

DETRAÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE DE EVENTUAIS DISTORÇÕES NA APLICAÇÃO DO ARTIGO 387, §2º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Ricelho Fernandes de Andrade¹

RESUMO

O fenômeno criminológico tem despertado cada vez mais a atenção dos estudiosos dessa temática. Nesse campo, a pena e sua aplicação sempre foram objeto de grandes discussões doutrinárias, jurisprudenciais e legiferantes. Dentro deste contexto, a detração penal apresenta-se como instituto de política criminal que visa evitar que o condenado a pena privativa de liberdade permaneça mais tempo preso do que a pena efetivamente imposta da sentença. Por estar presente em diplomas legais com objetivos axiológicos distintos, há grande divergência no âmbito de sua aplicabilidade, gerando consequência diversas a depender do parâmetro utilizado pelo aplicador da norma. O objeto do presente estudo foi analisar alguns acórdãos do Superior Tribunal de Justiça (STJ), com o objetivo de conhecer como a corte responsável pela uniformização da interpretação infraconstitucional compreende o instituto, bem como se esse entendimento pode gerar distorções quando da concretização da norma. Para tanto, utilizando do método indutivo, de forma exploratória, foi utilizada a pesquisa bibliográfica de acórdãos daquela corte, de artigos de Leis, além da doutrina correlata.

PALAVRAS-CHAVE

Detração Penal. Aplicabilidade. Precedentes. Superior Tribunal de Justiça. Distorções.

ABSTRACT

The criminological phenomenon has increasingly attracted the attention of scholars on this topic. In this field, the penalty and its application have always been the subject of great doctrinal, jurisprudential and lawful discussions. Within this context, criminal offense presents itself as a criminal policy institute that aims to prevent the person sentenced to imprisonment to remain in prison longer than the sentence actually imposed on the sentence. As it is present in legal diplomas with different axiological objectives, there is great divergence in the scope of its applicability, generating different consequences depending on the parameter used by the applicator of the standard. The object of the present study was to analyze some judgments of the Superior Court of Justice (STJ), in order to understand how the court responsible for standardizing the infraconstitutional interpretation understands the institute, as well as whether this understanding can generate distortions when the rule is implemented. For that, using the inductive method, in an exploratory way, the bibliographic research of judgments of that court, articles of Laws, in addition to the related doctrine was used.

KEYWORDS

Criminal Detraction. Applicability. Precedents. Superior Justice Tribunal. Distortions.

INTRODUÇÃO

O Direito criminal brasileiro, penal e processual, vem passando por profundas mudanças ao longo das duas últimas décadas. Para Bitencourt (2012), falar de Direito Penal é falar, de alguma forma, de violência. No entanto, modernamente, sustenta-se que a criminalidade é um fenômeno social normal.

Segue o autor, desta feita citando Durkheim, sustentando que o delito não ocorre somente na maioria das sociedades de uma ou outra espécie, mas sim em todas as sociedades constituídas pelo ser humano. Assim, o delito não só é um fenômeno social normal, como também cumpre outra função importante, qual seja, a de manter aberto o canal de transformações de que a sociedade precisa.

Sem ater-se analiticamente as causas, fato é que profundas mudanças legislativas foram introduzidas tanto no decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940, mais conhecido como código penal, quanto no decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, o denominado código de processo penal.

Além disso, inúmeras outras leis alteraram condutas anteriormente definidas ou tipificaram criminalmente novas condutas.

Os tribunais superiores – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça – também realizaram um forte movimento buscando outras tendências para os seus precedentes jurisprudenciais, alguns deles tornaram-se verdadeiros divisores de águas no cenário jurídico nacional.

Certamente, tal avalanche de mudanças não ocorreu por obra do pensamento intelectual individual ou vontade de quem quer seja. É consequência das repentinas mudanças sociais a que todas as organizações estão sujeitas, da evolução e intensidade das relações e interações socioculturais. E porque não dizer, dos reflexos econômicos de um dado espaço-tempo.

Nesse contexto, o Direito, ao direcionar comportamentos na vida em sociedade, funciona como instrumento que visa socializar e educar os membros da coletividade para estabelecer convivência e harmonia social (MESSA, 2014).

A situação brasileira merece análise mais acurada ante a quantidade de pessoas privadas de liberdade que o País possui. Segundo dados atualizados em 02/2020¹, o Brasil possui 773.151 pessoas privadas de liberdade em todos os regimes.

Registre também, por sua importância, que em 2018 o Brasil registrou² quase 49.000 homicídios dolosos e quase 2.000 latrocínios.

Sem dúvida, esse caldeirão efervescente, onde coexistem altos índices de encarceramento e um grau de violência apenas visto em países que estão passando por guerras civis, desperta por parte dos órgãos de controle uma maior dedicação ao debate da ceara criminal.

Este artigo se propõe a analisar a aplicabilidade do instituto da detração penal sob os olhares da doutrina com especial foco nos precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Trata-se da necessidade de investigar se as diversas formas de compreender o instituto da detração penal, e do modo a aplicá-la aos casos concretos, podem gerar distorções em situações individuais, gerando consequências diversas para problemas similares.

O objetivo deste trabalho é aprofundar o debate sobre a aplicação do instituto sob análise, buscando encontrar eventuais desvios, assim como contribuir para uniformização de entendimentos e procedimentos, evitando assim disparidades e consequências indesejáveis.

¹<https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>

²http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf

O método de abordagem será o indutivo³. Para tanto, utilizar-se-á de pesquisa bibliográfica em doutrinas de referência, bem como da análise de dez acórdãos do STJ, estes do ano de 2019.

Ao final, pretende-se verificar, a partir da análise dos acórdãos selecionados, como se dá o entendimento da aplicação da detração penal e se esse entendimento e sua aplicação direta tem o potencial de causar distorções.

DESENVOLVIMENTO

A PRISÃO PROCESSUAL

Não sendo o objeto de estudo do presente trabalho analisar em todos os seus vieses a prisão processual, serão aqui discutidos breves conceitos relacionados à temática a fim de situar o leitor.

Antes do trânsito em julgado da condenação, o sujeito só poderá ser preso em três situações: flagrante delito, prisão preventiva e prisão temporária. No entanto, só poderá permanecer nessa condição em duas delas: prisão temporária e preventiva (CAPEZ, 2016).

A prisão em flagrante perdeu seu caráter de prisão provisória. Capez (2016) vem dizer que ninguém mais responde a um processo criminal por estar preso em flagrante. Em outras palavras, o sujeito é preso em razão do estado de flagrância, mas não permanece nessa condição por mais muito tempo. Lavrado o auto, a autoridade policial deverá remetê-lo ao juiz competente no prazo máximo de vinte e quatro horas a partir da prisão. O juiz, então, não se limitará mais a analisar a regularidade formal do flagrante, devendo justificar se é caso de convertê-lo em preventiva.

Diga-se de passagem, que com as alterações implementadas pela Lei 13.964 de 2019, mais conhecida como Pacote Anticrime, o juiz ainda deverá promover a audiência de custódia e poderá inclusive, já na análise do flagrante, verificar se o agente praticou a conduta em estado de necessidade, legítima defesa ou em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito, ou seja, analisar a presença de alguma causa excludente de ilicitude.

Não havendo fundamento para a prisão preventiva, o agente deverá ser solto e responder ao processo em liberdade. Antes, a pessoa presa em flagrante requeria a liberdade provisória e aguardava a concessão do benefício. A decisão era postergada muitas vezes até o final do processo-audiência, para só então ser analisada. Atualmente, logo após as primeiras vinte e quatro horas da prisão, já durante a audiência de custódia, o juiz já terá que fundamentar se é caso de prisão preventiva, justificando sua imprescindibilidade.

³ PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015

Desse modo, em apertada síntese, a prisão pode ter as seguintes naturezas: pode ser penal, processual, civil ou administrativa.

Para Greco Filho (2012), prisão pena é a que resulta da condenação transitada em julgado, conforme previsão do Código Penal.

Segue o autor a dizer que que prisão processual é a que resulta do flagrante ou de determinação judicial, em virtude de atuação da persecução penal ou processo penal, com os pressupostos de medida cautelar. Historicamente, é a mais antiga.

Às vezes se utiliza a expressão “prisão provisória”, mas “provisória” pode dar a entender que se trata de algo que será substituído por algo definitivo. Ainda que, em parte, a relação exista, parece preferível a denominação “prisão processual” (GRECO FILHO, 2012).

A prisão civil é a medida de coação executiva para compelir alguém ao cumprimento de um dever civil, segundo a Constituição brasileira, e ocorre apenas no caso de dever de cumprimento da obrigação alimentar e da devolução da coisa pelo depositário infiel (art. 5o, LXVII, da CF e art. 320 do CPP), observando-se que, quanto a este último caso, há polêmica sobre sua subsistência em face da Convenção Americana de Direitos Humanos chamada Pacto de San José da Costa Rica. O Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento que não mais cabe a prisão civil para o depositário infiel (GRECO FILHO, 2012).

Por último, vem o autor acima referido assegurar que a prisão administrativa é a medida coativa para compelir alguém ao cumprimento de um dever de direito público. Ainda subsiste, depois da Constituição de 1988, nos casos previstos em lei em que é decretada pelo juiz, como, por exemplo, a do falido para a apresentação dos livros e a do depositário judicial, nos termos da Súmula 619 do Supremo Tribunal Federal. O que não mais se admite é a prisão administrativa decretada por autoridade administrativa, como as previstas no Estatuto do Estrangeiro e em certos estatutos de funcionários públicos.

Em arremate, prisão processual é aquela que não deriva de uma sentença judicial transitada em julgado e sim de situações concretas, legalmente estabelecidas, onde a liberdade do indivíduo é restringida para fins de assegurar outras situações juridicamente relevantes.

A DETRAÇÃO PENAL NA DOUTRINA

Detração penal é o cômputo na pena privativa de liberdade e na medida de segurança do tempo de prisão provisória ou administrativa e o de internação em hospital ou manicômio. Noutro dizer, é considerar na pena total imposta, o tempo em que o preso permaneceu segregado sem que existisse um edito condenatório definitivo. É instituto penal pensado para impedir que a pessoa permaneça presa por tempo maior do que aquele fixado em sentença transitada em julgado.

Possui previsão legal insculpida no artigo 42 do Código Penal Brasileiro, com redação dada pela Lei 7.209/84, assim dispondo: 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 n. 7.209/84).

A lei 12.736, de 2012, incluiu o parágrafo segundo no artigo 387 do Código de Processo Penal com os seguintes dizeres: § 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.

Há ainda previsão expressa do instituto da detração penal na Lei 7.210 de 1984, que instituiu a Lei de Execução Penal, ou simplesmente LEP.

De antemão, registre-se que Prisão provisória se refere à prisão em flagrante (CPP, arts. 301 a 310), à preventiva (CPP, arts. 311 a 316), e à temporária (Leis n. 7.960, de 21-12-1989, e 8.072, de 25-7-1990, art. 2º, § 3º). Embora o artigo 42 do Código Penal ainda faça menção à prisão administrativa, tal prisão foi extinta com a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LXI).

Assim, o instituto jurídico da detração penal tem regulação legal tanto em normas de natureza substantiva quanto na legislação adjetiva, denotando ser um fenômeno tanto de interesse processual quanto de direito material.

Fixadas essas premissas, urge discorrer um pouco sobre como a doutrina mais abalizada compreende algumas situações de aplicação da detração.

Na hipótese de aplicação de medidas cautelares alternativas, não será possível detrair esse período da pena efetivamente aplicada. Como bem lembra Capez (2012), só cabe detração da prisão provisória (art. 42), não sendo possível nas providências acautelatórias de natureza diversa. O caput do art. 319 do CPP é expresso ao dizer que tais providências são “medidas cautelares diversas da prisão”.

Embora não haja previsão expressa nas leis de regência, a doutrina e jurisprudência não encontram óbice no reconhecimento da detração penal quando da aplicação de penas restritivas de direitos, tendo em vistas que estas substituem as penas privativas de liberdade.

Ponto polêmico diz respeito à possibilidade de detrair da pena tempo de prisão imposta em outro processo. Dissertando sobre o tema, Capez (2012) assegura ser possível descontar o tempo de prisão provisória de um processo cuja sentença foi absolutória, em outro processo de decisão condenatória. Embora o art. 42 nada disponha a respeito, o art. 111 da LEP deixa claro ser possível a detração penal em processos distintos, ainda que os crimes não sejam conexos.

Perfilhando outro entendimento, Jesus (2014) ensina que é preciso nexo de causalidade entre a prisão e a condenação. Nas palavras do autor:

[...] para a aplicação do princípio da detração penal deve existir nexo de causalidade entre a prisão provisória (decorrente de flagrante, de pronúncia ou preventiva) e a pena privativa de liberdade. Suponha-se que o sujeito se encontre processado em duas comarcas, estando preso preventivamente na primeira. Nesta, após permanecer preso durante três meses, é absolvido, sendo condenado no outro processo a três meses de detenção. O tempo de cumprimento de prisão preventiva no processo A, em que foi absolvido, pode ser computado na pena privativa de liberdade imposta na ação penal B? O Código Penal vigente é omissivo. Entendemos que ao caso não pode ser aplicada a detração penal. Havendo, porém, conexão formal entre os delitos, admite-se o benefício. Assim quando os delitos estejam ligados pela continência ou conexão e reunidos num só processo ou em processos diversos (LEP, art. 111, in fine). Suponha-se que o sujeito esteja sendo processado numa só ação penal 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. No sentido do texto: RT, 575:339, 599:310 e 609:310; JTACrimSP, 26:326, 34:67 e 58:84; RTJ, 65:272, 43:385, 70:324 e 85:324; RDP, 1:110 e 2:145; TJMT, AE 14/87, RT, 625:339; STJ, RHC 2184, 6ª Turma, DJU, 9 nov. 1992, p. 20386-7; STJ, REsp 61.899, 6ª Turma, DJU, 3 jun. 1996, p. 19288.

E segue ainda a dizer o referido autor que a jurisprudência do dispositivo, evoluindo no sentido liberal, tem admitido a detração na hipótese em que o sujeito, “preso por outro processo em que se vê absolvido, passa, sem solução de continuidade, da prisão injustificada ao cumprimento da pena” (STF, RTJ, 65:276) (JESUS, 2014).

Outro ponto que pode causar divergência é a situação em que um sujeito preso em flagrante é posteriormente absolvido e pratica outro delito. Para Jesus (2014) não pode ser aplicado o princípio da detração penal em relação ao último delito. Nesse sentido: TJSP, AE 107.567, JTJ, 135:478.

Ainda para o dito autor, quanto a prisão domiciliar, embora aplicada com irregularidade, deve ser descontada da pena definitiva (STF, HC 54.917, RF, 258:314).

Questão relevante diz respeito à influência ou não da detração no cálculo da prescrição em concreto. Avena (2014), fazendo um exercício intelectual hipotético, diz:

Imagine-se que determinado réu, que ficou preso cautelarmente por dois anos, seja condenado a cinco anos de reclusão. Nessa hipótese, o cálculo do prazo prescricional deverá levar em conta o total da pena imposta (cinco anos) ou a pena remanescente, após detraído o período da prisão provisória (três anos)? Pensamos que, não obstante o regime de início de pena deva considerar a detração por força do aludido art. 387, § 2º, do CPP, a prescrição deve ser calculada sobre o montante total de pena encontrado a partir do critério trifásico de dosimetria que, no exemplo, é de cinco anos.

Outro é o entendimento esposado por Capez (2012), para quem a detração para fins de prescrição pode ser aplicada, calculando-se a prescrição sobre o restante da pena.

Assim, a conclusão a que se chega é a de que o tema suscita importantes divergências doutrinárias entre grandes escritores no direito penal pátrio.

COMPETÊNCIA PARA APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL

Conforme advertido anteriormente, o instituto sob análise encontra previsão em diplomas legais de naturezas diversas. Na sua gênese, é instituto de direito material, nada obstante encontre repouso em leis notadamente procedimentais. Isso levanta divergências sobre o momento de aplicar o instituto aqui dissertado, especialmente levando-se em consideração a sua previsão legal constante na Lei de Execuções Penais.

De acordo com o art. 66, III, c, da LEP, compete ao juiz da execução decidir sobre a detração penal. Ocorre que, objetivando agilizar a concessão dos benefícios da execução penal ao condenado, especialmente quanto ao regime prisional, a L. 12.736/2012, em seu art. 1º, estabeleceu que “a detração deverá ser considerada pelo juiz que proferir a sentença condenatória” (AVENA, 2014).

E segue afirmando o autor que o referido diploma, ainda, inserindo § 2º no art. 387 do CPP, dispôs 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”. Reforçando, assim, a ideia de que é o juízo da condenação quem deve computar a detração, embora pareça evidente que não houve essa revogação o art. 66, III, c, da LEP.

Andreucci (2014) defende que a detração deverá ser considerada pelo juiz que proferir a sentença condenatória, de acordo com o disposto no art. 1.º da Lei n. 12.736/2012. Inclusive, nesse sentido, o art. 387, § 2.º, do Código de Processo Penal, acrescentado pela citada lei, dispõe 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”.

Por outro lado, Capez (2012) assegura que a detração é matéria de competência exclusiva do juízo da execução, nos termos do art. 66, III, c, da LEP. Não cabe, portanto, ao juiz da condenação aplicá-la desde logo, para poder fixar um regime de pena mais favorável ao acusado, até porque estar-se-ia dando início ao cumprimento da pena em dado regime antes de se conhecer a pena definitiva.

Entendimento idêntico é o de Marcão (2013), para quem tal matéria é de competência originária do juízo da execução, e não do tribunal ou juiz da condenação.

Desse modo, percebe-se certa divergência doutrinária quanto a fixação da competência para aplicar a detração penal, o que acarreta soluções conflitantes em matéria de aplicabilidade da norma, haja vista que cada juízo utilizar-se-á de parâmetros diversos para analisar a detração no caso concreto.

DETRAÇÃO PENAL NA VISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: ALGUNS PRECEDENTES DE 2019.

Antes de tudo, importante discorrer, ainda que sumariamente, sobre os conceitos de jurisprudência e precedentes. Isto porque é comum no meio acadêmico e profissional a confusão conceitual dos dois institutos. Porém, diferenciá-los faz-se necessário, ante as consequências advindas da sua aplicação.

Mota e Tavares (2016), dissertando sobre os referidos institutos, afirmaram que jurisprudência e precedentes parecem possuir mesma significação, mas são coisas diversas, por isso, torna-se necessária essa distinção. Um precedente sozinho pode não ter muita importância na esfera jurídica, por muitas vezes se tratar de um caso isolado. Todavia, quando se tem diversos precedentes no mesmo sentido no judiciário, em um mesmo tribunal, é o que se denomina de jurisprudência.

Além disso, no que se refere ao conceito de precedentes judiciais, vale destacar que o sistema processual civil brasileiro traz o tema de modo minucioso no Livro III da Parte Especial do código de 2015.

Freitas Câmara, citado pelos autores acima referidos, pontifica: “Precedente é um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base na formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior”.

Nessa ordem de ideias, conclui-se que precedente e jurisprudência são institutos diversos, posto que nem todo precedente é uma jurisprudência.

O novo CPC quer instituir no sistema brasileiro uma cultura e uma disciplina relativa aos precedentes judiciais (CÂMARA, 2015).

Para Gonçalves (2017), o CPC reiterou a adesão predominante ao sistema da *civil law*, mas manifestou grande preocupação com a uniformidade e a estabilidade da jurisprudência, já que a proliferação de decisões judiciais divergentes a respeito da mesma questão jurídica pode prejudicar a isonomia e a segurança jurídica.

Em arremate, o autor acima referenciado pontua:

O CPC deu extraordinária importância à jurisprudência. Determinou que os tribunais a uniformizem e a mantenham estável, íntegra e coerente, editando enunciados de súmulas correspondentes a sua jurisprudência dominante, na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno. Ampliou, ainda, o rol de precedentes obrigatórios, ordenando que os juízes e tribunais observem: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmulas vinculantes; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Feitas essas considerações, embora afastando-se um pouco do escopo desse trabalho, registramos que os acórdãos aqui apresentados se deram em processos subjetivos, de casos concretos, não submetidos a disciplina legal que os torne vinculantes. Porém, mesmo não possuindo força

vinculante, esses acórdãos, por serem oriundos de um órgão de cúpula do Poder Judiciário, possui grande importância para estudo e análise, podendo indicar uma linha de entendimento que mais tarde poderá tornar-se obrigatório para os demais juízes e tribunais do país.

Esclareça-se que os acórdãos aqui analisados encontram-se todos acessíveis ao público por meio da consulta a jurisprudência no endereço eletrônico do Superior Tribunal de Justiça⁴.

Foram coletadas e analisadas dez ementas de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, todas do ano de 2019, sendo que cinco delas encontram-se transcritas no corpo do presente trabalho para leitura direta. Em linhas gerais, buscaremos saber se há harmonia entre os precedentes consultados quanto a aplicação do artigo 387, §2º do CPP e quais os efeitos práticos e eventuais distorções quando da adoção dos entendimentos ali declinados.

Antes de adentrar à análise propriamente dita, observe-se a redação do dispositivo abaixo.

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

(...) § 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) (**grifos nossos**).

Destarte, para facilitar a compreensão do objeto aqui analisado, cada tema tratado nos acórdãos consultados será analisado em separado.

O primeiro deles é o **momento** de aplicação do conteúdo do artigo 387, §2º, ou seja, da detração penal. Ambas as turmas, em vários dos precedentes analisados, compreendem que o artigo 387, §2º deve ser considerado na pena imposta durante a sentença, ou seja, a detração deverá ser realizada pelo juízo da condenação para fins de fixar o regime inicial de cumprimento da pena.

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 498.570 - SP (2019/0073026-7)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO. DETRAÇÃO PENAL. TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. IRRELEVÂNCIA. REGIME INICIAL FIXADO COM FUNDAMENTO NA QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 33, §§ 2º E 3º DO CÓDIGO PENAL – CP E 42 DA LEI N. 11.343/06. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. **1. O § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal – CPP, acrescentado pela Lei n. 12.736/2012, determina que o tempo de segregação cautelar deve ser considerado na pena imposta, para o estabelecimento do regime prisional fixado pela sentença condenatória, não se confundindo com o instituto da progressão de regime, próprio da execução penal.** 2. Embora o Tribunal de origem tenha deixado de aplicar o benefício do disposto no art. 387, § 2º, do CPP, invocando motivos relacionados à progressão de regime, inexistente flagrante ilegalidade apta a ensejar a concessão da ordem, pois conforme se observa, ainda que descontado o período de prisão cautelar da pena privativa de liberdade imposta ao paciente, não haveria alteração do regime semiaberto estabelecido na apelação, tendo em vista que a pena fixada é inferior a 4 anos de reclusão e o regime mais rigoroso foi fundamentado pelo Tribunal a quo na quantidade, variedade e natureza dos entorpecentes apreendidos, em

⁴ <https://scon.stj.jus.br/SCON/>

conformidade com os arts. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/06. 3. Agravo regimental desprovido. (**grifos nossos**).

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.837.315 - SP (2019/0269447-1)

EMENTA.

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARTIGOS 157, § 2º, INCISOS I E II, E 288, PARÁGRAFO ÚNICO, C/C O 69, DO CP. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. DETRAÇÃO. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES SUFICIENTES. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PARA AVALIAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a pena-base não pode ser fixada acima do mínimo legal com fundamento em elementos constitutivos do crime ou com base em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação. 2. A utilização da mesma fundamentação para se dosar a pena aos corréus, em uma análise conjunta das circunstâncias judiciais, não viola a individualização da pena, desde que comunicáveis aos acusados (HC n. 359.152/RN, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 8/8/2017, DJe 18/8/2017). 3. No presente caso, a Corte de origem fundamentou a exasperação da reprimenda inicial para todos os acusados com base em elementos concretos comuns extraídos dos autos, quais sejam, a extrema ousadia empregada pelos envolvidos, que vieram em vários carros, armados, da zona leste da capital paulista, para invadir o estabelecimento comercial na cidade do interior de Itatiba, de forma premeditada, com toda a conduta criminosa planejada, o que aponta para uma maior reprovabilidade da conduta, justificando, em atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, o incremento de 1/6 (um sexto) na pena-base. **4. O art. 387, § 2º, do CPP não se refere a progressão de regime prisional, instituto próprio da execução penal, mas, sim, acerca da possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado, dentre as balizas previstas no § 2º do art. 33 do CP.** Ocorre que, mesmo não se confundindo a detração penal com a progressão de regime, é consolidado o entendimento desta Corte Superior de que se estiverem ausentes, nos autos, os elementos necessários à aplicação do disposto no art. 387, § 2º, do CPP, caberá ao Juízo das Execuções examinar se o tempo de prisão cautelar do envolvido autoriza a fixação de regime mais brando, como no presente caso. 5. Agravo regimental não provido. (**grifos nossos**).

Os dois acórdãos acima assentam o entendimento segundo o qual é do juízo da condenação, portanto do juízo de conhecimento, a competência para a aplicação das regras da detração penal. E mais, que tal procedimento não se confunde com a progressão de regime. Logo, não se aplicam as regras da execução penal.

Outros dois acórdãos, abaixo transcritos, registram a tese de que a detração será **aplicada pelo juízo da execução penal** nas hipóteses de ocorrer o trânsito em julgado da condenação ou da não aplicação da detração pelo juízo da condenação. Contudo, adverte para a **não confusão do instituto da detração com as regras da progressão de regime**. Esse entendimento restou evidenciado, inclusive sendo taxada de ilegalidade a conduta da autoridade coatora que analisou a detração apenas sob o prisma da progressão. Veja-se:

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 491.311 - SP (2019/0028650-2)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DETRAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. COMPETÊNCIA. JUÍZO EXECUTÓRIO. INEXISTÊNCIA DE NOVOS FUNDAMENTOS CAPAZES DE MODIFICAR O ACÓRDÃO IMPUGNADO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a partir da vigência da nova redação dada ao art. 387 do Código de Processo Penal, compete ao próprio Juiz da condenação abater o período da prisão processual, para fins de escolha do regime inicial. **2. Contudo, é necessário frisar que, embora seja possível a detração do período de prisão preventiva no cálculo da pena imposta, para fins de determinação do regime inicial, o Tribunal a quo deixou de aplicar o instituto da detração por entender que tal medida deve ser realizada pelo juízo das execuções penais, sobretudo diante do trânsito em julgado do decreto condenatório, o que se coaduna com a jurisprudência desta Corte.** Precedentes. 3. Agravo improvido. (**grifos nossos**).

HABEAS CORPUS Nº 523.286 - SP (2019/0216422-7)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. RECEPÇÃO. DOSIMETRIA. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício. II - O parágrafo 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei n. 12.736/2012, determina que o tempo de prisão cautelar deve ser considerado para a determinação do regime inicial de cumprimento de pena, vale dizer, a detração do período de segregação cautelar deve ser considerada já no estabelecimento do regime inicial pela decisão condenatória. **Ainda, tem-se que as alterações trazidas pelo diploma legal supramencionado não afastaram a competência concorrente do Juízo das Execuções para a detração, nos termos do art. 66 da Lei n. 7.210/1984, sempre que o Magistrado sentenciante não houver adotado tal providência.** III - Na hipótese, verifica-se a ocorrência do constrangimento ilegal, uma vez que a autoridade coatora analisou a questão da detração, apenas sob o prisma da progressão de regime, em contrariedade ao que determina o comando normativo. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício. (**grifos nossos**).

Cita-se outro precedente com a mesma ordem de ideias,

HABEAS CORPUS Nº 540.773 - SP (2019/0314571-9)

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. RECEPÇÃO E PORTE DE ARMA DE FOGO. PLEITO DE DETRAÇÃO DO PERÍODO DE PRISÃO CAUTELAR. INVIABILIDADE DA ALTERAÇÃO DO MEIO PRISIONAL. REGIME MAIS GRAVE BASEADO NA REINCIDÊNCIA DO AGENTE. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. Com o advento da Lei n. 12.736/2012, o Juiz processante, ao proferir sentença condenatória, deverá detrair o período de custódia cautelar para fins de fixação do regime prisional. **Forçoso reconhecer que o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não versa sobre progressão de regime prisional, instituto próprio da execução penal, mas, sim, acerca da possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado.** 3. As alterações trazidas pelo diploma legal supramencionado não afastaram a competência concorrente do Juízo das Execuções para a detração, nos termos do art. 66 da Lei n. 7.210/1984, sempre que o Magistrado sentenciante não houver adotado tal providência. 4. No caso, mostra-se irrelevante a detração do período de prisão cautelar, nos termos do art. 387, § 2º, do CPP, considerando que o meio prisional intermediário foi estabelecido em virtude da reincidência do paciente. Precedentes. 5. Writ não conhecido.

DISCUSSÃO

Da análise dos acórdãos alhures referidos, bem como dos demais que serviram de objeto ao presente estudo, restou claro que o STJ compreende que o instituto da detração penal deve ser aplicado pelo juízo da condenação, para fins de fixação do regime inicial do cumprimento da pena, não considerando as regras da execução penal. Dizendo de outra forma: não aceita que, o juízo de conhecimento, ao reconhecer a detração penal na sentença, utilize-se das regras que determinam a aplicação de percentagens a pena definitiva para permitir ao preso acesso a regime penitenciário

menos gravoso. Ressalva, apenas, que não haverá necessidade de aplicação da detração penal quando o se cômputo não influenciar no regime inicial de cumprimento da pena, seja porque a pena detraída continuará dentro das balizas do §2º do artigo 33 do Código Penal, seja porque o regime inicialmente imposto tornou-se mais gravoso em decorrência do cotejo com outras circunstâncias judiciais.

Ao analisar- as consequências jurídico-penais quanto a aplicação da detração penal segundo cada um dos entendimentos, é possível inferir algum tipo de distorção quando ao resultado da medida.

Como ponto de reflexão, abordo hipótese em que dois indivíduos sejam presos em flagrante por conduta consistente na pratica de roubo majorado pelo concurso de pessoas, artigo 157, §2º, II. Conduta apenada com reclusão de quatro a dez anos, e multa, sendo aumentada de 1/3 (um terço) até metade.

Na hipótese, analisado o flagrante, o juiz pode decidir pela liberdade provisória mediante cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão. Partindo-se do pressuposto de isso efetivamente aconteça, ambos os flagranteados são postos em liberdade.

No decorrer do processo, um dos indivíduos pode desrespeitar uma das medidas, o que provoca sua prisão preventiva com fundamento no artigo 312, §1º do Código de Processo Penal. Considere que isso efetivamente aconteça.

Finda a instrução processual, o juiz profere sentença condenando ambos os réus a uma pena de 08 (oito) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Á luz do já citado artigo 33, §2º do Código Penal, o regime inicial será o fechado. Na hipótese em que os acusados sejam primários e sem antecedentes maculados, neste caso, não há agravamento do regime inicial em consequência de outras circunstâncias judiciais.

O corréu que fora preso, permaneceu recluso por 07 (sete) meses.

Na situação hipotética, o juiz, ao aplicar a detração penal de 07 (sete) meses, verificará que o corréu que se encontrava preso, tem contra si, um saldo de pena de 07 (sete) anos e 11 (onze) meses. Neste caso, com fulcro no artigo 33, §2º, b, e segundo os precedentes do STJ acima analisados, o corréu que manter-se preso preventivamente será levado ao regime semiaberto para iniciar seu cumprimento de pena.

Por outro lado, o corréu que responde ao processo em liberdade, iniciará sua reprimenda no regime imposto na sentença, qual seja, o fechado, tendo em vista que não há tempo de prisão a ser detraído.

A par das alterações provocadas pela Lei 13.964/2019, urge esclarecer que nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça a pessoa, caso o condenado não seja reincidente, atendidos os demais pressupostos legais, objetivos e subjetivos, o apenado terá direito a progressão de regime após o cumprimento de 25% da pena imposta, na forma do quanto previsto no artigo 112, III, da Lei de execuções penais.

Ora, assim sendo, o corréu que respondeu ao processo em liberdade terá de cumprir um pouco mais de 02 (anos) no regime fechado para ter direito ao regime semiaberto. Esse intervalo de tempo, - pouco mais de 24 meses -, é muito maior do que tempo em que outro indivíduo, na mesma situação jurídica, permaneceu preso preventivamente - 07 (sete) meses - e o levou, após a detração penal, a iniciar o regime no semiaberto.

Nesse caso, evidente que a aplicação indiscriminada do instituto da detração penal pode levar a distorções severas. Chega-se mesmo a concluir que, a depender da pena a que o réu está sujeito, responder ao processo preso torna-se mais vantajoso, em determinadas situações, do que respondê-lo em liberdade, o que, sem dúvida, é um contrassenso jurídico.

No caso hipotético, porém muito comum nas rotinas dos trabalhos das varas criminais, aquele que vinha cumprindo as medidas de forma correta suportará uma pena aflictiva mais dura (já que ficará mais tempo no regime mais gravoso) do que aquele que descumpriu as medidas cautelares impostas. Esta conclusão gera um juízo contraditório que subverte o sistema, já que, via de regra, àqueles que de alguma forma cooperam com o sistema de justiça devem ser beneficiados, ou pelo menos terem suas situações jurídicas mais favorecidas, do que aqueles que demonstram desrespeito para com o sistema de justiça

CONCLUSÃO

Desse modo, conclui-se o Superior Tribunal de Justiça tem demonstrado tendência pela aplicação da detração penal pelo juízo da condenação sem que sejam utilizados os parâmetros da Lei das execuções penal, não sendo verificadas divergências em seus precedentes quanto a estes temas.

Verificou-se também que a simples operação aritmética de subtração da pena provisória quando da fixação da pena definitiva, ao aplicar o instituto da detração penal, tem o potencial de gerar distorções na aplicabilidade do instituto, provocando consequências jurídico-penais diversas a situações análogas. E mais, atenuando a situação daquele que se comportou contrário ao Direito.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução penal**: esquematizado. São Paulo: Forense, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1. 17. ed. São Paulo: São Paulo, 2012.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 07 jun. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1.941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 07 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1940**. Institui A Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.210%2C%20DE%2011%20DE%20JULHO%20DE%201984.&text=Institui%20a%20Lei%20de%20Execu%C3%A7%C3%A3o%20Penal.&text=Art.%201%C2%BA%20A%20execu%C3%A7%C3%A3o%20penal,do%20condenado%20e%20do%20internado.. Acesso em: 07 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão nº 1.837.315** - SP, Agrg no Recurso Especial. Relator: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA. Brasília, DF, 08 de outubro de 2019. Dje.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão nº 491.311** - SP, Agrg no Habeas Corpus. Relator: MINISTRO JORGE MUSSI. Brasília, DF, 18 de junho de 2019. Dje.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão nº 498.570**, AgRg no HABEAS CORPUS. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK. Brasília, DF, 06 de junho de 2019. Dje.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão nº 508.076** - SP, Habeas Corpus. Relator: MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO. Brasília, DF, 26 de novembro de 2019. Dje.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão nº 516.877** - SP, Habeas Corpus. Relator: MINISTRO RIBEIRO DANTAS. Brasília, DF, 01 de outubro de 2019. Dje.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão nº 523.286** - SP, Habeas Corpus. Relator: MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO. Brasília, DF, 12 de novembro de 2019. Dje.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão nº 532.969** - CE, Habeas Corpus. Relator: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ. Brasília, DF, 26 de novembro de 2019. Dje.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão nº 533.453** - SP, Agrg no Habeas Corpus. Relator: MINISTRA LAURITA VAZ. Brasília, DF, 26 de novembro de 2019. Dje.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão nº 540.742** - SP, Habeas Corpus. Relator: MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO. Brasília, DF, 17 de dezembro de 2019. Dje.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão nº 540.773** - SP, Habeas Corpus. Relator: MINISTRO RIBEIRO DANTAS. Brasília, DF, 26 de novembro de 2019. Dje.

CAPEZ, Fernando. **Código Penal Comentado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo pena**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2019.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (Coleção esquematizado).

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MESSA, Ana Flávia. **Curso de direito processual penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MOTA, Marlton Fontes; TAVARES, Thiago Passos. A JURISPRUDÊNCIA, O PRECEDENTE JUDICIAL E O INCIDENTE DE DEMANDAS REPETITIVAS NO NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. **Revista Esa**, Aracaju-se, v. 1, n. 1, p.20-33, 2016. Anual. Disponível em: <http://www.esasergipe.org.br/wp-content/uploads/2016/12/A-JURISPRUD%C3%80NCIA-O-PRECEDENTE-JUDICIAL-E-O-INCIDENTE.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2020.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

Recebido em: 07 de Junho de 2020

Aceito em: 18 de Junho de 2020

¹Mestre pelo programa de Pós-Graduação em Sistemas Agroindustriais, no Centro de Ciências e Tecnologia Agroalimentar — PPGSA/CCTEUFMG – Universidade Federal de Campina Grande UFCG; Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Integrada da Grande Fortaleza – FGF; Graduado em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande - UFCG; Ex Gerente Geral do Banco do Brasil S/A. Professor do Centro Universitário Vale do Salgado (UNIVS) – Icó/CE. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba.