

(11) *Idem*, *ibidem*, p. 21.

(12) Sobre tal proposta de visão da dicotomia oportunidade/obrigatoriedade dentro de um cenário de legalidade, ver: VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e justiça criminal negocial*, op. cit., p. 22-39.

(13) LOPES JR., Aury. *Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista*. In: CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (org). *Diálogos sobre a justiça dialogal*. Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen

Juris, 2002 p. 125; GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014 p. 282-285

Vinicius Gomes de Vasconcellos

Doutorando em Direito pela USP.

Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS.

Pós-graduado pela Universidade Castilla-La Mancha

Lei 12.736/2012: Progressão cautelar de regime e uso incorreto da detração penal

André Luiz Nicolitt e Cipriana Nicolitt

A partir da vigência da Lei 12.736, a prática judicial vem gerando alguns problemas em relação aos condenados que sofreram no processo de conhecimento a constrição da prisão preventiva. Explica-se:

Referida lei inovou o sistema com o instituto denominado progressão cautelar de regime que, para além da sofrível redação e a cultura predominantemente autoritária, suscita duas questões que afetam a efetividade legal e constitucional. (a) A primeira é a não aplicação da lei relegando a análise do tempo de prisão preventiva para o juízo de execução; (b) A segunda, a fixação do regime pelo juiz de conhecimento a partir de uma operação de detração penal, pela qual se permite descontar na pena definitiva o tempo cumprido em prisão ou internação antes da sentença. No que tange à primeira questão apresentada, claramente aviltam-se direitos, atingindo o próprio direito fundamental à liberdade, à presunção de inocência e à legalidade. Na segunda, atribuem-se benefícios a quem não faz jus, nega-se aos que tem direito e vulnera-se o princípio da isonomia.

Isso porque a prática cotidiana vem atribuindo ao art. 387 do CPP um caráter facultativo, nesse sentido:

"TJ RJ – Apelação Criminal 0013109-35 2012.8.19.0203

(...) Quando não realizada a detração para fins de fixação do regime no momento da sentença, embora teoricamente viável nos termos do par. 2.º do art. 387 do CPP, a jurisprudência do TJ RJ tem se orientado no sentido de reservar tal atividade exclusivamente ao Juízo da VEP, sobretudo quando já expedida a CES provisória (Resolução CNJ n. 113/2010), a qual fixa a competência deste Órgão para toda a execução da pena e estabelece a diretriz de unidade de processo e julgamento, resguardando-se, assim, do risco de eventuais decisões contraditórias" (destaque nosso).

Malgrado o posicionamento em tela, não há outra interpretação para o § 2.º art. 387 do CPP, que não como um comando de legalidade. Em outros termos, não se trata de disposição legal "teoricamente viável", mas, sim, uma imposição que obriga o juiz, uma vez que afeta diretamente o direito de liberdade.

Como antídoto à não aplicação da Lei deixando-se de considerar o período de prisão preventiva para fins de fixação de regime, relegando a análise para a execução penal, temos clara a hipótese de impetração de *habeas corpus*. A toda evidência, a manutenção em regime mais perverso reflete sobre o direito de liberdade e não pode ficar relegado ao exame de eventual apelação, não havendo outro recurso para corrigir a ilegalidade por omissão. Neste caso, o *habeas corpus* é a medida cabível para sanar a ilegalidade, adequando a constrição ao regime correto.

Quanto à segunda questão, a aplicação inadequada da lei tem origem no vício interpretativo, decorrente, em boa parte, da má redação do dispositivo. Para tanto, é preciso um ajuste hermenêutico e o reconhecimento de um novo instituto no sistema cautelar, qual seja, a progressão cautelar de regime.⁽¹⁾

Ainda que com redação diminuta, a Lei 12.736/2012 ingressou no ordenamento jurídico trazendo significativa inovação, com mais significativa ainda relevância prática. Com apenas dois artigos, o primeiro absolutamente autônomo e o segundo dando nova redação ao art. 387 do CPP, a referida lei – ainda que de forma confusa e sem técnica – pretendeu dar solução para o grave problema da manutenção de presos em regimes mais gravosos ao que pela lei faz jus.

O diploma legal adveio em um contexto no qual o Ministério da Justiça elaborou um conjunto de medidas para "melhorar" o sistema penitenciário (Programa Nacional de Apoio ao Sistema Prisional), com o propósito de abreviar a soltura de condenados que tenham aguardado o julgamento preso.

Esta contextualização é ponto importante para a sustentação de uma obrigatória interpretação teleológica. A primeira questão já apresentada é a confusão que faz o texto legal entre detração e fixação de regime. Considerar o tempo de prisão provisória no momento da sentença não faz qualquer diferença para o condenado. Na interpretação que propomos, o art. 1.º da Lei não possui qualquer utilidade a não ser gerar confusão. A inovação prática ocorre no art. 2.º, ao introduzir um § 2.º ao art. 387 do CPP, nos seguintes termos: "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".

Como é sabido, as normas que disciplinam a progressão de regime, assim como o regime inicial de cumprimento da pena, têm natureza penal, visto que têm íntima relação com o cumprimento da reprimenda estatal.

Uma interpretação que combine a literalidade do art. 1.º com o § 2.º do art. 387 do CPP, poderia permitir a seguinte conclusão: o juiz, após fixar a pena definitiva, fixaria o regime com base no art. 33 do CPP e, em seguida, abriria um novo capítulo na sentença, procedendo à detração e fixando novamente o regime a partir da pena detraída. Para exemplificar: o acusado teve a pena definitiva em nove anos de reclusão em regime fechado nos termos do art. 33 do CP. Ficou preso preventivamente durante um ano. Em novo capítulo da sentença o juiz diminui o tempo de prisão, chegando à pena detraída de oito anos. A partir daí, fixa o regime que, agora, poderá ser o semiaberto.

Neste exemplo, não estamos falando em progressão de regime, vez que para tanto o acusado condenado a nove anos deveria cumprir 1 (um) ano e 6 (seis) meses, para, após, ingressar no regime semiaberto. No caso ilustrativo, opera-se a detração⁽²⁾ e, a partir da pena encontrada, fixa-se o regime inicial de cumprimento da pena. É o que parece fazer crer a lei ao afirmar que detração deverá ser considerada pelo juiz que proferir a sentença condenatória e 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.

Não obstante, tal raciocínio poderia levar a inúmeras consequências práticas que conduziriam ao contrário do que pretendia a inovação legislativa. Vejamos alguns exemplos.

O réu, reincidente, foi condenado a 6 (seis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão em regime fechado por ser reincidente. Esteve preso preventivamente durante 1 (um) ano e 2 (dois) meses. Assim, em novo capítulo da sentença o juiz procede à detração chegando a pena de 5 (cinco) anos e 2 (dois) meses de reclusão. Como é reincidente, o regime fixado é o fechado, nos termos do art. 33 do CP. Note-se que no mesmo caso, se o juiz proceder à progressão com o cumprimento de 1/6 da pena (um ano e um mês) o acusado já poderia iniciar o regime semiaberto. No entanto, operando-se apenas a detração, com a fixação de regime a partir da pena detraída, o acusado continuaria no regime fechado e só poderia, em tese, progredir, após 1/6 a partir da pena fixada na sentença condenatória que considerou a detração, ou seja, deveria cumprir mais 11 meses de pena – aproximadamente – para fazer jus à progressão. Tal operação, a toda evidência, frustra os anseios legais.

Pensemos agora em dois acusados, A e B, condenados a nove anos de reclusão. “A” ficou preso preventivamente durante 1 (um) ano, enquanto “B” respondeu o processo em liberdade. Dessa forma, feita a detração, a pena de “A” seria de oito anos e já poderia ter fixado o regime semiaberto. No entanto, “B”, condenado a nove anos, teria fixado o regime fechado, não tendo nada a ser detraído, só ingressaria no regime aberto após o cumprimento de 1/6 da pena. Em outros termos, “A” ficou um ano em regime fechado e passou ao semiaberto, enquanto “B”, pelo mesmo crime, só passaria ao regime semiaberto após 1 (um) ano e 6 (seis) meses.

Note-se também que a pena definitiva reflete sobre a prescrição. Adotando-se a ideia de se abrir um novo capítulo para se proceder a detração para se chegar a uma nova pena poderia se imaginar a possibilidade de analisar a prescrição a partir da pena detraída e não da pena definitiva aplicada antes da última operação (detração), o que definitivamente está longe de ser a intenção legislativa.

Dessa forma, não é possível interpretar a lei no sentido de que o juiz procede à detração e fixa o regime a partir da pena resultante da detração.

Com isso, a solução diversa a que se pode chegar é de que a pretensão da lei foi de autorizar o juiz da fase de conhecimento a proceder à primeira progressão de regime do acusado. Isto é, a lei não determina a fixação do regime a partir da detração e sim a progressão de regime por meio da detração do período de prisão provisória cumprida.

Embora em termos práticos esta seja uma conclusão correta, em termos conceituais é preciso certo cuidado. Ao se entender que a nova lei cria a possibilidade de progressão de regime realizada pelo juiz da fase de conhecimento, por simples operação aritmética estar-se-ia adotando uma interpretação, que simplifica o sistema de progressão, que passaria a levar em conta apenas o tempo de pena cumprida, olvidando-se aos aspectos subjetivos. Argumenta-se, ainda, que tal fato esvaziaria a competência do juízo de execução.

Após analisarmos detidamente o texto legal, encontramos algumas pistas sobre a natureza jurídica do comando que emana do art. 2.º da Lei 12.736/2012.

Tanto o Código Penal como a Lei de Execução Penal não foram alterados pela lei, ao contrário, esta alterou o Código de Processo Penal, no capítulo referente à sentença. Destaque-se que tal regra tem inspiração na Súmula 716 do STF que autorizava a progressão de regime

antes do trânsito em julgado, ou seja, durante a prisão cautelar, vez que só existe execução penal após o trânsito em julgado e toda prisão antes deste advento tem natureza cautelar.

É imperioso observar que o § 2.º introduzido no art. 387 do CPP é precedido de uma norma que regula a prisão cautelar mantida ou decretada na sentença penal condenatória, vale transcrever:

“§ 1.º 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”.

Com efeito, a lei em exame inovou o sistema cautelar, exigindo que o juiz, ao proferir a sentença, fundamente o decreto de prisão ou sua manutenção e, em seguida, proceda à adequação da medida cautelar à proporcionalidade concreta da reprimenda.

Nasce, dessa forma, o que chamamos *progressão cautelar de regime*.

Em termos práticos, a lei impõe ao juiz a verificação, no momento da sentença, se o tempo de prisão provisória já lhe dá, a partir de uma análise meramente objetiva, direito à progressão. Caso o período de prisão seja inferior a 1/6 da pena aplicada, nenhum efeito haverá, do contrário, ou seja, tendo o acusado permanecido preso por período superior a 1/6 da pena definitiva imposta na sentença, deverá o juiz promover sua progressão cautelar de regime, isto é, considerará o período de prisão provisória para fixar novo regime de cumprimento da prisão cautelar. Teríamos assim uma progressão cautelar de regime.

Tal operação não pode ser confundida com a progressão de regime da execução penal, pois esta só pode ocorrer no juízo da execução e pressupõe o trânsito em julgado, o início da execução e a análise de requisitos subjetivos, além do tempo de cumprimento da pena nos termos do art. 112 da LEP.

É bem verdade que há julgado sustentando a necessidade de aferição de requisitos subjetivos do art. 59 do CP para proceder a progressão nesta fase. Não obstante, há que se ter cautela com a análise proposta, vejamos:

“TIRJ, Apelação Criminal 0039091-10.201.8.19.0000

Ementa: Habeas corpus – Sentença condenatória – Aplicação da detração – Exame da matéria pela via recursal própria – Expedição da CES provisória – Ausência de constrangimento ilegal – Ordem denegada. A fixação do regime prisional com a nova disciplina instituída pela Lei 12.736/12 não está vinculada apenas ao critério objetivo, devendo ser analisados os elementos subjetivos no caso concreto, na forma do art. 59 do Código Penal, como determina o disposto no art. 33, § 3.º, do diploma repressivo. O paciente foi condenado juntamente com outros 11 réus, pela prática do delito de associação para o tráfico. A pena aplicada ficou acomodada em 5 anos e 6 meses de reclusão, certo que ele possui cinco anotações na FAC e é reincidente, já tendo sido encaminhada a CES provisória para a VEP. Encerrada a jurisdição do juízo de origem com a prolação da sentença e expedição da CES referida, a revisão da matéria deve ser feita pela via recursal própria, sendo da VEP a competência para executar a sentença condenatória.”

Note-se que o julgado afirma que o acusado foi condenado a cinco anos e seis meses. Não fosse ele reincidente, o regime prisional não poderia ser fechado, nos termos do art. 33 do CP. Sendo assim, não pode a reincidência, após cumprimento de fração da pena a título de prisão preventiva, o que assegura ao condenado o regime menos gravoso, ser impedimento vez que tal aspecto já foi considerado pelo legislador para afastar o regime mais brando inicialmente, o que só pode ocorrer progressivamente com o cumprimento de parte da pena.

Porque então o juiz de conhecimento pode efetuar progressão considerando apenas o aspecto objetivo, ou seja, o período de prisão provisória? Primeiro porque é o juízo com competência cautelar; segundo porque o acusado está coberto, ainda, pelo manto da presunção de inocência, de forma que os requisitos para a progressão cautelar são menos rígidos que para a progressão de regime na execução, onde não mais existe o estado de inocência e sim a certeza da culpa.