Nagashi Furukawa: Cômputo de tempo em provisória tem gerado controvérsia

O artigo 387 do Código de Processo Penal sofreu alteração com a Lei 12.736, de 30 de novembro de 2012, que criou o parágrafo segundo, com a seguinte redação:

"§ 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".

A aplicação deste dispositivo legal tem suscitado intensa controvérsia, como se pode conferir em breve consulta à jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo.

A Egrégia 4ª Câmara de Direito Criminal, por exemplo, deferiu o regime menos rigoroso a um sentenciado com o seguinte argumento:

"tendo em vista o teor do § 2º do art. 387 do CPP, com a nova redação que lhe deu a Lei nº 12.736/2012, considerando, ainda, que o embargante ficou preso por este processo por 3 meses e 17 dias — de 6 de março a 22 de junho de 2011 — a imposição do regime prisional inicialmente fechado não era mesmo razoável".[1]

No mesmo sentido decidiu a 10ª Câmara de Direito Criminal do mesmo Tribunal:

"Todavia, a esta altura, verifico que o apelante já cumpriu mais de metade de sua pena; daí porque, em obediência ao art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, fixo-lhe, a partir desta data, o regime semiaberto".[2]

A 16ª Câmara de Direito Criminal, porém, entendeu que:

"No que diz respeito à pretendida aplicação da Lei nº 12.736, tal pleito não pode ser atendido, pois a colenda Turma julgadora não possui elementos para fazê-lo, eis que não há informações a respeito do cumprimento da pena".[3]

No mesmo sentido existem julgados da 4ª Câmara de Direito Criminal[4] e de várias outras Câmaras Criminais. A orientação predominante na corte paulista parece estar na linha de que "não há como considerar o tempo preso, em aplicação da regra da detração, para fins de obter uma progressão de regime sem a aferição da completude de seus requisitos, nos planos objetivo e subjetivo, ex vi a previsão do artigo 112 da Lei de Execuções Penais".[5]

A Colenda 12ª Câmara de Direito Criminal do mesmo Tribunal de Justiça, teve entendimento diferente:

"HABEAS CORPUS – Roubo simples – Alega Constrangimento ilegal diante da negativa do juízo monocrático, por ocasião da prolação da sentença de mérito, em aplicar a detração, nos termos do artigo 387, § 2º do CPP, com redação dada pela Lei 12.736/2012, a despeito da possibilidade – Admissibilidade – Paciente condenado à pena de 04 anos de reclusão, em regime inicial fechado, teve

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

vedada a aplicação da detração, ante a ausência de elementos para a verificação do requisito subjetivo para eventual progressão – Desnecessidade – O paciente já cumpriu mais de 1/6 da pena reclusiva no regime fechado, fazendo jus à detração, nos moldes do artigo 387, º 2º do CPP. Eventual incidente gerado durante o cumprimento da pena privativa da liberdade poderá acarretar sua regressão cautelar, nos termos do art. 118, da LEP. Ordem concedida".[6]

A alteração legislativa sob análise nasceu da iniciativa do ministro da Justiça, José Eduardo Martins Cardozo, que enviou o anteprojeto de lei à Presidência da República em 29 de agosto de 2011, com a seguinte exposição de motivos:

> "(2) Na atualidade, o sistema de justiça criminal é composto de aproximadamente 40% de presos provisórios. Essa realidade ocasiona problemas ao sistema de justiça, em especial no que tange ao cumprimento da pena imposta por aqueles que durante o processo permaneceram presos. (3) Comumente ocorre que após a sentença condenatória ter sido proferida, tenha o réu que aguardar a decisão do juiz da execução penal, permanecendo nesta espera alguns meses em regime mais gravoso ao que pela lei faz jus, em razão de não existir previsão expressa no Código de Processo Penal conferindo ao juiz do processo de conhecimento a possibilidade de, no momento da sentença, realizar o desconto da pena já cumprida. (4) Tal situação, ademais de gerar sofrimento desnecessário e injusto à pessoa presa, visto que impõe cumprimento de pena além do judicialmente estabelecido, termina por aumentar o gasto público nas unidades prisionais com o encarceramento desnecessário. Ademais, atualmente, essa realidade acaba por gerar uma grande quantidade de recursos aos tribunais superiores com a finalidade de se detrair da pena aplicada ao réu o período em que esteve preso provisoriamente. (5) Atualmente, o Código Penal em seu art. 42, expressamente prevê que será computada na pena privativa de liberdade o tempo de prisão provisória, administrativa e o de internação no Brasil e no estrangeiro sendo necessário que tal previsão, também conste no Código de Processo Penal. (6) O que se almeja no presente projeto, portanto, é que o abatimento da pena cumprida provisoriamente possa ser aplicada, também, pelo juiz do processo de conhecimento que exarar a sentença condenatória conferindo maior celeridade e racionalidade ao sistema de justiça criminal, evitando a permanência da pessoa presa em regime que já não mais corresponde à sua situação jurídica concreta".

Embora a finalidade do projeto tenha sido colocada de forma clara, ou seja, de que o "abatimento da pena cumprida provisoriamente possa ser aplicada, também, pelo juiz do processo de conhecimento", a verdade é que a Lei foi redigida de uma forma que tem gerado interpretações divergentes e mesmo negativa de sua aplicação.

O eminente Desembargador Otávio de Almeida Toledo, da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo diz:

> "Assim, se pode concluir que a intenção do legislador foi positiva, mas a execução da medida deixou a desejar, considerando a redação final do dispositivo (…). Grande dificuldade prática decorre da aplicação literal desse mandamento: se o Magistrado prolator

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

> da sentença condenatória considerar o tempo de prisão processual cumprido, a ser detraído do total, para fixação do regime inicial, estaria por conceder verdadeira progressão de regime prisional, fazendo-o, todavia, sem acesso às eventuais intercorrências da execução penal, ainda que provisória. Assim, fixaria regime mais brando em razão do tempo de pena cumprido, sem analisar o comportamento carcerário do condenado. Não bastasse isso, ao receber o processo, o Juiz da Execuções teria que conceder uma progressão de regime verdadeira quase que imediatamente, nos termos do artigo 112 da Lei de Execução Penal, para que o preso passe do regime fixado na sentença (o regime inicial de cumprimento) para o mais brando. Na prática, nessa hipótese, haveria duas concessões de progressão de regime, a primeira delas sem análise do requisito subjetivo, mas ambas com base no mesmo tempo de cumprimento da pena (que seria considerado duas vezes em favor do condenado, em evidente ilegalidade".[7]

O Desembargador Paulo Rossi, da 12ª Câmara de Direito Criminal do mesmo Tribunal Paulista, todavia, não vislumbrou óbices legais em aplicar o dispositivo legal sob análise, porque:

> "Cumpre ressaltar, por oportuno, que a aplicação do artigo 387, § 2º, do CPP, pelo juízo de conhecimento não se confunde com progressão de regime prisional, porquanto o magistrado estará apenas individualizando a pena e estabelecendo as balizas iniciais que orientarão o Juízo da Execução. Com efeito, não se deve confundir prisão cautelar e pena, porquanto aquela caracteriza antecipação desta, o que, sabemos, viola o princípio constitucional da presunção de inocência. Dessa forma, somente poderá ser beneficiado com a progressão de regime quem a iniciou. Assim, o magistrado ao aplicar a detração não realiza a progressão de regime (competência do Juiz da execução, a teor do art. 66, inciso III, alínea "b" da LEP), apenas promove a compensação do tempo de prisão provisória para fins de determinação do regime inicial do cumprimento da pena privativa da liberdade".[8]

Idêntico modo de pensar manifestou o Defensor Público do Estado de São Paulo, Lucas Corrêa Abrantes Pinheiro, em percuciente artigo publicado na internet com o título "Do cômputo do tempo de prisão provisória para fins de fixação de regime na sentença penal condenatória – considerações sobre a lei 12.736/2012".[9] Em seu estudo, dentre outras conclusões, diz que:

> "A nova lei criou medida compensatória que visa impedir excesso de execução antes mesmo do início da fase executória e o dispositivo legal é constitucional, pois, em casos de concurso de agentes, a eventual diferenciação final dos regimes estará levando em conta o *status libertatis* de cada um dos corréus no curso do processo, sem ofensa ao princípio da isonomia, se as circunstâncias fáticas de cada um dos réus forem diferentes".

Esta conclusão, no que diz respeito à progressão de regime, que não se confunde com o artigo 387, parágrafo 2º do CPP, parece ser indiscutivelmente correta. Porém, respeitosamente, penso que a conclusão de que a nova lei criou uma medida compensatória para quem esteve preso antes do julgamento, é questionável. Também me parece incorreta a afirmação de que o réu preso pode receber pena menos grave que correu solto, porque a situação de um é diferente da de outro. Esta situação, pelo

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

meu modo de pensar fere o princípio da isonomia.

Estas conclusões conduzem inexoravelmente à situação de perplexidade manifestada pelo desembargador Otávio Toledo. Afinal, concedida como "medida de compensação" e sem que se esclareça quando o "regime inicial da pena" começa, acaba ocorrendo a ilegalidade acima mencionada: "ao receber o processo, o Juiz da Execuções teria que conceder uma progressão de regime verdadeira quase que imediatamente, nos termos do artigo 112 da Lei de Execução Penal (…). Na prática, nessa hipótese, haveria duas concessões de progressão de regime, a primeira delas sem análise do requisito subjetivo, mas ambas com base no mesmo tempo de cumprimento da pena".

Para sanar estes problemas, creio que o legislador deveria ter redigido o parágrafo 2º do artigo 387 do CPP mais ou menos da seguinte forma: "quando o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, exceder o lapso temporal previsto pela Lei de Execuções Penais e pelas leis especiais para progressão de regime, o juiz determinará o cumprimento do restante da pena em regime imediatamente mais brando ao que houver aplicado".

Com essa redação, ou com outra mais adequada, não haveria o inconveniente que tantos intérpretes estão encontrando na Lei 12.736/2012.

No entanto, mesmo com a redação atual acredito que é possível a interpretação de que o dispositivo em análise não trata de progressão de regime e deve ser aplicado pelo juiz do processo de conhecimento, sem necessidade de se apurar o mérito ou a conduta do preso na prisão provisória. Afinal, segundo a exposição de motivos do Ministério da Justiça, a alteração teve por finalidade, "conferir ao juiz do processo de conhecimento a possibilidade de, no momento da sentença, realizar o desconto da pena já cumprida". Ao descontar-se o tempo da prisão provisória, para fins de determinação do regime inicial da pena privativa da liberdade, obviamente esse desconto só terá relevância se em outras leis (LEP ou Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007) houver previsão para alteração do regime inicialmente aplicado. Não havendo cumprimento de 1/6, 2/5 ou 3/5 (crimes comuns ou hediondos), bastará o juiz manter o regime aplicado. Ultrapassado o tempo previsto para a progressão, esse tempo será computado e o restante da pena será cumprido em regime imediatamente mais brando, sem prejuízo, obviamente, de outras progressões no Juízo da Execução no momento oportuno.

Com essa solução haverá, é certo, o inconveniente de se permitir a passagem do regime fechado ao semiaberto ao condenado que tenha, por exemplo, cometido falta grave. Porém, esse inconveniente, será menor que os benefícios que a medida traz. O Ministério da Justiça, que tem informações sobre a situação prisional em todo o país, afirma que estará se evitando "sofrimento desnecessário e injusto à pessoa presa", "aumento do gasto público nas unidades prisionais com o encarceramento desnecessário", além da "grande quantidade de recursos aos tribunais superiores com a finalidade de se detrair da pena aplicada ao réu o período em que esteve preso provisoriamente".

Em conclusão: o juiz, ao aplicar o artigo 387, parágrafo 2º do CPP, na hipótese de tempo de prisão provisória superior ao lapso para progressão, continuaria a fazer todas as operações para fixação da pena e, ao final, determina o regime menos gravoso a partir daquele momento para início do cumprimento do restante da pena.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

É esta a interpretação que me parece mais adequada.

[1] Acórdão da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, relatado pelo Desembargador WILLIAN CAMPOS, em embargos de declaração n. 0008293-39.2011.8.26.0562/50000, da comarca de Santos, julgamento em 27.08.2013.

[2] Apelação Criminal n. 0003009-64.2012.8.26.0352, da comarca de Miguelópolis, Relator Des. FRANCISCO BRUNO, julgado em 01.08.2013.

[3] Acórdão da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação n. 0016604-05.2011.8.26.0114, Rel. Des. ALBERTO MARIZ DE OLIVEIRA, julgado em 04.06.2013.

[4] Acórdão da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação n. 0063702-47.2012.8.26.0050, Rel. Des. IVANA DAVI, julgado em 06.08.2013. Também na Apelação n. 0000516-24.2012.8.26.0382, Rel. Des. EUVALDO CHAIB, julgado em 07.05.2013.

[5] Acórdão da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, habeas corpus n. 0152636-97.2013.8.26.0000, Rel. Des. OTÁVIO DE ALMEIDA MACHADO, julgado em, 22 de outubro de 2013.

[6] Acórdão da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. PAULO ROSSI – *Habeas Corpus* n. 0074346-68.26.0000, da comarca de São Paulo, julgado em 03 de julho de 2013.

[7] Acórdão da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, habeas corpus n. 0152636-97.2013.8.26.0000, Rel. Des. OTÁVIO DE ALMEIDA MACHADO, julgado em, 22 de outubro de 2013.

[8] Acórdão da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. PAULO ROSSI – *Habeas Corpus* n. 0074346-68.26.0000, da comarca de São Paulo, julgado em 03 de julho de 2013.

[9] Disponível em http://atualidadedodireito.com.br/lucaspinheiro/2013/02/20/do-computo-do-tempo-de…”

Date Created
17/01/2014

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.