórdão que IMPRONUNCIOU o ora autor decidiu por maioria. O Des. João Batista Marques Tovo divergiu do relator e votou pela manutenção da sentença de pronúncia pelos seus próprios fundamentos. Existiam provas nos autos que foram devidamente sopesadas pela Juíza e Desembargadores, com entendimentos diversos. Neste contexto, vê-se, claramente, que não houve qualquer erro judiciário a autorizar o pagamento de indenização ao autor. 7. Sentença de procedência reformada para julgar improcedentes os pedidos. RECURSO INOMINADO PROVIDO, PARA JULGAR IMPROCEDENTES OS PEDIDOS. UNÂNIME.(Recurso Cível, Nº 71008339822, Terceira Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Alan Tadeu Soares Delabary Junior, Julgado em: 27-05-2020)

4.2.3 Considerações Acerca do Resultado

O estudo acima desenvolvido demonstra diferenças em relação à análise da jurisprudência atinente à concessão de detração a indivíduo preso preventivamente anteriormente ao delito que gerou a execução de pena. Ao contrário da primeira análise, a pesquisa relativa às indenizações demonstrou que, ao menos nos últimos 10 anos, o TJRS foi extremamente firme em seu entendimento, não havendo alterações ao longo do período. Em regra, a prisão preventiva, ainda que o indivíduo segregado não venha a ser condenado, não gera direito a indenização, salvo se restar comprovado que seu decreto ou manutenção ocorreu às margens da lei, ou que os agentes do Estado atuaram de forma abusiva.

A excepcionalidade das concessões de indenizações é evidente, tendo em vista que, dos mais de oitenta julgados analisados, somente em seis oportunidades foi concedida a medida reparatória em favor de pessoas presas preventivamente que não haviam sido posteriormente condenada. No entanto, sempre que o TJRS deferiu os pleitos, tratou-se de caso extremamente específico, onde restavam muito claros os equívocos realizados pelo Estado, como, por exemplo, prendendo a pessoa errada, em razão de possuir o mesmo nome de outro indivíduo, ou mesmo executando decretos prisionais que já estavam revogados. A discussão sobre a concessão ou não de indenização ao indivíduo preventivamente recolhido, portanto, centra-se na legalidade da prisão decretada que, como pontuado pelos precedentes destacados, nada tem a ver com a condenação (ou absolvição) do preso pelos fatos que ensejaram a restrição de liberdade.

CAHALI³⁵ argumenta em sentido contrário ao entendimento jurisprudencial demonstrado. Na visão do autor, não é concebível que a legislação determine ser injusta - e, portanto, indenizável - a prisão que perdurar por tempo superior ao fixado em sentença e, ao mesmo tempo, a jurisprudência considerar menos injusta a prisão imposta a um indivíduo que posteriormente sequer é condenado. Observa o doutrinador que a segunda hipótese é ainda mais injustificável do que a primeira, merecendo, de igual forma, indenização.

Retomando o desenvolvimento dos parágrafos anteriores, é fundamental recordar que a jurisprudência também entende ser vedado ao indivíduo em execução de pena buscar o abatimento de período de prisão preventiva relativo a processo que não gerou condenação, nos casos em que este recolhimento deu-se anteriormente à prática do delito que originou a execução da pena. Como demonstrado, tal entendimento frequentemente vem acompanhado do argumento de que a estes indivíduos, aos quais é vedada a detração, é possível pleitear indenização em âmbito cível como forma de reparação pelo recolhimento preventivo. No entanto, viu-se que na maioria das vezes em que o indivíduo busca esta reparação, o julgador - no caso do TJRS, um magistrado acostumado a tratar de demandas cíveis - entende que a segregação cautelar, desde que não seja evidentemente ilegal, o que nada tem a ver com a não superveniência de condenação, não comporta indenização ao preso.

É perceptível, deste modo, que não parece importar à jurisprudência que o indivíduo preso preventivamente que não resta condenado suporte a prisão sem receber qualquer tipo de reparação pelo período de segregação.

4.3 A (IN)EFETIVIDADE DAS TESES JURISPRUDENCIAIS ANALISADAS

Ao analisar, de forma conjunta, os entendimentos jurisprudenciais anteriormente expostos, chega-se à conclusão de que, em relação à possibilidade de concessão de detração a indivíduo que esteve preso preventivamente recolhido por fato anterior ao delito que originou sua pena, há uma premissa equivocada orientando os julgadores: ao indeferir os pleitos de detração, nas condições acima

³⁵ CAHALI, Yussef Sahid. **Dano Moral**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 4ª Edição, 2011. p. 603.

citadas, juízes frequentemente afirmam que, a fim de serem reparados pelo Estado com relação ao tempo de prisão indevida, os apenados podem ingressar com ações cíveis buscando indenização.

Ocorre que, como visto, na imensa maioria dos casos em que indivíduos buscam indenizações relativas a prisões preventivas que não geraram condenações, o pedido também é indeferido, tendo em vista o entendimento de que, decretada a segregação dentro das hipóteses legais, não é cabível a reparação monetária. Ou seja, é extremamente comum que o agente de quem o Estado restringiu cautelarmente a liberdade sem subsequente condenação pelo fato que ensejou a segregação, veja-se impossibilitado de receber qualquer tipo de ressarcimento, seja em forma de indenização, ou em forma de detração, pelo período que passou preso.

Neste ponto, é fundamental rememorar os ensinamentos de SCAPINI³⁶, o qual pontuou que o Estado jamais pode atuar como "devedor de liberdade". Neste sentido, nos casos em que a concessão da detração, ainda que por período de prisão anterior ao delito que originou a reprimenda penal, não tornasse a pena inócua, sustentou o autor que inexistiria óbice legal ao benefício. Se, ao contrário, a detração a ser concedida revestisse a pena de inocuidade, caberia ao indivíduo a busca pela reparação do dano por meio de indenização. Depreende-se da visão do doutrinador, portanto, que não se pode admitir que o indivíduo fique sem nenhum tipo de reparação, conforme demonstrou-se ocorrer com extrema frequência em casos concretos.

Em termos práticos, percebe-se que o Estado - tanto em âmbito criminal, ao indeferir o aproveitamento do período de segregação na forma de detração, quando em âmbito cível, ao negar a concessão de indenização - furta-se de qualquer responsabilidade de reparar uma restrição de liberdade por ele imposta de forma, no mínimo, desnecessária, tendo em vista que o agente, nas hipóteses aqui abordadas, sequer restou condenado. Há, portanto, evidente aniquilação da própria função do instituto da detração, o qual, como pontuado no segundo capítulo deste trabalho, existe essencialmente para impedir que o Estado abuse de seu direito de punir.

³⁶ SCAPINI, Marco Antônio Bandeira. **Prática de Execução das Penas Privativas de Liberdade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.42

Não há justificativa adequada para priorizar a reparação monetária do tempo de restrição de liberdade e, muito menos, como demonstrado ocorrer na prática, deixar o indivíduo desamparado de qualquer tipo de reparação. Afinal, como expõe CERNICCHIARO³⁷, dois comandos devem orientar julgadores em matéria de direito penal: em primeiro lugar, é preciso restituir ao indivíduo a liberdade dele tolhida (obviamente, nas hipóteses em que não se justifique a prisão). Segundamente, constatado equívoco na segregação, deve-se compensá-la também com liberdade. Ou seja, antes de se pensar em dinheiro ou qualquer outra forma de compensação ao indivíduo, deve-se primar pelo abatimento da prisão desnecessária na forma de detração, o que consistiria reparação específica do dano causado.

Além de macular o próprio instituto da detração, a interpretação jurisprudencial de vedar a concessão do benefício a apenados que tenham sido cautelarmente tolhidos de liberdade em razão de processo que não gera condenação, em período anterior ao cometimento do delito que provocou a execução da pena, constitui violação ao princípio da legalidade. O artigo 1º da Lei de Execução Penal, já citado anteriormente, expressa a regência do princípio da legalidade com relação à execução de penas no país ao pontuar que o objetivo das mesmas, ao lado da reinserção social do condenado, é efetivar as disposições de sentenças e decisões criminais. No entanto, o artigo 2º do mencionado diploma legal também fornece relevante lição acerca da importância do princípio da legalidade no que tange à execução penal no país, pois determina que julgadores sempre atenham-se ao disposto na legislação penal para exercerem a sua jurisdição:

Art. 2º A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.³⁸

Nesse sentido, muito embora a LEP cite somente a si própria e ao Código de Processo Penal como dispositivos aos quais os julgadores devem ater-se no exercício de suas funções, não há como sustentar que a mesma regra não valha em relação ao Código Penal. Isto é, apesar deste diploma não estar expressamente

³⁷ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Questões penais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 6.

³⁸ BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de julho de 1984.

citado no artigo supramencionado, supõe-se que o Código Penal também deva orientar julgadores de execução penal, em conjunto com a própria LEP e o Código de Processo Penal.

Especificamente em relação à detração, tem-se que o instituto está regulamentado no artigo 42 do Código Penal, o qual, embora já tenha sido citado no presente trabalho, merece novo destaque, justamente para que reste perfeitamente demonstrado que a atual redação do mesmo não faz qualquer restrição à concessão do benefício:

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.³⁹

Resta claro, portanto, que a legislação penal não realiza qualquer tipo de exceção à concessão da detração, muito embora os julgadores o façam. Chama à atenção o fato de que a Lei de Execução Penal e a edição da atual redação do artigo 42 do Código Penal foram publicadas na mesma data, qual seja, o dia 11 de julho de 1984, situação que reforça a ideia de que ambos os diplomas legais precisam ser interpretados de forma conjunta. Desta maneira, não pode o julgador de um processo de execução penal - por maior que seja seu cargo na hierarquia do Poder Judiciário brasileiro - contrariar o que dispõe o Código Penal e criar restrições ao benefício inexistentes na literalidade da lei. É neste sentido que, conforme sustentado previamente, ao negar a detração a apenados que estiveram presos preventivamente e, posteriormente, não restaram condenados, os julgadores estão violando o princípio da legalidade.

BECCARIA⁴⁰ definiu, em sua famosa obra “Dos Delitos e das Penas”, publicada ainda no ano de 1764, que os julgadores não podem interpretar as leis, justamente por não serem legisladores. O importantíssimo doutrinador, defendeu que a análise de leis penais deve ser fixa e literal, tendo em vista que a busca pelo

³⁹ BRASIL. Decreto-Lei 7.209. **Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Brasília, 11 de Julho de 1984.

⁴⁰ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas.** São Paulo, Editora Hemus, 1983, p. 16-19.

espírito da legislação varia de acordo com a maneira de ver o mundo de cada indivíduo. Dessa forma, caberia aos magistrados somente examinar atos e identificar se estes se enquadram ou contrariam a lei escrita, cumprindo os dispositivos legais à risca, a fim de evitar a submissão dos cidadãos à tirania.

O exame da obra de Beccaria fornece, portanto, um limite claro à atividade jurisdicional: o juiz deve ater-se à literalidade da lei, não tendo direito de interpretá-la de acordo com suas opiniões pessoais, tendo em vista que tal ato é incompatível com suas funções. Assim, julgadores não poderiam determinar, como demonstrado por meio da análise dos julgados do TJRS, a qual se encontra atualmente alinhada com a jurisprudência nacionalmente dominante, sob o pretexto de evitar um suposto crédito de pena em favor de indivíduo que é preso preventivamente e não resta condenado, uma restrição à concessão da detração penal sem que esta limitação estivesse fixada, de forma clara, na legislação.

No mesmo sentido, LOPES JÚNIOR⁴¹ afirma que o processo penal é instrumento que, ao mesmo tempo, limita o poder punitivo estatal e fornece garantias ao réu (no âmbito da execução penal, chamado de apenado). Dessa forma, não é permissível que se restrinja direitos por meio da realização de analogias, devendo a literalidade da lei ser sempre respeitada. Não há como afastar a execução penal dessa lógica. Ou seja, impossível que, sem a presença expressa de uma restrição à aplicação da detração na legislação, se permita o indeferimento do instituto.

Assim, tem-se que o silêncio da legislação com relação à possibilidade específica da concessão da detração imprópria em casos de período de segregação anterior ao cometimento do delito que origina a reprimenda, somente pode ser lido de forma favorável ao apenado. Conforme apontado por TOURINHO FILHO⁴², em decorrência do princípio conhecido como favor rei, nos casos em que se vislumbra a possibilidade de uma norma legal possuir duas interpretações antagônicas, deve-se sempre optar por aquela mais favorável ao acusado. Seguindo a mesma lógica, em

⁴¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo, Saraiva, 17ª Edição, 2020. p.910 e 911.

⁴² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, vol. 1**. São Paulo, Editora Saraiva. 34ª Edição, 2012. p. 96.

âmbito de execução penal, eventuais normas cujo significado não seja unívoco devem ser sempre interpretadas em favor do acusado.

Indo além da ilegalidade das interpretações extensivas do texto legal em desfavor de apenados, deve-se apontar, ainda, que a afirmação de que o indivíduo preso preventivamente que não restou condenado, se ciente de que este período seria aproveitável como detração no futuro, cometeria novos delitos, motivado pelo tempo de pena que poderia abater, a qual constitui o principal argumento da tese que defende a não concessão de detração nestes casos, carece de bases criminológicas. Não há, nos julgados analisados, nenhuma menção a qualquer tipo de estudo realizado capaz de demonstrar que de fato haja uma relação entre o elemento volitivo direcionado à prática de um delito e o tempo de prisão preventiva eventualmente experienciado por um indivíduo anteriormente ao cometimento da infração. Tem-se, portanto, que a vedação à concessão da detração, a qual, conforme apontado, ocorre sem previsão legal específica, é completamente baseada em presunções realizadas em desfavor de apenados.

Nesse sentido, QUEIROZ⁴³ sustenta posição visando derrubar o argumento de que a concessão de detração por período anterior ao cometimento do delito que gerou a condenação criaria uma “conta-corrente” criminal. Ocorre que, de acordo com o autor, se o indivíduo condenado por um processo criminal tem direito a detração, faz ainda mais sentido conferir tal reparação em casos nos quais o indivíduo é absolvido ou tem decretada extinta sua punibilidade. Realmente não faz sentido falar em conta-corrente criminal, justamente porque o indivíduo que não foi condenado não é um criminoso. Ao contrário, trata-se de cidadão que, em tese, não cometeu um crime e contra quem foi imposta segregação ilegal. É lógico, portanto, que este indivíduo deve ser indenizado, sendo a detração penal a forma mais adequada de ao menos amenizar o sofrimento imposto pelo Estado na forma de prisão.

⁴³ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo, Editora JusPodivm, 2015, 11ª edição, p. 496 e 497.

No mesmo teor, DOTTI⁴⁴ afirma que não se sustenta a argumentação que defende obstar a concessão de detração com base no receio da formação de uma “conta-corrente”. De acordo com o doutrinador, independentemente do motivo pelo qual uma prisão cautelar não gerou condenação, configura-se erro judiciário acerca da segregação, o qual, por comando constitucional, deve ser indenizado. Há, portanto, configuração da responsabilidade objetiva estatal, a qual admite a aplicação da detração.

Apesar do exposto, ainda que se considere válido o receio de conceder detrações com base na formação de um suposto crédito a ser formado em favor do indivíduo preso, este argumento não poderia jamais sobrepor-se ao débito que invariavelmente o Estado contrai ao privar de forma desnecessária um indivíduo que não venha a ser condenado posteriormente. Fala-se em prisão desnecessária justamente porque, a despeito do entendimento de que a segregação preventiva, por si só, não comporta indenização ao preso, ela é, conforme pontuado anteriormente, uma medida excepcional no âmbito do processo penal, devendo ser utilizada pelo Estado somente quando não houver outra alternativa plausível. Não tendo sido o indivíduo preso sequer condenado pelos fatos que motivaram a prisão, é difícil sustentar que a mesma fazia-se de fato necessária, inclusive porque um de seus requisitos, elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal, é a suficiência de indícios de autoria, cuja verdadeira existência, em processo que sequer gera sentença condenatória, é de difícil crença.

A partir desta lógica, sustenta-se que, ao executar a pena de um indivíduo que havia sido privado de liberdade anteriormente, ainda que por processo que não integre esta execução, o Estado não pode eximir-se da responsabilidade de reparar a prisão anteriormente experienciada. A não concessão da detração nos casos expostos configura violação à própria razão de existir do instituto, qual seja, evitar o abuso do poder punitivo estatal.

A prática de não conceder a detração fere, também, o princípio da isonomia. Imagine-se dois indivíduos, presos preventivamente na mesma data e pelo mesmo fato. Após determinado período, ambos são soltos e não são condenados pelo

⁴⁴ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, 4ª edição, p. 712.

processo que ensejou a prisão. Posteriormente, contudo, um dos indivíduos é condenado por um crime praticado anteriormente à segregação cautelar, no qual não havia sido recolhido preventivamente. O outro, a seu turno, também acaba sendo condenado em processo que não ensejou prisão. No entanto, o delito - que pode, inclusive, ser o mesmo cometido pelo primeiro indivíduo - teria sido cometido após a segregação experienciada em conjunto com o outro agente. Neste caso, temos duas pessoas presas exatamente pelo mesmo fato e pelo mesmo período de tempo. De acordo com a jurisprudência vigente, o Estado deve conceder a detração e abater o período de recolhimento da pena imposta ao indivíduo que cometeu crime antes do recolhimento. Contudo, em relação ao outro agente, o Estado não fornece qualquer tipo de reparação, deixando de aplicar de forma isonômica o disposto na Lei de Execução Penal, que não faz distinções entre eles.

A concessão da detração sem qualquer tipo de restrição pode ser útil até mesmo para a diminuição das segregações cautelares decretadas no Brasil. De acordo com LOPES JÚNIOR⁴⁵, o instituto da prisão preventiva sofreu uma completa desnaturação, tendo em vista o fato de estar sendo usado de forma comum e ordinária, o que subverteu a noção de excepcionalidade que deveria lhe acompanhar. Na visão do autor, na forma pela qual tem sido aplicado, o instituto acaba carecendo de legitimidade, pois é culturalmente decretado de maneira banal.

Os números fornecidos pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN) confirmam a visão do doutrinador. Segundo os dados levantados pelo referido órgão, no primeiro semestre de 2020, existiam no Brasil 702.609 indivíduos presos, dentre os quais 209.257 encontravam-se sob custódia provisória⁴⁶. Ou seja, quase 30% (precisamente 29,81%) da população carcerária brasileira era composta por presos provisórios, um número bastante elevado considerando a excepcionalidade com a qual deveria ser tratada a segregação cautelar.

⁴⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo, Saraiva, 17ª Edição, 2020. p.927-928.

⁴⁶ Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen> > <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaWJ3Y2RjNjctODQzMi00YTE4LWEwMDAtZDZlNWQ5YmZmZk11iwidCl6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> Acesso em: 31/03/2021.

Tomando por base a realidade exposta acima, há como imaginar, inclusive, que a concessão irrestrita da detração possa implicar em diminuição destas prisões provisórias. Ocorre que juízes partidários da tese de que deferir a detração penal em favor de indivíduos que tenham sido presos de forma preventiva, sem posterior condenação, pode incitá-los a praticar outros delitos, ao terem conhecimento de que o benefício será concedido mesmo em caso de absolvição, podem restar menos inclinados a decretar segregações provisórias que não sejam absolutamente necessárias, visando a justamente evitar este suposto crédito de pena. Desta maneira, a concessão da detração estaria auxiliando no resgate à excepcionalidade do instituto da prisão preventiva.

Depreende-se do exposto que é falha a tese jurisprudencial de que a legislação não permite a concessão de detração imprópria nos casos em que o período a ser detraído é anterior ao cometimento do delito que originou a pena. Como demonstrado, em relação ao argumento de que cabe ao apenado a reparação do tempo de restrição de liberdade via ação de indenização, tem-se que o deferimento deste tipo de benefício é extremamente raro, resguardado apenas a casos em que haja equívoco gritante da justiça criminal. Já no que tange ao argumento de que a detração conferiria um crédito de pena a ser abatido pelo indivíduo futuramente, demonstrou-se que, em realidade, há um débito do Estado que precisa ser reparado, principalmente tendo em vista os fundamentos da própria detração, dentre os quais se destacam a vedação ao abuso do poder de punir e o princípio da isonomia. Resta, ainda, a possibilidade de a concessão de detração influenciar julgadores a repensar a necessidade das prisões preventivas por eles decretadas. Afinal, como disposto por LOPES JÚNIOR⁴⁷, ao analisar a real necessidade de decretação de uma prisão preventiva, o julgador não pode basear-se em ilações, devendo ser sério, desapaixonado e, acima de tudo, racional.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou analisar a fundo o instituto da detração penal no direito penal brasileiro. Inicialmente, foi realizado breve apanhado acerca da

⁴⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. São Paulo, Editora Saraiva, 5ª Edição, 2017. p. 83.

execução de penas no país, a fim de contextualizar a detração nesse ramo do direito que lhe permeia. Após, por meio da apresentação dos fundamentos deste instituto, buscou-se entender qual a sua razão de existir. Em síntese, identificou-se que a detração penal tem como objetivo impedir que o Estado abuse da titularidade do poder de punir, mediante desconto, na pena, do período pelo qual o apenado restou cautelarmente privado de liberdade.

Fixada a premissa de que a detração funciona como forma de elidir eventual excesso de punição, foi realizada exposição acerca da visão de doutrinadores de execução penal acerca do instituto. A exibição demonstrou a existência de discordância entre os autores com relação à possibilidade de conceder o benefício a indivíduos que tenham sido presos de forma cautelar em processo pelo qual não restaram condenados. Nesse ponto, caso o período de prisão por processo distinto tenha ocorrido posteriormente à prática do crime que gerou a execução da pena do agente, é quase consensual a ideia de que é viável o deferimento da detração penal. No entanto, a discordância doutrinária reside justamente nos casos em que o indivíduo busca abater de sua pena o período de prisão ocorrido anteriormente ao fato que resultou em condenação criminal.

Os autores que defendem a possibilidade de concessão da detração nas situações acima narradas, a justificam com base no fato de a legislação penal e processual penal não efetuar qualquer menção a restrições à detração. Sustentam estes doutrinadores (como Scapini, Santos, e Queiroz e Dotti), ainda, que a existência de um débito do Estado em face do indivíduo por ele preso de forma desnecessária, o qual deve ser reparado por meio do abatimento do período de prisão vivenciado na pena imposta. De outra banda, aqueles que sustentam não ser justificável o deferimento do instituto em tais casos (como Prado, Masson, Zaffaroni e Pierangeli) o fazem apoiados na argumentação de que, muito embora não haja previsão legal expressa acerca da restrição, o legislador jamais autorizaria a abertura de um “crédito de pena” em favor do indivíduo preso preventivamente, o qual, ciente da possibilidade de futuramente descontar o tempo passado no cárcere sem condenação, poderia cometer outros delitos, estimulado justamente pela certeza da menor punição. Ademais, esta corrente sustenta que o apenado não

ficaria desamparado pelo período de segregação, tendo em vista o fato de poder ingressar com ação cível buscando indenização estatal em face deste período de privação de liberdade.

Diante do impasse entre doutrinadores, foi realizado estudo jurisprudencial acerca da temática, por meio do qual se identificou que, atualmente, é extremamente dominante, no âmbito do TJRS, a corrente que entende ser inviável conceder a detração por processo que não integra a pena, nos casos em que o período a ser detraído ocorreu antes do delito que originou a reprimenda. É preciso ressaltar, ainda, que a consolidação dessa posição no âmbito do TJRS deu-se justamente em razão da necessidade do tribunal local adequar-se às posições das Cortes Superiores do Brasil, as quais fixavam o entendimento desfavorável ao apenado há muito tempo.

Dessa maneira, considerando a posição jurisprudencial do TJRS vedando a concessão do instituto, especialmente levando em consideração o argumento de ser possível ao indivíduo lesado por prisão preventiva que não gera condenação buscar indenização financeira em face do Estado, fez-se necessário analisar, também, o entendimento do tribunal de justiça gaúcho no que diz respeito à concessão deste tipo de reparação. O estudo, no entanto, demonstrou ser extremamente rara a concessão de indenização a indivíduos preventivamente recolhidos sem posterior condenação, em razão da justiça entender que a prisão cautelar, por si só, não fornece direito à reparação, independentemente do fato do agente preso não ter sido condenado. Em realidade, nos casos nos quais o Tribunal entende que a segregação foi determinada em acordo com as hipóteses legais, nos termos do artigo 312 do CPP e seguintes, nada importa, para fins de responsabilização do Estado, o fato do indivíduo não restar condenado em razão das condutas pelas quais foi recolhido. A reparação financeira é concedida de forma insólita, somente nos casos nos quais há gritante equívoco da justiça como, por exemplo, na hipótese de ser presa pessoa homônima daquela que realmente cometera as infrações apuradas pela justiça, ou mesmo em casos nos quais é executado um mandado de prisão já vencido.

A análise supracitada evidenciou a falta de efetividade do argumento de que, apesar da não concessão da detração por período de prisão transcorrido anteriormente ao delito que originou a pena de um indivíduo, o apenado não restaria desamparado pela justiça, justamente porque poderia buscar reparação na forma de indenização em face do Estado. Como demonstrado, em termos práticos, na imensa maioria dos casos, não é conferido ao preso qualquer tipo de restituição pelo tempo passado encarcerado, uma vez que, na seara penal, lhe é negada a detração de pena e, em âmbito cível, não lhe é concedida indenização.

Em razão do exposto, demonstrou-se a necessidade de superar o entendimento de ser incabível a restrição da detração penal na hipótese estudada. Como descrito, a própria razão de existir do instituto consiste justamente na ideia de impedir eventuais abusos do poder de punir estatal, razão pela qual não faz sentido negar o benefício em razão do período detrável ser anterior ao crime que gerou a pena do indivíduo que o postula. É preciso recordar que a prisão preventiva é medida excepcional no âmbito do processo penal, a qual deve ser decretada somente nos casos em que inexistente outra alternativa além da sua aplicação. É lógico concluir que, se o indivíduo não foi condenado em razão do delito pelo qual foi investigado ou processado, a segregação cautelar, em princípio, não se fazia tão necessária. Dessa forma, a manutenção da restrição à concessão de detração - a qual não se encontra em nenhum dispositivo legal, configurando fruto de verdadeira interpretação extensiva em desfavor dos apenados - confere ao Estado poder ilimitado para prender acusados, sem qualquer responsabilidade de futura reparação caso exceda-se no exercício dessa faculdade.

No mesmo sentido, pontua-se a inexistência de qualquer estudo criminológico capaz de conferir evidência científica ao argumento de que a concessão da detração a indivíduos presos anteriormente ao delito que origina a pena consistiria em estímulo ao cometimento de novas infrações. Ainda assim, mesmo que a tese da “conta-corrente criminal” fosse tomada como verdadeira, o suposto crédito concedido pelo Estado em favor do indivíduo preventivamente recolhido - o qual não passa de presunção - não pode superar o débito contraído pelo mesmo Estado em

razão da prisão desnecessária, a qual precisa ser alvo de reparação, inexistindo restituição melhor do que a detração.

Sugriu-se, por fim, que a mudança de entendimento jurisprudencial pode impactar até mesmo no número excessivamente alto de prisões preventivas decretadas no Brasil. Ocorre que a concessão irrestrita da detração possui potencial para influenciar juízes a avaliarem com mais cuidado a necessidade de designação da medida cautelar extrema, justamente em razão do receio de que segregações desnecessárias, as quais não resultem em condenação futura, possam servir como estímulo ao cometimento de novos delitos.

REFERÊNCIAS

- AVENA, Roberto. **Execução Penal - esquematizado**. São Paulo, Editora Método, 2014.
- AVENA, Norberto. **Processo Penal**. São Paulo. Editora Método, 10ª Edição, 2018.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo, Editora Hemus, 1983.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - parte geral**. São Paulo, Saraiva, 24ª Edição, 2018, v.1.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 6ª Edição, 2013.
- BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.
- BRASIL. Decreto-Lei 3.869. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 3 de outubro de 1941.
- BRASIL. Decreto-Lei 7.209. **Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de Julho de 1984.
- BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de julho de 1984.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 10 de janeiro de 2002.
- BRASIL. Decreto-Lei 12.736. **Dá nova redação ao art. 387 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, para a detração ser considerada pelo juiz que proferir sentença condenatória**. Diário Oficial da União, Brasília, 30 de novembro de 2012.
- BRASIL. Decreto-Lei 13.964. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Diário Oficial da União, Brasília, 24 de dezembro de 2019.
- BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução Penal**. São Paulo, Quartier Latin, 2006.
- CAHALI, Yussef Sahid. **Dano Moral**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 4ª Edição, 2011.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Questões penais**. Belo Horizonte, Del Rey, 1998.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, 4ª edição.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. São Paulo, Editora Saraiva, 5ª Edição, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo, Saraiva, 17ª Edição, 2020.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquemático**, Vol 1. São Paulo. Editora Forense, 11ª Edição, 2017.

MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil, Responsabilidade Civil**. São Paulo, Saraiva, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Código de Processo Penal Comentado**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 13ª Edição, 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 13ª Edição, 2014.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo, Editora JusPodivm, 2015, 11ª edição.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

SCAPINI, Marco Antônio Bandeira. **Prática de Execução das Penas Privativas de Liberdade**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano, **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro, Forense, 2ª Edição, 2015, v.1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, vol. 1**. São Paulo, Editora Saraiva. 34ª Edição, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral**. São Paulo, Livraria dos Tribunais, 11ª Edição, 2011.