

A NOVA DISCIPLINA DA DETRAÇÃO PENAL AOS PRESOS PROVISÓRIOS: BREVES QUESTIONAMENTOS ACERCA DA ALTERAÇÃO DO ARTIGO 387 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Ana Cláudia Loiola de Moraes Mendes

Juíza de Direito, titular da 1ª Vara Criminal da Circunscrição Judiciária do Paranoá/DF. Pós-graduada em Direito Penal e Direito Processual Penal do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Mestranda em Direito.

Resumo: com a edição da Lei n. 12.736/2012 surgiram algumas indagações a respeito da aplicação, desde logo, do instituto da detração, considerando-se, para isso, o tempo de prisão cautelar decorrido até a sentença. O presente artigo se propõe a afastar a tese da inconstitucionalidade e inviabilidade do instituto em vista do sistema instituído para a imposição e acompanhamento das penas, analisando a compatibilidade entre a alteração advinda da inclusão do § 2º ao artigo 387 do Código de Processo Penal e o sistema instituído para execução das penas ultimadas em sentenças penais condenatórias.

Palavras-chave: detração; sentença condenatória; tempo; prisão; provisória.

1. INTRODUÇÃO.

Mais do que evitar sofrimento desnecessário e injusto ao condenado, ao Estado incumbe a prestação jurisdicional na medida exata de suas condições pessoais e proporcionalmente ao fato praticado, em obediência à garantia constitucional da individualização da pena, prevista no artigo 5º, XLVI da Constituição Federal.

Na fixação da pena – e consequente regime inicial para respectivo cumprimento – o juiz da causa dispõe de elementos para aferir, no exame das circunstâncias judiciais, a gravidade da conduta, a personalidade do agente, a reprovabilidade dos meios utilizados, para uma exata e justa – na medida do possível – aplicação do direito objetivo, com a consequente resposta estatal ao caso concreto.

Evidentemente, a perspectiva da passagem do tempo não se dá da mesma forma para todos. O início da execução da pena pode dar-se em momentos distintos, dependendo de onde 2 o indivíduo condenado esteja recolhido, dada a

diversidade de situações vivenciadas neste extenso país de contrastes. E o tempo, para quem está recolhido ao cárcere, é vivenciado de forma peculiar, arrastando-se *"letargicamente num clima de angústia, insegurança e ansiedade, agravando inclusive a saúde mental do recluso"* (BITTENCOURT, 2013, p. 623).

Assim, entre a condenação e o início da execução da pena, com a consequente perspectiva de progressão de regime de cumprimento, pode ser que transcorra tempo superior ao razoável, ocasionando recolhimento injusto do indivíduo, quando já perfeitos os requisitos objetivos para tanto. Sob esta perspectiva, não se pode transferir os ônus das deficiências do sistema carcerário, imputáveis unicamente ao Estado, para o condenado, que detém o direito público subjetivo de cumprir sua pena nos exatos termos em que concedidos na sentença condenatória. Por outro lado, é cediço que a progressão de regime não depende unicamente da satisfação de requisitos objetivos, sendo mister a obediência a requisitos de índole também subjetiva, cuja aferição compete ao juízo que administra a execução das penas impostas.

E é justamente em razão dos diversos entraves causados pela completa ausência de condições materiais, no sistema prisional instituído, para realização dos anseios maiores constantes na lei penal – notadamente da reeducação e ressocialização – que se vêem proliferando, aqui e ali, tentativas de minimizar o sofrimento do apenado, a maior parte delas alterações legislativas, como a trazida pela edição da lei 12.736, de 30 de novembro de 2012.

O presente artigo tem como escopo analisar a alteração legislativa instituída no artigo 387 do Código de Processo Penal pela lei n. 12.736, de 30 de novembro de 2012, em confronto com as determinações constantes da Lei de Execuções Penais e princípios constitucionais regedores da matéria, buscando a compatibilização entre os dispositivos aparentemente em conflito.

2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E ISONOMIA COMO PRINCÍPIOS REGEDORES NA FIXAÇÃO DA RESPOSTA PENAL ESTATAL.

Em qualquer Estado civilizado, toda resposta penal estatal vem precedida de regular processo, norteado por regras previamente estabelecidas, culminando com a aplicação do preceptivo legal à infração penal cometida. A fixação da pena ao

indivíduo que se veja submetido a regular processo criminal e, ao final, condenado pela prática de crime, necessariamente, obedece ao regramento aplicável ao caso, arcabouço legal de que se vale o juiz, sempre orientado por princípios que garantam a justa aplicação da pena.

Princípio, no sentido jurídico, pode ser entendido como “ordenação que se irradia e imanta o sistema normativo, proporcionando alicerce para a interpretação, integração, conhecimento e eficiente aplicação do direito positivo” (NUCCI, 2012). Assim, a harmonização entre os princípios que norteiam a atividade estatal, em quaisquer de seus aspectos, confere coerência na análise dos casos concretos, legitimando a interveniência do poder repressivo, no intuito último da aplicação da sanção penal.

Assim, a aplicação da lei penal é resultado da conjugação entre Direito Penal e Processo Penal, mediante garantias mínimas indispensáveis, assegurando-se não apenas um resultado formal na aplicação da lei penal, mas a aplicação desta, de forma justa, mediante regras preestabelecidas, possibilitando perspectiva de fixação da pena consoante critérios legais amplamente conhecidos.

A individualização da pena, erigida a categoria de garantia constitucional pelo artigo 5º, XLVI da Constituição (“A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) a privação ou restrição da liberdade; b) a perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”), impõe ao juiz a particularização, no caso concreto, da pena, ou seja a fixação da quantidade da pena cabível ao fato em análise. Busca-se, assim, fugir das padronizações. Para cada caso, para cada autor, será cabível a fixação de determinada quantidade de pena, levando-se em conta as particularidades do caso concreto, não somente do fato em si, em seus aspectos objetivos, mas sobretudo sobre os aspectos subjetivos que o circundam.

Tal sistema, que delega ao juiz o prudente arbítrio na análise das circunstâncias do fato e condições pessoais do agente consagra-se, atualmente, em todo o mundo civilizado. A atuação do juiz, permeada por essa garantia, e considerando o fato concretamente praticado por indivíduo único, porque revestido de singularidades próprias e intransferíveis, atua como importante fonte de legitimação do direito penal, proporcionando a conciliação de dois extremos: a igualdade sobre a qual se assenta o Direito Penal moderno e a diferença, presente na natureza, nas sociedades humanas e em todas as pessoas (BOSCHI, 2013).

O princípio da individualização da pena não se dirige, unicamente, ao juiz no momento da fixação da pena, após regular processo. Esta é apenas sua mais conhecida faceta.

Pode ser entendido em três fases, por assim dizer: legislativa, quando o legislador fixa, no momento de elaboração do tipo penal incriminador, as penas mínima e máxima, suficientes e necessárias para a reprovação e prevenção do crime. Ocorrida a prática da infração penal e uma vez apurada esta, dá-se a individualização judicial quando o juiz, no caso concreto, escolhe o montante que entende adequado ao fato. Por fim, ocorre a individualização executória quando o magistrado, em sua incumbência de fiscalizar a execução penal de sentença condenatória, determina o cumprimento individualizado da sanção aplicada (NUCCI, 2012).

“O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum, não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional, ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material” (STF- HC 97256/RS, Rel. Min. Ayres Brito, j. 01.09.2010)

Dentro da perspectiva da individualização da pena, há que considerar o magistrado que os indivíduos, em sua essência, não são naturalmente iguais. Diante desse fato, significa prever que o Direito deverá tratá-los com isonomia, com suas peculiaridades, buscando nas normas critérios para entregar a cada um o que é seu, por fim, tratando desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Esse critério de igualdade perante a lei, portanto, é voltado ao legislador, no sentido de impor-lhe a construção de sistema de normas viáveis a garantir, no momento da aplicação, que as diferenças naturais entre os destinatários sejam respeitadas (NUCCI, 2012).

Quanto ao aplicador da lei (Juiz), incumbe-lhe, na difícil tarefa de atribuir a cada um o que lhe é de direito (ou dever), concretizar essa isonomia, considerando, para isso, as características pessoais de cada indivíduo que se lhe apresenta a análise.

Também ao elencar as garantias constitucionais previu o constituinte o princípio da humanidade das penas, este um desdobramento do fundamento da dignidade da pessoa humana, ao assegurar “aos presos o respeito à integridade física e moral”. Tal garantia guarda estreita relação com a individualização da pena, especialmente no que diz respeito à individualização executória da sanção penal, mormente considerando-se as condições em que se encontram, hoje, os diversos estabelecimentos prisionais no país, que dificilmente podem proporcionar aos apenados um mínimo para atendimento aos princípios maiores da lei penal.

■ 3. FIXAÇÃO DA PENA E REGIMES DE CUMPRIMENTO. CRITÉRIOS.

Na árdua tarefa de concretizar o direito objetivo, com a consequente prolação da resposta penal, por meio do ato judicial – sentença – incumbe ao prolator a obediência a uma série de requisitos legais.

Pelo método trifásico preconizado pelo artigo 68 do Código Penal, o magistrado, após exame detido das circunstâncias judiciais, e uma vez fixada a pena-base, consideradas as atenuantes e agravantes, causas de diminuição e aumento de pena, chega à pena definitiva, ou seja, a resposta penal definitiva ao fato – crime – praticado pelo indivíduo (réu). A partir daí entende-se como tal a pena insuscetível de modificação no grau de jurisdição em que for estabelecida (BOSCHI, 2013).

Por entender que o *jus puniendi* decorre dos deveres estatais de defesa do interesse público contra o crime, desenvolvendo-se na fase de conhecimento e esgotando-se na execução, conclui-se que nesta última é que o Estado promoverá medidas para cobrar do condenado a dívida oriunda do título executivo consubstanciado na sentença penal condenatória.

Disso resulta que o esgotamento da atividade jurisdicional de conhecimento da causa penal se dá na individualização da quantidade de pena aplicável à espécie concreta, conjugada com a fixação do regime inicial ao qual o condenado ficará submetido. Concretizada a pena, fixado o regime inicial de cumprimento desta, o Juiz da causa cumpre e acaba sua função jurisdicional,

nada podendo inovar no ato proferido, salvo nas hipóteses de erro material, ou ambiguidade, obscuridade, omissão ou contradição, nos exatos termos do artigo 382 do Código de Processo Penal.

Apesar de a execução da pena apresentar-se como o terceiro estágio na aplicação do princípio da individualização da pena, há que se considerar que ela se apresenta como estágio de grande importância, uma vez que se configura como a materialização da advertência abstrata contida no comando normativo, tornando-se, assim, real e percebida pelo condenado. É, portanto, na execução penal que se dá vida à sanção penal cominada na sentença (PRADO, 2011). E é por tal razão que existe todo um regramento para tanto, dada a necessidade de acompanhamento próximo ao condenado, no decorrer do cumprimento da pena, avaliando-se não somente as condições objetivas no período em que este ocorre, mas também as condições subjetivas do apenado.

4. INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. PROGRESSÃO E REGRESSÃO NOS REGIMES. COMPETÊNCIA. DETRAÇÃO PENAL.

Conforme dito alhures, é com a execução da sentença penal condenatória se dá vida à sanção penal, ao preceito penal nela cominado (PRADO, 2011, p. 12), que se concretiza, efetivamente, o comando contido no dispositivo da sentença condenatória.

Em nosso sistema penal, o objetivo da execução da pena é realizar o cumprimento do mandamento contido na sentença (condenação), conforme se depreende da leitura do artigo 1º da Lei de Execuções Penais. A disposição legal referida externa a opção, pelo legislador brasileiro, de um dos postulados da Novíssima Defesa Social, ao dispor que, a par do cumprimento da pena, objetiva a execução a propiciar ao condenado condições para seu retorno harmônico à sociedade (PRADO, *op.cit.*).

O Estado, realizando o *jus puniendi* e em face da violação do direito material, prolata sentença e estabelece pena, evidentemente dentro do devido processo legal, erigido à categoria de fundamento constitucional, visando, ainda, estabelecer condições para a adaptação do sentenciado (submetido a pena) ou do internado (submetido a medida de segurança).

Havendo imposição de pena (portanto, reconhecendo-se a imputabilidade do réu e a possibilidade de aplicação de resposta – pena, conforme preconizado na lei), esta poderá, conforme a espécie (reclusão ou detenção) ou quantidade de pena, ou ainda, pela reincidência, ser fixada em regimes, seja aberto, semiaberto ou fechado. O juiz, na sentença, estabelecerá o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade (arts. 59, III do Código Penal e 110 da Lei de Execuções Penais).

Os regimes de cumprimento de pena mostram-se orientados para maior ou menor intensidade de restrição da liberdade do acusado, nos limites impostos pela sentença penal condenatória, possibilitando ao apenado progredir ou regredir no regime estabelecido, ampliando ou diminuindo seu *status libertatis*, partindo-se sempre do mérito ou demérito do condenado, para conquistas ou perda de regalias no cumprimento da pena privativa de liberdade (BITTENCOURT, 2013, p. 618).

Assim, no que diz respeito à sentença condenatória própria, as penas privativas de liberdade são executadas progressivamente, de regime a regime, partindo do mais severo (o fechado) ao intermediário (semiaberto), até o mais brando (aberto), todos previstos no artigo 33 e parágrafos do Código Penal, até a etapa final do sistema, que é a do livramento condicional.

À passagem do regime mais gravoso para o menos gravoso dá-se o nome de progressão, por meio do atendimento aos requisitos do artigo 112 da Lei de Execuções Penais. Ao revés, quando se retorna do regime menos rigoroso ao mais rigoroso, dá-se o nome de regressão de regime, quando ocorrente uma das hipóteses do artigo 118 da lei em questão. Significa dizer que o condenado não poderá passar direto do regime fechado para o regime aberto, sem passar obrigatoriamente pelo semiaberto.

A Lei Penal, portanto, adotou um sistema progressivo de cumprimento de pena, possibilitando ao condenado, com sua conduta carcerária, “direcionar o ritmo de cumprimento de sua sentença, com mais ou menos rigor” (BITTENCOURT, *op.cit.*)

O sistema progressivo orienta-se pela ideia do resgate de cotas de liberdade (*mark system*), mediante aferição de requisitos objetivos (tempo de cumprimento de pena) e subjetivos (bom comportamento carcerário) (BOSCHI, 2013),

conquistando o apenado, progressivamente, parcelas da liberdade suprimida. A passagem do regime mais severo ao regime mais brando há que ser gradual, sem supressão de etapas (ou como chamada, na prática, “por saltos”), posto que o ideário que norteia o instituto é de que o retorno à liberdade deverá ocorrer paulatinamente, consoante decurso mínimo de tempo e indicação de mérito do apenado. Ao contrário da progressão, a regressão pode ocorrer com a transferência do condenado para qualquer dos regimes, consoante disposto no artigo 118 do Lei de Execuções Penais.

Tais critérios encontram-se em consonância com os objetivos da execução penal, quais sejam, a repressão e prevenção dos delitos, bem como oferta de meios pelos quais apenados e os submetidos a medidas de segurança venham a ter participação construtiva na comunhão social, realizando, assim, a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade¹, e isso de forma gradual, como medida de melhor aproveitamento das condições oferecidas aos apenados.

Sendo assim, de acordo com a sistemática adotada pela Lei de Execuções Penais, não basta o mero atendimento aos requisitos de índole objetiva, sendo indispensável que o apenado demonstre merecer a progressão, bem como esteja preparado para cumprir a sanção imposta em regime menos rigoroso, sem prejudicar os fins da pena.

Assim, para a progressão do regime, além do requisito formal, objetivamente considerado (cumprimento de pelo menos um sexto da pena no regime anterior), faz-se necessária a aferição do mérito do condenado (art. 33, § 2º, do Código Penal), consubstanciado no bom comportamento carcerário, comprovado pelo Diretor do estabelecimento prisional, bem assim como outros elementos caracterizadores desse mérito, a serem avaliados de acordo com a situação concreta apresentada (PRADO, 2011, p. 536).

A progressão de regime constitui, portanto, uma medida de política criminal, servindo de estímulo ao condenado durante o período de cumprimento de sua pena, e a possibilidade que proporciona ao apenado de galgar regimes menos rigorosos faz com que este retome a esperança de retorno paulatino ao convívio social (GRECO, 2007, p. 512).

1 Exposição de motivos n.º 213, de 09/05/1983, item 13.

De acordo com o que dispõe o artigo 65 da Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/84), a competência para execução dos julgados de natureza penal compete ao Juízo da Execução Penal (*"A execução penal competirá ao juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença"*). Os atos decorrentes da competência estabelecida estão elencados no artigo 66 da mesma lei. Assim, a aferição dos critérios objetivos, conjugados com os requisitos de índole objetiva, será feita pelo Juízo das Execuções Penais, nos locais onde houver especialização de Vara, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ressalte-se que, para o condenado que se encontra preso provisoriamente até a resposta final estatal, a lei prevê o instituto da *detração penal*, pelo qual se permite descontar, na pena ou medida de segurança, o tempo de prisão ou de internação cumprido antes da condenação definitiva, como efetivamente cumprido (artigo 42 do Código Penal).

Pode ser que o apenado esteja preso cautelarmente, administrativamente ou ainda, internado, desde a tramitação do inquérito policial. Por tal razão, determina a lei penal, no artigo 42 do Código de regência, que esse tempo será descontado da pena ou da medida de segurança a ser determinada na sentença penal, e por consequência eventualmente cumprida.

Necessário lembrar que a prisão provisória mencionada no artigo 42 do Código Penal é a prisão processual, ocorrida previamente à sentença penal condenatória irrecorrível, conceito este a ser interpretado amplamente, alcançando todas as medidas cautelares de restrição da liberdade, como a prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, decorrente de sentença de pronúncia e de decisão condenatória recorrível.

Insta considerar que, após a reforma processual de 2011 (operada pela edição da Lei n.º 12.403, de 4 de maio de 2011), a partir da comunicação da prisão em flagrante (administrativa) ao juiz, no prazo de vinte e quatro horas, toda prisão provisória passou a ter o caráter de prisão preventiva, posto que, a partir da conversão do flagrante em prisão preventiva, durante a instrução e em sentença, seja condenatória, seja decisão de pronúncia, estará o juiz sempre obrigado a analisar a necessidade de manutenção da custódia cautelar, mantendo, se o caso e fundamentadamente, a constrição provisória.

Portanto, o tempo de prisão provisória (aquela decorrente de prisão cautelar, administrativa ou internação) será levado a efeito para fins de progressão de regime, após fixação deste em sentença penal.

5. DA PRISÃO PROVISÓRIA.

Preso provisório, consoante o sistema processual vigente, é aquele que se encontra custodiado cautelarmente, no trâmite do processo penal acusatório, sem sentença definitiva acerca do fato pelo qual está sendo julgado. A prisão pode ser em decorrência de flagrante, decreto de prisão temporária, prisão preventiva, decorrente de pronúncia ou ainda, de sentença condenatória recorrível.

Certo é que, na prática, a partir da reforma processual de 2011, referida linhas atrás, pela qual a prisão do indivíduo estará sujeita, sempre e sempre, à análise da necessidade de sua manutenção, a partir da comunicação do flagrante ao juiz, em vinte e quatro horas, a custódia do indivíduo, se mantida, passará a ostentar o caráter de preventiva, com a conversão do flagrante na respectiva prisão. Assim, acaso condenado ou pronunciado, o juiz estará obrigado a, fundamentadamente, no caso de necessidade de manutenção da custódia cautelar, manifestar-se acerca da prisão preventiva anteriormente decretada, quando da conversão da prisão em flagrante.

O artigo 2º, parágrafo único, da Lei de Execuções Penais preconiza que as disposições referentes à execução penal se aplicam, igualmente, ao preso provisório, o que faz inferir que recaem sobre ele todos os direitos e deveres do condenado.

Não é, todavia, tratado como o condenado por sentença transitada em julgado, estabelecendo o legislador tratamento diferenciado no que diz com a separação física dos condenados definitivos (art. 84), regra esta repetida pela lei nº 12.403/2011, que deu nova redação ao artigo 300 do Código de Processo Penal.

Quando se fala em execução provisória do julgado, vislumbra-se a intenção de proporcionar ao condenado o alcance dos benefícios previstos na Lei de Execuções Penais antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, evitando tempo de espera superior ao razoável, orientação esta já sufragada pelo enunciado da Súmula 716 do STF, com o seguinte teor:

“Admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.”

O enunciado da Súmula referida decorreu, portanto, da necessidade de se assegurarem os benefícios da execução da pena àqueles que se encontravam custodiados em período anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória, assegurando ampla utilização da via recursal, sem os prejuízos decorrentes da espera do resultado do julgamento dos respectivos recursos. Decorreu, portanto, da intenção de evitar-se, ao máximo, ao apenado, o sofrimento injusto resultante do recolhimento, apressando a providência jurisdicional no que diz com a obtenção de benefícios. Todavia, a competência para concessão destes incumbiria, sempre, ao Juízo das Execuções, até então Juízo natural para apreciação de questões dessa natureza.

6. A NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 387 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ALGUMAS DAS QUESTÕES SUSCITADAS QUANTO A SUA APLICAÇÃO.

Gestado no Programa Nacional de Apoio ao Sistema Prisional (2011) e no intuito de conferir-se maior celeridade e racionalidade ao sistema de justiça criminal, diminuindo a espera entre a sentença penal condenatória e a decisão do juízo da execução penal, com vista a evitar situações em que o apenado tivesse que “aguardar a decisão do juiz da execução penal, permanecendo nessa espera em regime mais gravoso ao que pela lei faz jus”², veio o Projeto de Lei da Câmara nº 93, de 2012, de iniciativa da Presidência da República, confluindo na lei nº 12.736, de 30 de novembro de 2012, com a seguinte redação:

“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 n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 387.

2 Exposição de Motivos n. 00176/MJ, 29.08.2011.

§ 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.”

Abem da verdade, até a edição da lei em questão, estavam os magistrados obrigados a, tão logo proferida sentença condenatória, expedir a guia de recolhimento, consoante mandamento contido no § 1º do artigo 2º da Resolução n.º 113 do Conselho Nacional de Justiça, qual seja, “estando preso o executado, a guia de recolhimento definitiva ou de internação será expedida ao juízo competente no prazo máximo de cinco dias, a contar do trânsito em julgado da sentença ou acórdão, ou do cumprimento do mandado de prisão ou de internação”. Tal orientação era aplicável, por óbvio, também aos presos provisórios, haja vista o disposto no enunciado da Súmula 716 do STF, já referida alhures, e de acordo com a sistematização que orienta a atividade interpretativa no caso concreto.

Todavia, a realidade vivenciada num país de contrastes como o nosso, com acentuada diversidade entre as regiões, sem uma uniformidade na aplicação dos recursos públicos recebidos, especialmente no que diz respeito à segurança pública e sistema judicial, provava que nem mesmo a norma impositiva advinda do órgão destinado à fiscalização (ainda que administrativa) da atividade jurisdicional serviu para dar mais agilidade ao procedimento de efetivação da resposta estatal. Entre o pronunciamento judicial, com a sentença condenatória (ainda que sem o trânsito em julgado) e a extração de guia de recolhimento, mesmo que provisória, decorria tempo que extrapolava os limites do razoável, ocasionando espera desnecessária quando o preso já perfazia o requisito objetivo previsto em lei para obter a progressão do regime prisional.

A nova lei veio, de forma semelhante ao comando instituído pelo enunciado da súmula referida, permitir a progressão de regime com a detração, na sentença, do período em que o réu permaneceu custodiado cautelarmente, seja a título de prisão provisória (preventiva) ou internação, uma vez que os artigos 42 do Código Penal e 111 da Lei de Execução Penal somente previam o instituto por ocasião da fixação da pena privativa de liberdade ou medida de segurança, em regular sentença penal condenatória.

Sua edição, todavia, a par de trazer importante inovação, permitindo desde logo ao preso provisório o cômputo da prisão provisória para fins de progressão de regime, realizada já pelo juízo sentenciante, trouxe algumas indagações para os aplicadores do direito.

A primeira delas seria a da inconstitucionalidade do dispositivo, por frontal ofensa ao princípio da individualização da pena, do juiz natural e da isonomia (DA SILVA, 2012).

Os que defendem tal tese afirmam que a quantidade da pena deverá guardar proporção com a importância do bem jurídico tutelado e a gravidade da ofensa, pois cada tipo penal prevê quantidade mínima e máxima de pena, e o juiz, em vista da infração cometida, escolhe a pena a ser aplicada dentre as cominadas no tipo, dentro da discricionariedade regradada que lhe incumbe. Após a aplicação da pena, sua execução caberá aos órgãos previstos tanto no Código Penal quanto na Lei de Execuções Penais.

Assim, ao fundir em uma etapa a fase judiciária na aplicação da pena e a executiva, determinando que o juiz sentenciante, diante do tempo de prisão provisória decorrido, desde logo promova a progressão de regime ao condenado, sem atentar-se ao critério subjetivo previsto no artigo 112 da LEP, suprime a individualização da pena, erigida a *status* constitucional, na fase executória, ofendendo, a um só tempo, a garantia da individualização da pena e do juiz natural da causa (uma vez que, consoante disposição legal, compete ao Juízo das Execuções Penais, onde houver, o acompanhamento do cumprimento da sentença penal condenatória).

Como consequência e em seguida às ofensas à individualização e ao juízo natural, decorreria ofensa ao princípio da isonomia, posto que a aplicação imediata do dispositivo abriria caminho a que pessoas em mesma situação fossem tratadas de forma diferente. Como exemplo, uma pessoa condenada à pena privativa de liberdade, presa provisoriamente, terá abatido o período pelo próprio juízo da condenação, para fins de progressão, sem a observância do mérito, ao passo que o condenado, ainda não sujeito a prisão provisória, deverá obter a progressão com o preenchimento dos requisitos do artigo 112 da LEP.

Não nos parece, apesar da qualidade dos argumentos enumerados, que haja ofensa aos princípios constitucionais apontados. A garantia da individualização da pena, prevista no artigo 5º, XLVI, vem regularmente resguardada nos artigos 59 e 68 do Código Penal, que disciplinam o cálculo da pena e a fixação do respectivo

regime de cumprimento. A disciplina do cálculo – e consequente individualização – da pena e regime de cumprimento não foi alterada pela nova redação do artigo 387 do Código de Processo Penal.

Ao juiz incumbe, partindo da situação concreta do fato apresentado, e diante da análise das condições pessoais do acusado, fixar a pena mais adequada aos objetivos de repressão e prevenção social. A imposição de análise das condições particulares do fato e das condições pessoais do réu, no momento da escolha, pelo magistrado, da pena mais adequada, não foi alterada pelo novo regramento legal, não havendo, portanto, ofensa aos princípios constitucionais. A uma, porque a dosimetria da pena não restou alterada pela nova disposição legal; e a duas, porque não há invasão de competência instituída, apenas regramento impositivo ao juízo sentenciante, determinando desde logo – e a fim de evitar recolhimento além do tempo necessário – o cômputo da prisão provisória.

Outra crítica à alteração do dispositivo remonta à invasão de competência para fins de fixação do regime inicial da pena, uma vez que o regramento específico da matéria advém da Lei de Execuções Penais.

Cumprido considerar que a Lei 12.736/12, que instituiu alteração na redação do artigo 387 do Código de Processo Penal, é lei federal, portanto, ao implementar alteração com relação a progressão de regime, conferindo ao juiz sentenciante competência para cômputo do tempo de prisão provisória após a fixação do regime inicial, revogou parcialmente as disposições da Lei de Execuções Penais, no que concerne à análise do mérito para tanto, neste particular.

A tal conclusão se chega partindo-se da interpretação dos dispositivos, notadamente em face do que dispõe o § 1º do artigo 1º, da lei 4.657/42, com redação conferida pela lei n.º 12.376/2010 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), *verbis*: “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

Sendo assim, pode-se inferir com razoável facilidade que, tratando-se de preso provisoriamente, que já tenha perfeito requisito objetivo (temporal) para progressão de regime, no feito pelo qual se encontra custodiado, a competência para a progressão de regime de cumprimento de pena será a do juiz sentenciante.

Outra objeção é a de que, com a edição do novo regramento, estar-se-ia instituindo

uma nova fase na dosimetria da pena, influenciando o tempo de prisão provisória na fixação do regime em definitivo para cumprimento de pena.

Com o devido respeito aos posicionamentos neste sentido, não nos parece, também, ter havido qualquer alteração na disciplina normativa referente à individualização e dosimetria da pena. Esta continua obedecendo aos parâmetros dos artigos 59 e 68 do Código Penal, com a análise, pelo juiz sentenciante, dos requisitos objetivos e subjetivos para fixação da pena em concreto, bem como imposição do regime inicial para seu cumprimento.

Nesta linha de raciocínio, nada obstante o § 2º do artigo 387, em sua nova redação, dispor que “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”, tal dispositivo deve orientar-se pelos princípios regedores da matéria, tais como a individualização da pena (já referida anteriormente), bem como a progressividade no critério da imposição do regime inicial.

A atividade interpretativa há que ser orientada dentro de um sistema de normas já organizado, de molde a que não se conclua pela existência de normas de igual hierarquia, incompatíveis entre si. De acordo com o critério da progressividade, o juiz, após análise detida dos elementos objetivos (gravidade do crime, intensidade dos meios empregados na ação criminosa, por exemplo), bem como subjetivos (personalidade e periculosidade deste) chegará à quantidade de pena mais adequada à repressão do delito e prevenção social, passando a análise da imposição do regime mais adequado, e cujos comandos se vêem dispostos no artigo 33 do Código Penal. Somente a partir daí é que poderá considerar o tempo de prisão provisória, para fins de cumprimento do disposto no § 2º do artigo 387, uma vez que, em nosso sistema, é vedada a progressão “por saltos” (*per saltum*).

Sendo assim, por exemplo, se o réu, reincidente, preso provisoriamente há 04 (quatro) meses, é condenado a uma pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses por furto, deve o juiz fixar o regime semiaberto, em decorrência da reincidência, para logo em seguida, em um capítulo próprio da sentença, proceder à progressão de regime, considerando o período de prisão provisória computado. Restam, portanto, inalteradas as condições para fixação da pena em concreto e determinação do

regime inicial para seu cumprimento, bastando que se faça remissão ao período de prisão cautelar suficiente à obtenção da progressão.

Nesta linha, uma vez inalterados os critérios para fixação de pena e regime inicial para cumprimento, não se vislumbra nenhuma repercussão quanto a observância a tais requisitos. Por consequência, restam inalterados os prazos relativos a prescrição, seja a da pretensão punitiva, seja da pretensão executória, uma vez que a pena fixada continua sendo a resultante da aplicação dos dispositivos dos artigos 59 e 68 do Código Penal, e o regime inicial para cumprimento será o imposto consoante disposto no artigo 33 do mesmo diploma substantivo.

Saliente-se, por oportuno, que a pena definitiva não tem somente o condão de fixar o regime inicial do cumprimento da pena, mas também serve como referência para cômputo do prazo prescricional da pretensão punitiva ou executória, devendo, por tal razão, o juiz adotar o mesmo procedimento existente antes da alteração legal, ou seja, fixar a pena seguindo o critério trifásico preconizado pelo artigo 68 do Código Penal e, só posteriormente à fixação, dedicar-se em um capítulo específico na sentença, sobre eventual detração penal e direito à progressão de regime, uma vez que estas últimas não se referem necessariamente à dosimetria da pena, mas tão-somente a fases relativas a seu cumprimento.

Como decorrência, infere-se que a pena e o regime que deverão constar na carta de guia – seja provisória, seja definitiva, serão aquelas resultantes da aplicação dos dispositivos referidos, após observância ao critério trifásico de fixação, que gerarão a pena e regime, em definitivo, para cumprimento, desprezando-se a operação posterior, que, ao aplicar o § 2º do artigo 387 do Código de Processo Penal, efetua a detração considerando o tempo de prisão provisória, para fins de progressão de regime.

Evidentemente, quando se fala em sentença condenatória está-se referindo, também, ao acórdão resultante de julgamento de recurso interposto contra esta. Ao julgar recurso interposto contra sentença condenatória, o acórdão substitui-se a esta em todos os seus termos. Sendo assim, o acórdão confirmatório da sentença que condena o indivíduo deverá computar o período de prisão provisória, para fins de progressão de regime, quando a sentença já não o tiver realizado.

No caso de sentença absolutória imprópria (aquela em que se reconhece a conduta típica e ilícita mas, em razão de inimizabilidade, impõe ao acusado medida de

segurança, nos termos do artigo 386, parágrafo único, III do Código Penal), deverá o juiz sentenciante (ou a Turma revisora, no caso de recurso contra a sentença e não havendo disposição pelo magistrado neste sentido) proceder ao cômputo para efeito de consideração do prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos para submissão a exame de cessação da periculosidade, na forma do artigo 97, § 1º do Código Penal.

Tais disposições em hipótese alguma implicam subversão às regras de competência, não constituindo invasão na esfera de atribuições do Juízo da Execução, constituindo tão-somente medidas que visem à celeridade na prestação jurisdicional, visando a minimizar os prejuízos decorrentes do transcurso do tempo acima do razoável para o indivíduo.

7. CONCLUSÕES.

De tudo o que se expôs, pode-se concluir sem muita dificuldade que a atividade legislativa, no Brasil, mostra forte tendência ao atendimento de situações inadiáveis, que poderiam ter sido evitadas acaso levado a cabo o princípio da efetividade, presteza e moralidade no administrar da coisa pública. Todavia, diante da premência do tempo e da realidade opressora vivenciada nos presídios país afora, busca-se minimizar o sofrimento do apenado que muitas vezes aguarda por tempo considerável a execução definitiva de sua pena, cumprindo provisoriamente e além do necessário tempo em que poderia já estar gozando dos benefícios conferidos pela Lei.

Apesar das disposições já existentes na época, certo é que uma parcela significativa dos apenados aguardava, por tempo superior ao necessário, a expedição da guia para execução, ainda que provisória, da sentença condenatória, tempo este durante o qual já poderiam estar gozando dos benefícios advindos do cumprimento da pena, previstos na Lei de Execuções Penais.

Nem mesmo a orientação plasmada no enunciado da Súmula 716 do Supremo Tribunal Federal, ou ainda, as determinações emanadas do órgão de controle superior do Judiciário (Conselho Nacional de Justiça) eram suficientes para minimizar os efeitos decorrentes do transcurso de tempo, mais ainda, do lapso entre a prolação e publicação do decreto condenatório, e sua efetivação junto ao Juízo competente para acompanhar a execução da pena, quando existente.

Foi necessário, portanto, recorrer-se à atividade legislativa, na busca de diretivas que pudessem minimizar o tempo de espera, uma vez que mesmo uma solução definitiva para as deficiências vivenciadas dependia, além da vontade daqueles a quem incumbe administrar a coisa pública, também de investimento de tempo e recursos.

Sabia-se, na verdade, que a falha real da demora entre a decisão do juízo da execução penal, nas comarcas onde existisse tal competência, não decorria unicamente da lei que atribuía competência a este, mas justamente em razão da ausência de políticas de execução ou investimento de recursos que pudessem acelerar o trâmite entre sentença (ou acórdão) condenatório, em definitivo.

Surgiu, portanto, por iniciativa do Poder Executivo (a quem inclusive incumbe a efetivação de medidas de segurança pública, que realmente solucionem o problema da demora e do implemento de condições dignas no sistema carcerário) o projeto de lei que posteriormente veio a tornar-se lei alteradora do artigo 387, incluindo neste o § 2º, no qual se determina ao juízo sentenciante o cômputo do tempo de prisão provisória, para fins de fixação de regime de cumprimento de pena.

A celeuma inicial causada pela edição de mais um normativo, editado a partir da premência de situações concretas inadiáveis, foi sendo paulatinamente substituída pela aplicação e interpretação de dispositivos já disponíveis em nosso sistema processual, vindo a resultar em algumas conclusões importantes, seja no que diz com a progressão em si considerada, quando preso provisoriamente o acusado, por aquele fato que se põe em julgamento.

A primeira delas é que, nada obstante as opiniões em contrário, não se vislumbra ofensa a princípios constitucionais erigidos à condição de garantia do indivíduo contra o Estado. A individualização da pena, nada obstante a possibilidade de cômputo do tempo de prisão provisória, pelo juiz sentenciante do feito, permanece incólume, porquanto garantido ao indivíduo a análise concreta das circunstâncias objetivas do fato e subjetivas, para consubstanciação da resposta estatal, com a imposição de pena e regime inicial para cumprimento.

Não houve, também, nenhuma alteração quanto à competência estabelecida para acompanhamento do cumprimento do decreto condenatório, que continua incumbindo ao Juízo das Execuções Penais, onde houver Vara com referida competência. Sendo assim, não se vislumbra também vulneração seja ao Juiz

natural, seja à isonomia, vez que cada indivíduo terá sua pena fixada de acordo com as circunstâncias do caso concreto, e diante do regramento já estabelecido pela lei penal.

Da mesma forma, não houve inovação quanto ao critério de fixação da pena e do regime para respectivo cumprimento. A individualização da pena continua obedecendo ao critério trifásico, preconizado pelo artigo 68 do Código Penal. Cumpridas as etapas previstas legalmente, e atentando-se ao disposto no artigo 33 do mesmo diploma substantivo, ao magistrado sentenciante incumbe a imposição do regime inicial para cumprimento da pena. Ao final, e somente após a fixação da pena definitiva e respectivo regime para cumprimento, é que dedicará o juiz um outro capítulo da sentença, para aferição do requisito – temporal – para concessão da progressão de regime, considerando-se o tempo de prisão provisória, por aquele delito que ora se analisa.

Sendo assim, nos casos em que o preso encontra-se custodiado cautelarmente pelo fato que originou a persecução penal – e somente neste caso, uma vez que inadmissível a criação de situação semelhante a um “crédito” por tempo de prisão – resta despicienda a análise do requisito subjetivo para fins de concessão da progressão de regime. Neste particular, restaram derogadas as disposições relativas a progressão de regime, previstas na Lei de Execuções Penais.

Em razão disso, a percepção que se tem, diante da alteração legislativa, é que o transcurso do tempo não pode ser considerado contrariamente aos interesses do indivíduo que aguarda, com ansiedade, pelo restabelecimento de sua liberdade. Entre a demora na prestação jurisdicional, com a aferição do critério subjetivo (merecimento) e o imediato restabelecimento da situação de liberdade do indivíduo, preferiu a lei olvidar-se do critério subjetivo, para desde logo privilegiar um dos valores erigidos como dignos de proteção constitucional, concedendo-lhe, desde logo, o benefício pelo tempo em que permaneceu preso até ultimar-se a resposta estatal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Geral. São Paulo. Saraiva, 2013.

4. BOSCHI, José Antônio Paganella. Das Penas e seus Critérios de Aplicação. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado. 6ª edição, 2013.
7. DA SILVA, César Dario Mariano. "A Nova Disciplina da Detração Penal". Revista eletrônica do CONAMP, www.conamp.org.br/Lists/artigos.
5. GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Geral. Volume I. Niterói/RJ. Editora Impetus. 2ª edição, 2007.
6. NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 5ª edição, 2013.
2. PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Volume 1. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2ª edição, 2011.
3. PRADO, Luiz Regis e outros. Direito de Execução Penal. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2ª edição, 2011.
8. TEIXEIRA, Rejane Zenir Jungbluth. "Lei 12.736/12 e a Nova Detração Penal. Revista eletrônica do TJDFt, www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2012.