

**A fixação do regime inicial da pena e o art. 387, § 2º do Código de Processo Penal.**

Moacir Rogério Tortato

**Sumário.**

**1. Introdução. 2. Da progressão de regime já na sentença. 3. Da detração e fixação do regime inicial pelo saldo pena. 4. Do problema carcerário. 5. Do conflito entre § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal os artigos 33, § 2º do Código Penal e 112 da LEP. 6. Princípio da individualização da pena e ressocialização. 7. Do princípio da proporcionalidade e igualdade. 8 Conclusão.**

**Introdução.**

A lei 12.736/12 incluiu o § 2º ao art. 387 do Código de Processo Penal, que determina ao juiz sentenciante, em caso de condenação, o abatimento de qualquer período de tempo de constrição corporal de qualquer espécie a que for submetido o sentenciado no curso da instrução, para, após, promover a fixação do regime inicial da pena.

Assim reza o dispositivo:

Art, 387...

§ 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.

Não há dúvidas de que se trata de dispositivo polêmico e que de plano deu causa a infindáveis discussões.

Talvez o mais importante questionamento acerca de tal dispositivo seja com relação à real intenção do legislador. De um lado se sustenta que tal norma visa somente determinar que o magistrado, já na sentença condenatória, promova a progressão de regime se o tempo de prisão provisória for suficiente. De outro lado sustenta-se que o juiz da sentença deve, após a

fixação da pena definitiva, detrair o tempo de constrição cautelar e, com base no saldo da pena, fixar o regime inicial de cumprimento, nos termos do art. 33 do Código Penal.

### **Da progressão de regime já na sentença.**

De plano, apesar de toda a discussão e embate sobre a matéria ainda existente nos tribunais, já podemos descartar a primeira hipótese. À toda evidência, a intenção do legislador não foi a de determinar ao juiz sentenciante a realização da progressão do regime. Definitivamente o dispositivo não trata de progressão da pena nos moldes da lei de execuções penais.

Em primeiro lugar, a norma em questão não fala em progressão de regime, ou seja, em migração de um regime inicial para outro intermediário ou final. Ao contrário, a lei menciona que deve o juiz primeiro detrair ou subtrair da reprimenda aplicada o período de constrição cautelar para somente então promover a "*determinação do regime inicial*". É importante observarmos a redação da lei quando menciona ali o termo "*regime inicial*" e lembrando que nela não há termos inúteis ou palavras vazias, resta absolutamente evidente que tal fixação será a do primeiro regime daquela reprimenda, e não de um regime posterior a uma possível progressão.

Em segundo lugar é corolário da execução penal uma progressão de regime não apenas temporal, mas também meritória. Então, para uma progressão de regime não basta ao juiz aferir o decurso da fração inerente de pena, seja 1/6 ou outra, necessitando haver a verificação subjetiva do reeducando, ou seja, se cometeu alguma falta que impeça a progressão, seu comportamento carcerário, enfim, seus méritos, conforme art. 112 da LEP, elementos estes que invariavelmente não estão a disposição do juiz sentenciante.

Ademais, o § 1º do art. 112 da LEP determina que além de motivada, a decisão quanto à progressão de regime deverá ser sempre precedida de manifestação das partes, sendo inviável para estas tratar de progressão de regime antes da sentença, quando sequer tem certeza

de qual seria o resultado da demanda e sequer podem supor, mesmo esperando uma condenação como resultado viável, qual seria o montante da reprimenda e até mesmo o regime a ser aplicado, para poder promover a manifestação.

Então, entender que o juiz sentenciante deve, de plano, promover às cegas e à revelia das partes a progressão de regime, é negar vigência aos consagrados dispositivos da LEP em questão.

Ainda, lembremo-nos de que vige atualmente a regra pela qual, após a condenação, havendo trânsito em julgado para o Ministério Público, há a imediata expedição de executivo de pena provisório ao juízo da execução e este se encarregará de promover a progressão do regime tão logo receba o feito e venha a aferir os méritos e avaliações do condenado, não se justificando uma decisão afoita e possivelmente sem bases sólidas quanto à progressão de regime, por parte de outro juízo estranho à execução.

#### **Da detração e fixação do regime inicial pelo saldo pena.**

Então resta-nos como alternativa viável de interpretação do dispositivo em estudo, concluir que realmente o legislador estabeleceu que o juiz, após a fixação da pena, deve descontar o período de constrição temporária e somente então fixar o regime inicial da pena pelo saldo remanescente.

Por exemplo, em um crime qualquer, suponhamos que o acusado, após responder ao processo segregado preventivamente pelo período de noventa dias, seja condenado a uma pena de 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão. A teor do art. 33, § 2º, "a" do Código Penal, o juiz deveria considerar a pena total e fixar o regime fechado. Entretanto o novo dispositivo manda primeiro abater o período de segregação cautelar e então fixar o regime pelo saldo, ou seja, no caso do nosso exemplo, deve ser abatido os noventa dias da prisão cautelar, o que nos remete ao saldo de 7 (sete) anos e 11 (onze) meses de reclusão, situação em que o regime "inicial" de cumprimento da pena, em tese,

deveria ser o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b" do Código Penal.

Parece não haver dúvidas de que foi esta exatamente a vontade do legislador, entretanto tal alteração traz questionamentos diversos e demanda profunda análise e debates, não só de ordem jurídico constitucional, como também de ordem funcional administrativa.

### **Do problema carcerário -**

É certo que tratamos hoje com um sério problema de superpopulação carcerária no Brasil. É certo também que o poder público deve implementar ações para equalizar o número de vagas disponíveis no sistema carcerário com o número de vagas demandadas.

E há duas formas de se fazer isso, ou se aumenta o número de vagas, construindo presídios, colônias e outros estabelecimentos prisionais, o que é uma providência cara e de médio a longo prazo, ou se diminui a demanda por tais vagas, sendo esta uma providência de longo prazo e que implica em implementação de programas sociais também dispendiosos, de inclusão social, seja por meio do trabalho, esportes, arte, ensino de qualidade etc... visando retirar o jovem da marginalidade.

Para se ter uma idéia, por falta de investimentos no setor, hoje o regime carcerário semiaberto só existe no papel em grande parte do país. Na prática o regime semiaberto realmente aplicado é o aberto. É incrivelmente todos se acostumaram com isso e não há sequer discussões relevantes para regularizar a situação.

Pois bem, agora nosso poder público nos brinda com mais uma solução questionável para o problema da equalização das vagas no sistema prisional. Uma solução barata e de curtíssimo prazo, que é, simplesmente, não punir e não tentar recuperar. Soltar o quanto antes o condenado, sem passar por uma mínima fase de transição ou evolução da pena em busca de recuperação, ou mesmo punição, liberando com a máxima urgência sua vaga no sistema carcerário.

Tornemos aos exemplos para elucidar a questão.

Voltando ao exemplo antes mencionado, um criminoso que antes da implementação legislativa em questão, fosse condenado a uma pena de oito anos e dois meses de reclusão e ficasse preso preventivamente por três meses, evidentemente teria o tempo de prisão temporária detraído de sua pena, mas só poderia seguir ao regime semiaberto após um ano, quatro meses e dez dias de pena efetivamente cumprida no regime fechado, ou seja, 1/6 da pena total e desde que subjetivamente merecesse progredir.

Agora, na mesma situação, tendo ficado os mesmos três meses em prisão cautelar, tal fato já seria suficiente para colocá-lo no regime semiaberto, pois que, detraído tal período, sua pena remanescente seria inferior a oito anos e isso importaria a fixação do regime intermediário, lembrando que, por inoperância do executivo e complacência e conformismo de todos, no Brasil tal regime equivale ao aberto. Destarte, no exemplo dado, o sentenciado permaneceria apenas 1/30 (aproximadamente) do total da pena no cárcere efetivamente, para já ganhar o regime semiaberto (ou devemos dizer, aberto). E isto acontece também com crimes hediondos, cuja lei prevê uma fração ainda maior de efetivo cumprimento em um regime para somente então progredir, mas que encontrou no dispositivo em questão uma forma de burla.

E o problema dessa situação é que culturalmente já nos acostumamos com a pecha de termos penas brandas e sem querer fazer um juízo de valor acerca de tal afirmativa, a verdade é que para um juiz chegar a uma pena de patamar superior a oito anos de reclusão que demandasse um regime inicial mais severo, não há dúvidas de que o crime haveria de ser extremamente grave.

Veja-se que não nos referimos aqui a crimes graves como um roubo a mão armada com vítimas agredidas e feridas com relativa severidade, ou um estupro simples. Um agente que pratica um crime dessa natureza hoje, em regra acaba sendo apenado com reprimenda

inferior a oito anos e já é colocado inicialmente no regime semiaberto.

Estamos falando de crimes ainda mais graves, crimes de morte, crimes de sangue, crimes hediondos e que estariam, em matéria de grau de severidade, bastante acima dos roubos armados, das extorsões e de estupros simples. Enfim, em nosso sistema penal, uma pena superior a oito anos tem sido algo excepcional reservada a condutas extremamente graves e de grande reprovabilidade social.

E o dispositivo legal em estudo tem proporcionado que mesmo os perpetradores de tais crimes de extrema gravidade, quando um curto período de prisão cautelar seja suficiente para deixar seu saldo de pena abaixo dos oito anos de reclusão, já sejam imediatamente postos no regime semiaberto, o qual, não é demais lembrar, na prática é o aberto.

E isso nos leva a reflexões quanto a responsabilidade do Estado por seu sistema prisional em recuperar e punir tais indivíduos, ou seja, esse modelo proposto realmente recupera o cidadão que, após cometer crimes graves e experimentar poucos dias atrás das grades já volta ao seio da sociedade? Mesmo o cidadão que delinuiu não tem direito a, ao menos, uma tentativa do Estado em recuperá-lo? E mais, a sociedade está pronta para receber de volta elementos perigosos em tão curto prazo? A omissão do Estado está fomentando a violência?

Ao que parece todos estes questionamentos geram inquietudes inclusive quanto à constitucionalidade do dispositivo.

**Do conflito entre § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal os artigos 33, § 2º do Código Penal e 112 da LEP.**

De plano podemos observar que a regra do § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal conflita com dois dispositivos consagrados de nosso sistema penal.

O primeiro deles é justamente o art. 33, § 2º e suas alíneas do Código Penal, as quais estabelecem a

fixação do regime inicial de cumprimento de pena com base na pena total efetivamente aplicada.

O segundo é o art. 112 da LEP que estabelece que *"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..."*

Então, pelo art. 33, § 2º e alíneas, o regime é aplicado com base na pena integral e o art. 112 da LEP exige o cumprimento de pelo menos 1/6 da pena em tal regime para se falar em progressão e, ainda, desde que haja mérito.

Se falarmos em crime hediondo, à evidência, tal fração será elevada para 2/5 se primário o condenado.

Já com a aplicação do nosso dispositivo em estudo, o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, o juiz não mais fixa o regime inicial pela pena total, mas sim por uma pena parcial, o saldo, simplesmente desprezando, como se não integrasse a pena, aquela parte já cumprida a título prisão cautelar, negando vigência ao art. 33, § 2º do Código Penal.

Ainda, deixa de importar qual fração da pena cumpriu o sentenciado em sede cautelar, para remetê-lo ao regime mais brando, negando vigência ao art. 112 da LEP.

Na prática, pode-se chegar a frações das mais variadas de tempo de prisão cautelar fechado, a possibilitar a fixação de regime diverso. Por exemplo, num caso extremo, hipotético evidentemente, um cidadão que tenha ficado preso por quinze dias e que, em decorrência da extrema celeridade imprimida pelo juiz, venha a ser em tal exíguo prazo condenado a uma pena de oito anos e quinze dias de reclusão, em tese já deveria ganhar o regime semiaberto. Nem é preciso ponderar que de um universo de oito anos e quinze dias de pena, os quinze dias de prisão cautelar efetivamente cumpridas no cárcere representariam uma fração absolutamente insignificante do total da pena, não chegando nem perto do 1/6 exigido pela LEP, que dirá dos 2/5 exigidos em caso de crime hediondo.

Mas por que confrontar leis anteriores com uma lei posterior, se nosso sistema de sucessão de leis é suficientemente claro ao estabelecer que a lei posterior revoga a lei anterior e mais, em caso de leis penais punitivas, deve vigorar a mais benéfica ao imputado.

Então o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, posterior e benéfica, teria revogado, ou ao menos derogado nas situações em que ocorrer conflito, os dispositivos do art. 33, § 2º do Código Penal e art. 112 da LEP?

É justamente este o ponto nodal da questão. A resposta a tal interrogação passa pela análise da constitucionalidade do dispositivo.

**Princípio da individualização da pena e ressocialização -**

A primeira lembrança que nos vem à mente, ao retornarmos tão prematuramente indivíduos condenados pela prática de crimes graves ao convívio social, sem que passem por um mínimo período de evolução ou reeducação carcerária, ou ao menos experimentem uma punição razoável, justa e proporcional, é o teor do julgamento do HC 82959, que reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo legal que determinava o cumprimento da pena de crimes hediondos no regime integralmente fechado, conforme determinava o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Assim consta do início do ementário de tal julgado:

*PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER.*

*A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.*

Restou evidente que naquele julgado, a Corte Maior entendeu que a passagem do reeducando pelos diversos regimes prisionais de forma escalonada e gradual, de um regime mais severo que gradativa e meritoriamente



migra para o mais brando faz parte de um sistema que, permitam-me parafrasear, *tem como razão maior a ressocialização do preso.*

Em continuidade, na mesma ementa, e complementando o julgamento, o Supremo decidiu que, a norma que nisso interferia - no caso a proibição de progressão nos crimes hediondos - conflitaria com a garantia de individualização da pena.

Ora, não é preciso raciocinar demais para se observar que o dispositivo ora em estudo, ao impor ao juiz simples cálculos aritméticos para pular etapas de progressão de regimes, os quais tem como "razão maior a ressocialização", também estaria a ferir o princípio da individualização da pena - além, é claro, do princípio da ressocialização.

Então parece evidente que não se trata de uma simples sucessão de leis no tempo, mas sim da constatação de que, estando o art. 33, § 2º do Código Penal, assim como o art. 112 da LEP em consonância com os princípios constitucionais da ressocialização e individualização da pena, e destoando de tais princípios o novel § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, este não revogou aqueles, sendo inconstitucional.

### **Do princípio da proporcionalidade e igualdade -**

Dentre nossos princípios constitucionais trazidos para a execução estão os princípios da proporcionalidade - da pena - e também da igualdade.

O primeiro, em suma, estabelece que o preso deve ser classificado para se poder chegar à uma correspondência com o modo de executar sua pena. Já o segundo impede que haja distinções raciais, sociais ou políticas, lembrando que o tratamento igualitário deve ser dado aos iguais e, somente se concebe tratamento desigual, quando a finalidade for justamente diminuir a desigualdade prévia existente.

Pois bem, o dispositivo do art. 387, § 2º impõe forte desigualdade de tratamento entre réus em situações similares e, pior, inverte a máxima de tal princípio

que impõe tratamento desigual aos desiguais na medida de suas desigualdades, levando, em última análise, a um tratamento mais duro a quem mereceria tratamento mais brando e também não considera qualquer classificação de preso para dispensar a correspondente execução.

E tal observação pode ser feita a partir de exemplos práticos para melhor análise da questão.

Vamos a dois exemplos hipotéticos.

Dois cidadãos cometem crimes autônomos. Não há co-autoria somente similaridade entre os crimes.

Em um determinado processo o criminoso foi flagrado logo após cometer o crime e aguarda preso o julgamento. Já no outro, o criminoso praticou fato idêntico, mas conseguiu se evadir e, por constituir advogado seu processo seguiu sem sua presença.

Vamos usar como base os mesmos números dos exemplos já dados anteriormente. Um dos réus preso e o outro solto, acabam, face a similaridade dos crimes, sendo condenados a penas iguais, oito anos e dois meses de reclusão. Os processos de ambos duraram três meses. O que aguardou preso os três meses, terá a cumprir somente sete anos e onze meses de pena e, com a nova regra, deveria ser posto no regime semiaberto já na sentença, ou seja, o cárcere para ele durou três meses e não importará seu mérito, ou seja, não deverão ser consideradas suas faltas, indisciplinas, tentativas de fuga, ou qualquer outro elemento subjetivo. Ao contrário, o que ficou foragido, ao ser capturado, terá a cumprir a integralidade da pena, ou seja, oito anos e dois meses de reclusão e precisará efetivamente cumprir 1 ano, 4 meses e 10 dias no regime fechado para poder progredir, desde que subjetivamente faça jus ao benefício.

O segundo exemplo que temos é ainda mais emblemático.

Suponhamos que o segundo indivíduo, o que ficou em liberdade aguardando o julgamento, não tenha assim permanecido em função da fuga, mas sim porque foi agraciado pela revogação da prisão preventiva.

Imaginemos que tenha ele se apresentado ao juízo e este tenha observado que o mesmo, em liberdade, não representaria uma ameaça à ordem pública, à instrução ou à aplicação da lei penal, ao contrário do outro réu, que tentou fuga, tem histórico de violência e se revela de comportamento pernicioso e incompatível com a liberdade no curso do processo.

Ao final da instrução, ambos acabam sendo condenados a penas similares, conforme exemplo já dado acima.

Então, neste caso, o detento que não fez jus à revogação da prisão em função de suas características pessoais, por ser mais perigoso, tendo ficado três meses preso, ganharia as ruas já na sentença, ao ser colocado no regime semiaberto.

O outro condenado, com mais méritos, que na visão do juiz ofertava menos riscos à sociedade, que se revelou arrependido ao se apresentar em juízo e por isso respondeu ao processo em liberdade, este sim, após a sentença cumprirá a pena no regime fechado e deverá cumprir a fração legal para progredir, mediante mérito carcerário.

No caso, o dispositivo funcionou como verdadeiro prêmio ao condenado mais perigoso, abrandando a punição e a ressocialização do indivíduo que mais precisa dela, e, por outro lado, mantendo o tratamento mais duro com relação ao condenado com melhores predicados.

Sem dúvidas uma completa inversão do princípio da igualdade e proporcionalidade.

### **Conclusão -**

Então podemos concluir que o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal agride princípios básicos da Constituição Federal e não se alinha aos princípios norteadores da LEP, razão pela qual sua inconstitucionalidade afigura-se evidente, não tendo revogado ou derogado o art. 33, § 2º e suas alíneas do Código Penal, assim como também não revogou o art. 112 da LEP.