



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A nova detração na sentença penal condenatória

Juliana Albuquerque Mendes de Moraes

Rio de Janeiro
2015

JULIANA ALBUQUERQUE MENDES DE MORAES

A nova detração na sentença penal condenatória

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Artur Gomes

Guilherme Sandoval

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2015

A NOVA DETRAÇÃO NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Juliana Albuquerque Mendes de Moraes

Graduada pela Universidade Estácio
de Sá do Rio de Janeiro.

Resumo: Com a Lei n. 12.736/12 que acrescentou ao art. 387 do CPP, o parágrafo 2, trazendo um novo '*modus operandi*' de computar o instituto da detração penal na sentença penal condenatória. O presente trabalho visa demonstrar os efeitos trazidos pela Lei n. 12.736/12 à luz de sua aplicabilidade no mundo jurídico penalista, questionando-se o seguinte aspecto tais como o instituto da detração em si, seu confronto com o diverso instituto denominado de progressão de regime e por fim a aplicabilidade pós-advento da Lei n. 12.736/12.

Palavras-Chave: Direito Processual Penal. Sentença Penal Condenatória. Sistema progressivo de cumprimento da pena. Detração. Lei 12.736/12.

Sumário: Introdução. 1. Instituto da Detração, seu estudo antes e após o advento da Lei 12.736/12. 2. Antecipação de progressão de regime versus detração. 3. Aplicabilidade do comando legal do art. 387, § 2º, do CPC, pós Lei 12.736/12. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho irá demonstrar os efeitos trazidos pela Lei n. 12.736/12 à luz de sua aplicabilidade no sistema brasileiro processual penalista, questionando-se o seguinte aspecto se sua introdução trouxe o instituto da detração ou a antecipação de progressão regime a ser aplicado na sentença penal condenatória?

De início cabe destacar que no ano de 2012, mais precisamente em 30 de novembro, a Lei n. 12.736, entrou em vigor e trouxe para o sistema processual penal brasileiro, a aplicação da detração a qual deverá ser considerada pelo juiz ao proferir uma sentença condenatória (art. 1º da Lei n. 12.736/12). Mais, precisamente, trouxe como mudança específica, em seu art. 2º, alteração ao disposto nos parágrafos 1 e 2 do art. 387, do CPP.

Ocorre que, a Lei n. 12.736/12, antecipou a aplicação da “detração” ao momento da sentença penal condenatória, ou seja, hodiernamente, o juiz da Vara Criminal ao proferir sua sentença, deverá observar a detração para efeitos de dosimetria da pena, mais precisamente na terceira fase.

Sendo assim, como toda lei que modifica a aplicabilidade de um instituto, traz consigo diversas questões instigantes sobre o tempo e o *modus operandi*, e uma delas a

saber é se o que a lei trouxe não seria simplesmente a antecipação da progressão de regime, em vista da detração penal ser considerada um princípio e como tal, possui uma aplicabilidade maior, que não se restringe ao regime prisional, abarcando todo um contexto de execução da pena.

Todavia, nota-se que a detração é considerada, pela doutrina, como princípio o que denota um estudo, comparativo dela e os efeitos trazidos pela Lei n. 12.736/12. Estudo comparativo este que irá pontuar que se essa última Lei trouxe a detração para a sentença penal condenatória ou simplesmente a antecipação de progressão de regime, tendo em vista o aspecto bem mais amplo no que concerne ao instituto da detração, logo de abrangência mais ampla que apenas a mera aplicabilidade de regime prisional.

E, com a observância de que o que Lei n. 12.736/12 trouxe foi à antecipação de progressão de regime, será que os magistrados estão observando a presente norma e de que maneira estão aplicando o parágrafo 2 do art. 387, do CPP em suas sentenças, de maneira a efetivar um direito subjetivo do réu ou deixando que o juiz da VEP, ou por muitas vezes, as Câmaras Criminais reformem suas decisões simplesmente por não aplicar tal inovação trazida pela Lei a ser dissecada no presente estudo.

Como exteriorização de um estudo inicial serão pontuados os seguintes aspectos, num primeiro momento irá ser abordado o instituto da detração, seu estudo antes e após o advento da Lei n. 12.736/12. Com isso, tentar-se-á especificar, informar e delinear a origem, o contexto, os fundamentos e o conceito de “detração e de antecipação de progressão de regime”.

Num segundo momento será observado o momento da entrada em vigor da Lei n. 12.736/12, que trouxe a alteração no art. 387 do CPP, mais especificamente no parágrafo 2 desse artigo, abordando-se a diferenciação entre os institutos da progressão de regime e da detração.

Num terceiro momento será observada a aplicabilidade do comando legal do art. 387, § 2º, do CPC, pós Lei 12.736/12 e, a partir disso, quais as consequências trazidas pela sua aplicabilidade ou não ao réu.

Cabe por derradeiro salientar que a metodologia utilizada se resume ao método explicativo, no caso, demonstrando a repercussão trazida pela nova lei ao sistema processual penal brasileiro, mais precisamente em julgados colacionados ao presente trabalho.

1. INSTITUTO DA DETRAÇÃO, SEU ESTUDO ANTES E APÓS O ADVENTO DA LEI N. 12.736/12.

Ao mencionar o instituto da detração, esse deverá ser primeiramente contextualizado, no tempo e no espaço. Quando se estuda a detração, essa vem elencada nos manuais de penal na parte que concerne às penas, uma vez que sua aplicabilidade se dá nessa seara.

A detração penal é estabelecida no artigo 42 do Código Penal¹, tendo o seguinte conceito: a detração é o instituto jurídico mediante o qual se computam, 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 da internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo 41 do Código Penal².

Além de ser tratada no Código Penal, a detração consta ainda na Lei de Execução Penal, mais especificamente no artigo 111³, o qual dispõe que quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou da unificação das penas, observada, quando for o caso, o referido instituto ou a remição.

Para alguns doutrinadores a detração seria até mesmo tida como um princípio, conforme pensamento doutrinário⁴ que obtempera:

Para a aplicação do princípio da detração penal deve existir nexo de causalidade entre a prisão provisória (decorrente de flagrante ou preventiva) e a pena privativa de liberdade. Assim, quando os delitos estejam ligados pela continência ou conexão, reunidos num só processo ou em processos diversos (LEP, art. 111, parte final). Suponha-se que o sujeito esteja sendo processado por dois crimes, homicídio e lesões corporais, encontrando-se preso preventivamente em consequência do delito mais grave. Tendo cumprido quatro meses de prisão preventiva, vem a ser absolvido em relação ao homicídio, e condenado pela lesão corporal a cinco meses de detenção. Os quatro meses de prisão preventiva devem ser computados na pena privativa de liberdade, restando o cumprimento de um mês de detenção. É também admissível a detração quando a pena em relação à qual se pretende seja ela observada advém de crime cometido antes do delito em decorrência do qual o réu ficou preso provisoriamente. Ex.: um sujeito, por crime de homicídio cometido em 1987, fica preso preventivamente durante algum tempo, vindo a

¹ 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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

² Art. 41 - O condenado a quem sobrevém doença mental deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

³ Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

⁴ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal* – parte geral. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 464.

ser absolvido. Ocorre que também estava sendo processado por delito praticado em 1986, vindo a ser condenado. Na pena imposta é possível detrai-se o tempo de prisão provisória.

Logo, nota-se que através da detração se permite descontar, na pena ou na medida de segurança, o tempo de prisão ou de internação que o acusado cumpriu antes da condenação.

Ademais, o artigo 42 do Código Penal⁵, menciona o que poderá ser descontado na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, que no caso serão: prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro; prisão administrativa e internação em casas de saúde.

Ocorre que, em 2012, em 03 de dezembro mais precisamente, entrou em vigor a Lei n. 12.736 que realizou considerável mudança quanto ao momento de aplicação deste instituto no direito processual penal.

Antes da Lei n. 12.736/2012, a detração era realizada apenas no momento da execução da pena, recaindo a competência sobre o juízo das execuções penais, conforme artigo 66, inciso III, alínea “c”⁶ da Lei n. 7.210/84, Lei de Execução Penal (LEP). O modo de operacionalização dava-se da seguinte maneira: após a condenação, a secretaria do juízo da execução penal determinava a expedição de um guia, que continha informações sobre o acusado – tais como pena imposta ou tempo de prisão cautelar – permitindo-se, desse modo, que fosse realizada a detração.

A lei acima mencionada acrescentou ao artigo 387 do Código de Processo Penal, os parágrafos 1 e 2⁷, já que anteriormente, o artigo só possuía um parágrafo único.

A redação atual do artigo 387 do Código de Processo Penal, no seu § 2º é a seguinte: “[...] 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”.

⁵ 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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

⁶ Art. 66. Compete ao Juiz da execução: III - decidir sobre: c) detração e remição da pena.

⁷ Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (Vide Lei nº 11.719, de 2008): § 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. (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012); § 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. (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012).

Dessa forma, observa-se que com o advento da Lei n. 12.736/12, a detração deverá ser considerada pelo juiz que proferir a sentença condenatória, em regra, tendo como consequência a antecipação do momento de reconhecimento da detração para fins de fixação do regime inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade.

Assim, se antes a detração era feita apenas no Juízo da Execução, após a entrada em vigor da referida lei, essa análise deverá ser realizada pelo próprio magistrado do processo de conhecimento, quando for prolatar a sentença condenatória.

Observa-se, ainda, que fora mantido o critério trifásico de fixação da pena, ou seja, a detração somente será realizada pelo juiz sentenciante após a conclusão da dosimetria da pena e antes da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, nesse sentido o estudioso tem-se que⁸: “[...] a redação do novel § 2º⁹ do artigo 387 do Código de Processo Penal, procurou ser explícita quanto à sua finalidade: 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”.

Assim, observa-se que houve uma antecipação na aplicação do instituto da detração, ou seja, após a entrada em vigor da referida lei, a detração deverá ser observada em âmbito do juízo do conhecimento, e não mais juízo da execução como era anteriormente feito.

⁸ Márcio André Lopes Cavalcante pontuou em seu artigo, *Comentário à Lei n. 12.736/12, que antecipa, para a sentença condenatória, o momento adequado para realizar a detração da pena*, <disponível em <http://www.dizerdireito.com.br>>. Acessado em 30.09.15.

⁹ Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (Vide Lei nº 11.719, de 2008): § 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. (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012).

2. ANTECIPAÇÃO DE PROGRESSÃO DE REGIME VERSUS DETRAÇÃO.

De acordo com a seara penalista, o direito penal brasileiro abarcou o sistema progressivo da pena, de acordo com o art. 33, ‘caput’¹⁰, do CP, que pode ser escalonado em: fechado, semiaberto e aberto. Segundo a doutrina penalista tem-se que¹¹:

O sistema progressivo, adotado pela reforma penal de 1984, sofre profundas alterações, em verdadeiro retrocesso, em decorrência das alterações patrocinadas pela Lei n. 10792/2003. Dentre tantas outras modificações, exclui expressamente o parecer da Comissão Técnica de Classificação e o exame criminológico. Para progredir, teoricamente, o condenado deverá cumprir, pelo menos, um sexto da condenação, e “merecer” o “benefício”. Esse merecimento, contudo, será valorado pelo “bom comportamento carcerário” certificado pelo diretor do estabelecimento penitenciário. Não definiu, contudo, o novo diploma legal o que seja esse bom comportamento, lacuna que, certamente, será fonte de profundas divergências.

Como é cediço o regime fechado deverá ser cumprido em estabelecimento de segurança máxima ou média; o semiaberto em colônia agrícola ou similar; e o aberto em Casa de Albergado ou estabelecimento adequado.

Ocorre que, o regime inicial fixado na decisão final condenatória a ser cumprido deve levar em consideração as circunstâncias judiciais (CP, art. 59¹²), o quantum da pena ou a natureza do delito: I) pena superior a 08 (oito) anos deverá cumpri-la em regime fechado (CP, art. 33, parágrafo 2, “a”); II) o condenado não reincidente cuja pena seja superior a 04 (quatro) anos e não exceda a 08 (oito), poderá desde o início cumpri-la em regime semiaberto (CP, art. 33, parágrafo 2, “b”¹³); III) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 04 (quatro) anos, poderá cunpri-la desde o início em regime aberto.

Ademais, a o sistema de progressão de regime dar-se-á após o cumprimento dos requisitos objetivos/temporal e subjetivos. Quanto ao requisito objetivo compreende o cumprimento de determinado quantum da pena: a) 1/6 da pena nos crimes em geral; b)

¹⁰ 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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

¹¹ Cezar Roberto Bitencourt, em sua obra *Tratado de Direito Penal I*, Parte Geral, 11 ed. Atual. São Paulo: Saraiva, página 453.

¹² Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

¹³ 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: b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto.

1/6 nos crimes hediondos e afins cometidos antes de 28/03/2007; c) 2/5 nos crimes hediondos e afins cometidos a partir de 28/03/2007, quando o apenado for primário; e d) 3/5 nos crimes hediondos e afins cometidos a partir de 28/03/2007 quando o apenado for reincidente. E, por último, no que concerne ao requisito subjetivo: compreende o bom comportamento atestado pela direção da unidade prisional.

Desse modo, na progressão evolui-se de um regime mais rigoroso para outro menos rigoroso, e, além do bom comportamento, é indispensável que o condenado tenha cumprido, pelo menos um sexto da pena no regime anterior, nos termos da Lei de Execução Penal (LEP) em seu art. 112¹⁴. E, em se tratando de regime aberto, além do cumprimento de um sexto da pena e do mérito do condenado deve-se observar se o beneficiário preenche os requisitos do art. 114¹⁵ da LEP, ou seja, se o apenado está trabalhando ou se demonstra a possibilidade de vir a fazê-lo, imediatamente, e se apresenta pelos antecedentes e pelo resultado dos exames a que se submeteu, fundados indícios de que se ajustará com autodisciplina e senso de responsabilidade ao novo regime.

Ao comparar o instituto acima descrito com o instituto da detração tem-se que esse se permite descontar, na pena ou na medida de segurança, o tempo de prisão ou de internação que o condenado cumpriu antes da condenação. O art. 42 do CP estabelece expressamente o que pode ser descontado, segundo o qual a detração poderá ocorrer nas hipóteses de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro; prisão administrativa e internação em casas de saúde.

Há entendimento ainda de que deve ser admitida a detração também das penas restritivas de direitos e de que numa interpretação mais liberal da doutrina e da jurisprudência, que a detração por prisão ocorrida em outro processo, o que corresponderia a um não nexos processual, poderá ser computada, desde que por crime

¹⁴ 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 um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003).

¹⁵ Art. 114. Somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que: I - estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente; II - apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime. Parágrafo único. Poderão ser dispensadas do trabalho as pessoas referidas no artigo 117 desta Lei.

cometido anteriormente. A propósito, destaca-se o ensinamento de um grande penalista, que, após expor as correntes doutrinárias sobre o tema, preleciona¹⁶:

Tem-se, porém, admitido ultimamente, tanto na doutrina como na jurisprudência, a detração por prisão ocorrida em outro processo, desde que o crime pelo qual o sentenciado cumpre pena tenha sido praticado anteriormente a seu encarceramento. Essa interpretação é coerente com o que dispõe a Constituição Federal, que prevê a indenização ao condenado por erro judiciário, assim, como àquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença (art. 5º, LXXV), pois não há indenização mais adequada para o tempo de prisão provisória que se julgou indevida pela absolvição do que se ele computado no tempo da pena imposta por outro delito. Evidentemente, deve-se negar à detração a contagem do tempo de recolhimento quando o crime é praticado posteriormente à prisão provisória, não se admitindo que se estabeleça uma espécie de “conta corrente”, de créditos e débitos do criminoso.

Desse modo, observa-se que tanto na jurisprudência como na doutrina, tem-se admitido o instituto da detração por prisão ocorrida em outro processo, com a condicionante de que a pena a ser cumprida disser respeito a crime que tenha sido praticado anteriormente a seu encarceramento. Esse entendimento tem prevalecido no âmbito deste Superior Tribunal¹⁷, como se confere do seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. DETRAÇÃO PENAL. CRIMES COMETIDOS POSTERIORMENTE À PRISÃO CAUTELAR. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. O instituto da detração penal somente é possível em processos relativos a crimes cometidos anteriormente ao período de prisão provisória a ser computado. 2. Outro entendimento conduziria à esdrúxula hipótese “(...) de ‘conta corrente’ em favor do réu, que, absolvido no primeiro processo, ficaria com um ‘crédito’ contra o Estado, a ser usado para a impunidade de posteriores infrações penais.” (*in* Luiz Régis Prado, Curso de Direito Penal Brasileiro, 3ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, vol. 1, pág. 470). 3. Recurso improvido.

Como se pode notar, são institutos de órbitas distintas, pois na progressão ocorrerá a passagem do condenado de um regime mais rigoroso para outro menos rigoroso, e, além do bom comportamento, é indispensável que o condenando tenha cumprido, uma certa fração da pena no regime anterior, já na detração se permite o cômputo, na pena ou na medida de segurança, o tempo de prisão ou de internação que o condenado cumpriu antes da condenação, podendo ser descontado nas hipóteses de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro; prisão administrativa e internação em casas de saúde.

¹⁶ MIRABETE, Júlio. *Código Penal interpretado*. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 371.

¹⁷ Brasil. Sexta Turma. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO. www.stj.jus.br. DJ de 29/8/05. REsp 650.405/RS.

3. APLICABILIDADE DO COMANDO LEGAL DO ART. 387, § 2º, DO CPC, PÓS LEI N. 12.736/12.

Ao deparar-se com o parágrafo 2 acrescentado ao Código de Processo Penal, tem-se a seguinte situação: “[...] 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”, o que ordena o cômputo de tais prisões ao abatimento de pena cumprida pelo réu.

Sendo assim, ao analisar-se a aplicabilidade do dispositivo acima descrito, tem-se que esse não revogou o art. 110¹⁸ da Lei de Execução Penal que reza que “O juiz, na sentença, estabelecerá o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade, observado o disposto no artigo 33 e seus parágrafos do Código Penal¹⁹”, sendo o § 2º²⁰ do art. 387 do CPP a ser interpretado como exigência de um novo capítulo da sentença condenatória, a ser pontuado posteriormente à fase da dosimetria da pena.

Nesse sentido, já se manifestou a jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais²¹:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. DISPAROS DE ARMA DE FOGO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. LEGÍTIMA DEFESA. IMPOSSIBILIDADE. DETRAÇÃO. TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. 01. Havendo comprovação da materialidade e da autoria do crime de disparo de arma de fogo, previsto na Lei n. 10.826/2003, não há como acolher a pretensão defensiva de

¹⁸ Art. 110. O Juiz, na sentença, estabelecerá o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade, observado o disposto no artigo 33 e seus parágrafos do Código Penal.

¹⁹ 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. § 1º - Considera-se: a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado. § 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 a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. § 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste código.

²⁰ Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (Vide Lei nº 11.719, de 2008): § 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. (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012).

²¹ Brasil. 3ª Câmara Criminal. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Desembargadora Relatora Maria Luíza de Marilac. www.tjmg.jus.br. 22.10.2013. Apelação Criminal n. 1.0236.09.018886-3/001.

absolvição do agente por insuficiência de provas. 02. A legítima defesa é uma exceção e incumbe a quem a alega comprová-la em todos os seus elementos, sob pena de não ser admitida. 3. O § 2º do artigo 387, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei 12.736/12, é claro ao estabelecer que o tempo de prisão provisória será computado para fins de determinação do regime prisional, sendo descabida a pretensão de consideração deste tempo para redução do quantum de pena, pois a detração deverá ser feita pela juízo da execução, nos termos do artigo 66, inc. III, "c", da LEP.

Assim, o que se observa no julgado acima colacionado é que o § 2º do artigo 387, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei 12.736/12, estabelece que o tempo de prisão provisória seja computado para fins de determinação do regime prisional, sendo incabível a pretensão de consideração deste tempo para redução do quantum de pena. Dessa forma, a detração deverá ser realizada pelo juízo da execução.

Nesse sentido, o julgamento da apelação criminal n.º 1.0024.12.295597-4/001, proferido pelo Tribunal de Justiça Mineiro, o qual invocou o princípio da segurança jurídica e citou os ensinamentos de uma grande doutrinador²²:

Explica-se: se a regra, doravante, é que a detração seja feita na própria sentença condenatória (CPP, art. 387, § 2º), não se pode olvidar que, em certas situações, é praticamente inviável exigir-se do juiz sentenciante tamanho grau de aprofundamento em relação à situação prisional do condenado. Basta supor hipótese de acusado que tenha contra si diversas prisões cautelares decretadas por juízes diversos, além de inúmeras execuções penais resultantes de sentenças condenatórias com trânsito em julgado. Nesse caso, até mesmo como forma de não se transformar o juiz do processo de conhecimento em verdadeiro juízo da execução, o que poderia vir de encontro ao princípio da celeridade e à própria garantia da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), haja vista a evidente demora que a análise da detração causaria para a prolação da sentença condenatória na audiência uma de instrução e julgamento, é possível que o juiz sentenciante se abstenha de fazer a detração naquele momento, o que, evidentemente, não causará maiores prejuízos ao acusado, já que tal benefício será, posteriormente, analisado pelo juízo da execução. Para tanto, deverá o juiz do processo de conhecimento apontar, fundamentadamente, os motivos que inviabilizam a realização da detração na sentença condenatória.

Desse modo, o que deverá ser observado pelo juiz será a dedicação, quando da feitura da sentença, um capítulo próprio para a dosimetria da pena no qual fixará o regime inicial de cumprimento com base na pena final aplicada na sentença, não considerando, nesse momento, a nova detração penal advinda da Lei 12.736/2012. Em consequência, para delimitar de maneira esmerada a pontuação do instituto da detração e da progressão, o magistrado, em novo capítulo da sentença, reconhecerá ou não o direito a este último instituto, caso o condenado tenha tempo de prisão processual suficiente para sua aplicabilidade.

²² LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 1525/1527.

Sendo assim, a pena definitiva e o verdadeiro regime inicial de cumprimento da pena, inclusive o que será indicado na carta de guia a ser enviada à Vara de Execução Penal, são aqueles determinados pelo art. 110²³ da LEP, ou seja, os encontrados no capítulo da pena definitiva (e não naquela detraída da prisão preventiva já cumprida).

É de bastante importância o apontamento acima realizado, pois a pena definitiva não tem somente a função de fixação do regime inicial do cumprimento da pena, mas é também referência para o cômputo do prazo prescricional da pretensão punitiva ou executória, unificação de penas, indultos e comutações, benefícios para trabalho externo e saídas temporárias.

Outro ponto sobre a aplicabilidade do parágrafo 2²⁴ do art. 387 do CPP é o qual somente se dará a detração penal, pelo juiz do processo de conhecimento, para fins de progressão de regime de pena, pois nas hipóteses em que a detração não é hábil a modificar o regime, não haverá cômputo inferior de pena a ser realizado, sob pena de o juízo de conhecimento invadir a competência do juízo da execução, pois o art. 66, III, "c"²⁵, da LEP, que não restou alterado pela Lei n. 12.736/12 nesse particular. Posto se invadir a seara do juízo da Vara de Execução Penal, estará atuando fora de sua competência, incidindo em nulidade de sua decisão, conforme art. 564, inciso I, do Código de Processo Penal²⁶.

O derradeiro e último ponto a ser aventado sobre a nova detração dar-se-ia na atenção a ser dada à incidência da nova lei, não se podem criar situações benéficas indevidas que possam culminar em excessivo volume de revisão de execuções em curso, tornando ainda mais crítica à execução penal, um exemplo refere-se à consideração de que nem toda prisão provisória pode ser usada para fins de detração, sob pena de se criar uma "conta corrente de pena" em favor do criminoso, o que lhe permitiria praticar crimes futuros sem receber qualquer reprimenda. Pois é sabido que as penas admitem a detração quando diversos os fatos, desde que os delitos tenham sido

²³ Art. 110. O Juiz, na sentença, estabelecerá o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade, observado o disposto no artigo 33 e seus parágrafos do Código Penal.

²⁴ Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (Vide Lei nº 11.719, de 2008): § 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. (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012).

²⁵ Art. 66. Compete ao Juiz da execução: III - decidir sobre: c) detração e remição da pena.

²⁶ Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: I - por incompetência, suspeição ou suborno do juiz.

perpetrados em data anterior à prisão indevida. Esse cálculo somente pode ser realizado pelo juiz da execução – conforme o disposto no art. 112²⁷ da Lei de Execução Penal.

CONCLUSÃO

Conclui-se que a inovação mais importante observada na alteração do art. 387, mais especificamente em seu parágrafo 2, trazida pela Lei n. 12.736/2012, é de que há uma ampliação do alcance da jurisdição do juiz do processo de conhecimento, que passa a estar dotado do poder-dever de realizar a detração penal já na sentença.

Ocorre que, o problema que poderá ser antevisto é o de que na aplicação da lei nova, que trouxe alteração no § 2º do artigo 387 do CPP, foi a de que se determina o tempo de prisão processual que deva ser considerado na determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, promovendo-se assim uma indevida confusão entre institutos penais distintos, quais sejam: a detração e o regime de cumprimento da pena.

Cabe destacar que, conforme determina o artigo 110 da LEP, o juiz sentenciante, após determinar a pena final aplicada ao réu, deverá estabelecer, com base neste *quantum* de pena, o regime inicial de cumprimento segundo os parâmetros previsto no artigo 33 do Código Penal; todavia, quando da feitura da sentença, o juiz deverá dedicar um capítulo próprio para a dosimetria da pena no qual fixará o regime inicial de cumprimento com base na pena final aplicada na sentença, não considerando, nesse momento, a nova detração penal advinda da Lei 12.736/2012.

Dessa forma, a partir da vigência da lei nova, o juiz da sentença estará obrigado a dedicar um capítulo do julgado a reconhecer o direito do réu à progressão de regime, caso tenha ele tempo de prisão processual suficiente para tanto, fazendo neste capítulo específico da sentença a detração da prisão processual já cumprida.

E, com esse procedimento acima observado, tem-se resguardada a separação entre as atividades judiciais dos dois juízos, o do juiz de conhecimento da vara criminal e do juiz da vara de execuções penais, que já eram praticadas antes da lei, ou seja, reconhecer primeiramente a progressão de regime a que o réu possa

²⁷ 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 um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003).

eventualmente ter direito dentro de um pronunciamento específico contido na sentença e pontuando ainda um capítulo novo da detração, pontuando por derradeiro o regime inicial de cumprimento determinado *in totum* na sentença.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. *As três escolas penais*. São Paulo: Freitas Bastos, 1955.

AVENA, Noberto. *Processo penal esquematizado*. São Paulo: Método, 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JR., Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal – parte geral*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1999.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

_____; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. v.1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Tratado de direito penal*. v.1. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____; PRADO, Luiz Regis. *Código de processo penal adotado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BOBBIO, Noberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB, 1982.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. La ley del más débil. Madri: Trotta, 2001.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal – parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1994.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

MIRABETE, Júlio. *Código Penal interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.