O PARADOXO DO ARTIGO 387, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: DETRAÇÃO PENAL OU PROGRESSÃO DE REGIME?

THE PARADOX OF ARTICLE 387, § 2º, OF THE CODE OF CRIMINAL PROCEDURE: PENAL DETRACTION OR PROGRESSION OF REGIME?

Figueiredo Monteiro Neto[*]
Miguel Tedesco Wedy[**]

RESUMO: *Este artigo se propõe a analisar a natureza jurídica do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, que determina que o juiz, na sentença penal condenatória, deverá computar o tempo de prisão provisória, administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, ao fixar o regime inicial da pena. Identifica-se que o legislador não foi claro ao estabelecer qual a natureza jurídica dessa norma: se se trata de detração ou progressão de regime. No âmbito jurisprudencial, a controvérsia é notável: ora os tribunais entendem que a norma se trata de progressão, ora entendem que se trata de detração, conforme julgados extraídos do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e do Superior Tribunal de Justiça. Em nível doutrinário, a controvérsia também subsiste. O trabalho é predominantemente teórico e, para seu desenvolvimento, foram analisados os institutos da progressão e detração penal, o Projeto de Lei que foi convertido na Lei nº 12.736/2012 e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Diante disso, a conclusão é a de que a natureza jurídica do instituto previsto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, por coerência e integridade, se refere à progressão de regime.*
Palavras-chave: *artigo 387; detração penal; progressão de regime; coerência; integridade.*

ABSTRACT: *This article seeks to analyze the legal nature of article 387, paragraph 2, of the Brazilian Criminal Procedure Code, which determines that the judge, in the convicting criminal sentence, must compute the time of provisional imprisonment, administrative imprisonment or internment, in Brazil or abroad, for the purposes of determining the initial regime for serving the custodial sentence. The legislator was not clear in establishing what the legal nature of this rule is: whether it is to be considered a penal detraction or a progression of regime. When it comes to case law, the controversy is notable, as we seek to show from judgments extracted from the Paraná State Court of Justice and the Brazilian Superior Court of Justice: sometimes, some courts understand that the rule is about regime progression; other times, other courts understand that it relates to penal detraction. At the legal scholarship level, the controversy is also present. This research is predominantly theoretical and, for its development, the institutes of regime progression and penal detraction were analyzed, as well as the Law n. 12.736 (2012) and case law from the*

[*] Centro Universitário Fundação Assis Gurgacz (FAG), Toledo, PR, Brasil. https://orcid.org/0000-0002-8872-4745
[**] Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), Porto Alegre, RS, Brasil. https://orcid.org/0000-0002-9227-8573

Supreme Federal Court. Our conclusion is that the legal nature of the institute provided for in article 387, paragraph 2, of the Criminal Procedure Code, due to coherence and integrity, refers to regime progression.
Keywords: *article 387; penal detraction; regime progression; coherence; integrity.*

1 INTRODUÇÃO

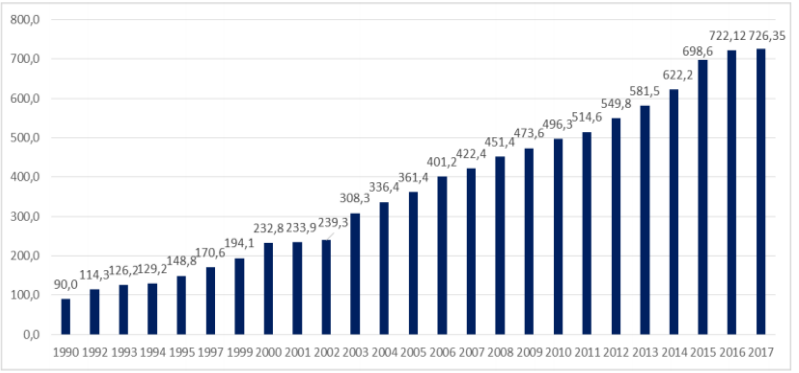
O sistema carcerário brasileiro tem sido objeto de inúmeros debates perante o Poder Judiciário, sendo o mais recente e de maior relevância aquele realizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nos autos da Medida Cautelar nº 347, publicada no Diário do Judiciário Eletrônico (DJe) – de 19 de fevereiro de 2016. (BRASIL, 2015b).[1] Neste julgado, o STF declarou o sistema carcerário como "estado de coisas inconstitucional", frente à irrefutável e extensa violação dos direitos fundamentais básicos dos detentos. (BRASIL, 2015b, p. 3). O que se verifica, diante da situação carcerária vigente no país, é a ocorrência de uma precariedade do sistema prisional acompanhada por violações de direitos humanos. No contexto dessa medida cautelar, o relator, ministro Marco Aurélio, apontou que

> [...] no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se "lixo digno do pior tratamento possível", sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as "masmorras medievais". (BRASIL, 2015b, p. 6-7, grifo do autor).

[1] Nota: Alguns dos documentos referentes às leis/normas etc., consultados para este trabalho, via web, não contêm indicação de paginação.

Conforme apontamentos provenientes de relatório divulgado pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), do Ministério da Justiça, que trata do "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias", relativo a dados até junho de 2017, esse quadro se tornou crítico precipuamente a partir da década de 1990, do século XX. De 1990 a 2017, ocorreu um agravamento dos índices de encarceramento com apresentação de indicadores superiores a 700%, segundo dados deste relatório. Nessa perspectiva, a partir da análise do Gráfico 1, tem-se que, em 1990, o Brasil contava com 90 mil presos, mas, em 2017, esse número já ultrapassava 726 mil detentos. (BRASIL, 2019a, p. 9).

Gráfico 1 – Evolução das pessoas privadas de liberdade entre 1990 e 2017 – Sistema Penitenciário Federal (Brasil)



Fonte: Ministério da Justiça. A partir de 2005, dados do Infopen

Nota: Número de pessoas em milhares

Fonte: Moura (2019, p. 9)

O que torna esse quadro ainda mais grave é que mais de 30% dos presos do sistema carcerário encontram-se reclusos cautelarmente, ou seja, estão detidos em virtude de decisão provisória da justiça. Há estados brasileiros, inclusive, em que o percentual de presos cautelares chega a ser superior ao de condenados definitivos, podendo-se citar os estados do Amazonas (53,85%), Bahia (51,62%), Piauí (60%) e Sergipe (51,60%). (BRASIL, 2019a, p. 16).

Foi em razão desse panorama que o Poder Legislativo federal editou a Lei nº 12.736, de 30 de novembro de 2012 (BRASIL, 2012a), conferindo nova redação ao art. 387 do Código de Processo Penal (CPP), acrescentando a este o § 2°, o qual prevê 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". (BRASIL, 1941).

Ocorre que o art. 387, § 2º, do CPP não estabeleceu, claramente, qual é a sua natureza jurídica, ou seja, não há indicação expressa se ele se refere ao instituto da detração penal, previsto no art. 42 do Código Penal (CP), ou se ele se refere ao instituto da progressão de regime, previsto no art. 112 da Lei de Execução Penal (LEP). Essa é a razão pela qual se propõe o seguinte problema: qual é a natureza jurídica do instituto previsto no art. 387, § 2º, do CPP?

Ao proceder a uma pesquisa de dados referentes a essa problematização, por intermédio de uma revisão da literatura, verifica-se que ainda são poucos os artigos científicos que abordam a natureza jurídica do instituto previsto no art. 387, § 2º, do CPP. Em uma busca realizada no Portal de Periódicos da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), utilizando as palavras-chave "detração penal" e "progressão de regime", o resultado alcançado foi de apenas um trabalho científico abordando essa temática. (CAPES, c2019). Trata-se de um artigo de autoria de Rodrigo da Silva Perez Araújo, em que o autor chegou à conclusão de que o art. 387, § 2º, do CPP se refere à progressão de regime. (ARAÚJO, 2013, p. 51-62). Outro artigo foi encontrado na *Revista dos Tribunais*, de autoria de Sandor Krisztan Borcsik, no qual o autor informa que o art. 387, § 2º, do CPP não se refere nem à detração penal, nem à progressão de regime, mas que, para sua aplicação, devem ser levados em consideração os requisitos objetivos da progressão de regime. (BORCSIK, 2014, p. 275-290).

No âmbito jurisdicional, a controvérsia é extensa. No Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), instituição na qual um dos autores deste artigo exerce o cargo de magistrado, há entendimentos absolutamente divergentes sobre a aplicação do art. 387, §2º, do CPP. A título de exemplificação, nos autos do Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade nº 1.064.153-1/01, aquele Tribunal entendeu que o art. 387, § 2º, do CPP não se refere nem à detração, nem à progressão de regime, mas também não estabeleceu sua natureza jurídica. (PARANÁ, 2014b, p. 1-19). Já nos autos da apelação criminal nº 0000783-68.2013.8.16.0081, o TJPR entendeu que o art. 387, § 2º, do CPP se refere à detração penal. (PARANÁ, 2019a, p. 1-6). Em um terceiro precedente, nos autos da apelação criminal nº 1.283.039-2, o mesmo TJPR, apesar de não ficar manifestamente claro, realizou o cômputo do período de prisão preventiva do apelante, ao julgar o recurso interposto pelo réu, e o progrediu de regime, invocando os arts 112 da LEP (que se refere à progressão de regime) (BRASIL, 1984) e 387, § 2º, do CPP (que se refere à sentença condenatória, especificando que o juiz, quando do estabelecimento do regime inicial de cumprimento da pena privativa de

liberdade, efetue a computação do tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação do agente para fixação do regime inicial de cumprimento da pena (BRASIL, 1941), conforme já explanado). (PARANÁ, 2014a, p. 1-4).

Dessa forma, o estudo da natureza jurídica do art. 387, § 2º, do CPP se mostra bastante pertinente, uma vez que poderá contribuir com o avanço do conhecimento e com a uniformidade de aplicação e entendimento desta norma jurídica. O fato é que, no estágio vigente, os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da natureza jurídica desse instituto, tamanha a controvérsia existente, corroboram a afirmação de Lenio Streck, de que "[...] atualmente, vivemos em um estado de exceção interpretativo". (STRECK, 2019, p. 39). Diante disso, o objetivo geral deste artigo é o de analisar a natureza jurídica do instituto previsto no art. 387, § 2º, do CPP. Os objetivos específicos consistem em: (i) investigar o instituto da detração penal; (ii) investigar o instituto da progressão de regime; (iii) correlacionar os institutos da detração penal e da progressão de regime; e (iv) analisar a natureza jurídica do instituto previsto no art. 387, § 2º, do CPP. A hipótese inicialmente eleita é de que o artigo em estudo se refere à progressão de regime, por ser o único instituto que permite ao juiz, além de individualizar a pena de cada cidadão, aplicá-la com isonomia entre todos os interessados.

Adotar-se-á, como marco teórico, a teoria da decisão judicial nos termos articulados pela *Crítica Hermenêutica do Direito* (CHD) – matriz teórica fundada e desenvolvida, no Brasil, por Lenio Luiz Streck em diversos trabalhos (STRECK, 2014, 2017a, 2017b, 2019, 2020). Diante da diversidade de posições sobre a natureza jurídica do art. 387, § 2º, do CPP – já apontada –, a primeira indagação que se pode efetuar, à luz da CHD, é a seguinte: é possível ao intérprete dizer, no âmbito do Direito, qualquer coisa sobre qualquer coisa? (STRECK, 2014, p. 312). A essa primeira questão, são acrescidas outras perguntas: A obrigação do intérprete-juiz é só "de fim"? Ou seria também "de meio"? (STRECK, 2019, p. 29). Como o artigo 387, § 2º, do CPP deve ser interpretado, respeitando a coerência e integridade no/do Direito?

Adotar-se-á, como metodologia para tal investigação, a análise de decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) – por ser o Tribunal competente para uniformizar a interpretação e a aplicação da legislação federal, nos termos do art. 105, inciso III, da Constituição Federal de 1988 (CRFB) (BRASIL, 1988) –, do STF– já que é o órgão máximo do Poder Judiciário no Brasil –, bem como será efetuada análise de doutrina especializada em direito processual penal, conjugando todos com a CHD. O método eleito para abordar o problema disposto neste artigo é o hermenêutico-fenomenológico, desenvolvido por Lenio Streck no âmbito da CHD a partir das obras de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer. Como ressaltado por Lenio Streck, no processo interpretativo, que é

essencialmente construtivo, e não meramente reprodutivo, é preciso revolver o chão linguístico para atribuir sentido aos institutos, de modo que o intérprete deve realizar desleituras do evento analisado, numa relação intersubjetiva entre ser e ente, na qual a linguagem é condição de possibilidade. O intérprete não pode objetificar o ser, pois o ser não diz tudo a respeito dele mesmo, da mesma forma que não pode realizar um solipsismo assujeitador do ser, ou seja, não pode dizer "qualquer coisa" sobre "qualquer coisa". (STRECK, 2017a. p. 135-140).[2]

Nessa perspectiva, será efetuada, então, uma abordagem concernente à fixação da pena privativa de liberdade pelo juiz criminal no processo de conhecimento, para, em seguida, analisar a detração penal e a progressão de regime. Por fim, será efetuada uma análise da natureza jurídica do art. 387, § 2º, do CPP.

2 FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA

O CP estabelece, em seu art. 68, que o magistrado deverá observar um critério trifásico para fixação da pena privativa de liberdade, sendo que, a princípio, serão consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP; posteriormente, o juiz deverá considerar a presença de alguma circunstância agravante e/ou atenuante, previstas entre os arts. 61 e 66, também do CP; por fim, atentar-se-á às causas de aumento ou diminuição da pena (BRASIL, 1940).[3]

Percorrido esse denominado critério trifásico e estabelecido o montante da pena privativa de liberdade, caberá ao juiz estipular, entre outras determinações, o regime inicial de cumprimento de pena – fechado, semiaberto ou aberto –, levando em consideração os parâmetros dispostos no art. 33, § 2º, do CP, que estabelece, além de critérios objetivos de tempo, critérios também subjetivos, como a necessidade de observação quanto à reincidência do acusado, ou mesmo as circunstâncias judiciais, conforme sejam favoráveis ou não ao réu. (BRASIL, 1940).

No tocante ao estabelecimento de regime inicial de cumprimento de pena, um detalhe deve ser observado no que diz respeito aos crimes hediondos e equiparados. Nessa hipótese, o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, estabelece que a pena deva ser cumprida, inicialmente,

[2] A respeito do método hermenêutico-fenomenológico, é importante conferir, também, o artigo intitulado "Algumas indicações sobre o método fenomenológico-hermenêutico", ,de Lenio Luiz Streck e Rafael Tomaz de Oliveira, publicado na revista eletrônica *Consultor Jurídico*, de 26 de dezembro de 2015.

[3] Nessa linha, também há obras que tratam da individualização da pena, como aquelas de José Antônio Paganella Boschi (*Das penas e seus critérios de aplicação*, 2013) e Salo de Carvalho (*Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro, 2015*).

em regime fechado. (BRASIL, 1990). O STF, no entanto, declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da lei supramencionada, a partir da redação estabelecida pela Lei nº 11.464/07 (BRASIL, 2007), ao julgar o Habeas Corpus (HC) nº 111.840/ES, sob o argumento de que a redação daquele artigo contraria a CRFB, que determina que o julgador fundamente a individualização da pena e, consequentemente, a fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, que em nenhuma circunstância pode ser fixada automaticamente no regime fechado. (BRASIL, 2012b, p. 1-39). Além do julgamento desse HC, o STF editou, ademais, uma Súmula Vinculante sobre esse assunto – de número 26 – que indica ser possível a progressão de regime para os condenados, ainda que seja pela prática de crime hediondo ou equiparado, desde que os requisitos subjetivos e objetivos sejam preenchidos, sendo facultativa a execução do exame criminológico. (BRASIL, [2009]).

Daí a grande celeuma do art. 387, § 2º, do CPP, e a importância de se estabelecer a sua natureza jurídica. Em qual momento da fixação da pena, este artigo deve ser aplicado pelo magistrado? Tão logo percorrido o critério trifásico e alcançado o montante da pena privativa de liberdade, sobre o qual deverá ser computado o tempo de prisão cautelar? Nesse caso, tratar-se-á de detração penal, prevista no art. 42 do CP. (BRASIL, 1940). Mas, e nos casos em que o agente é reincidente?[4] Essa circunstância deverá ser levada em consideração para estabelecimento do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade antes ou depois de aplicada a norma do art. 387, § 2º, do CPP? A mesma indagação pode ser feita relativamente às circunstâncias judiciais. Se elas forem desfavoráveis ao acusado, a exemplo dos maus antecedentes, como aplicar o art. 387, § 2º, do CPP, se o entender como detração, e fixar o regime de pena aos agentes que têm as circunstâncias judiciais desfavoráveis?

Outra questão é: deverá o juiz percorrer o critério trifásico, estabelecer o regime inicial de acordo com a pena fixada naquele momento, levando em consideração as circunstâncias judiciais e eventual reincidência, para, então, abrir um novo tópico na sentença e computar o tempo de prisão que o acusado permaneceu preso cautelarmente, ou internado, e assim

[4] A reincidência, no sistema jurídico brasileiro, é definida pelo CP, em seu art. 63, nos seguintes termos: "Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior". É essa uma circunstância agravante, de significado relevante, refletindo sobre um amplo contexto de situações jurídicas previstas na lei penal. Cabe ainda ressaltar que, via transcursão do tempo, perde-se a eficácia da condenação anterior para fins de reincidência, o que está previsto no art. 64 do CP, ao determinar que a condenação anterior, para efeito de reincidência, não deve ser considerada, e isso se, entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração subsequente tiver transcorrido período de tempo superior a cinco anos, cabendo a computação, nesse intervalo, do período de prova de suspensão ou de livramento condicional, caso não haja revogação (BRASIL, 1940).

estabelecer o regime de prisão? Nesse caso, tratar-se-á de progressão de regime, o que está previsto no art. 112 da LEP. (BRASIL, 1984).

Antes da apresentação da resposta concernente a essas indagações, é importante analisar cada um destes institutos – a detração, prevista no art. 42 do CP, e a progressão de regime, prevista no art. 112 da LEP –, o que será desenvolvido a seguir.

3 DETRAÇÃO PENAL E PROGRESSÃO DE REGIME

3.1 DETRAÇÃO PENAL – DISPOSIÇÃO LEGAL E REGRAS DE APLICAÇÃO

A detração penal está prevista no art. 42 do CP, e 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 de internação em qualquer dos estabelecimentos [penais]". (BRASIL, 1940).

Como se pode observar da própria denominação deste instituto – "Detração" – e de sua disposição legal, ele representa nada mais do que um abatimento na pena imposta ao condenado referente ao período em que ele esteve preso cautelarmente, ou internado, para que, depois desta detração, se alcance o montante de pena restante a cumprir.

Segundo o magistério de Juarez Cirino dos Santos:

> A *detração penal* (art. 42, CP) significa o ato judicial (a) de reduzir da pena privativa de liberdade aplicada, o tempo de *prisão provisória* (prisão em flagrante, temporária, preventiva, por sentença de pronúncia e por sentença condenatória recorrível) ou de *prisão administrativa* cumprida pelo condenado, ou (b) de reduzir da medida de segurança, o tempo de internação em *hospital de custódia e tratamento psiquiátrico*, ou em outro *estabelecimento* adequado (art. 41, CP) (SANTOS, 2007, p. 532, grifo do autor).

Ou seja, refere-se à detração penal a um abatimento da pena privativa de liberdade ou da medida de segurança, funcionando como uma espécie de "dedução" a ser aplicada na pena definitiva, mas que não tem, por si só, aptidão de fazer com que o réu avance de um regime a outro da execução da pena.

Assim é a detração penal explicitada em outras palavras: o tempo em que o condenado permaneceu detido durante o transcorrer do processo será

abatido do tempo de sua pena ou medida de segurança; afinal, pena cumprida é pena extinta. Esse instituto, como já expresso, nunca foi levado em consideração, isoladamente, para fins de alteração do regime de cumprimento de pena, uma vez que sempre foi utilizado apenas para computar, no tempo de prisão do sentenciado, o período de prisão cautelar eventualmente cumprido por ele na fase do processo de conhecimento. Caso o tempo de prisão cautelar tenha sido suficiente para fazer com que o sentenciado avance de um regime mais rigoroso para um mais brando, o juiz da execução penal deveria levar em consideração esse período de prisão cautelar, ou seja, a detração, porém tinha que se valer também do instituto da progressão de regime – previsto no art. 112 da LEP (BRASIL, 1984) –, e, assim, analisar os demais requisitos da progressão, a fim de, dessa forma, conceder eventual benefício ao sentenciado. Não simplesmente, é preciso enfatizar, pelo emprego da detração penal.

Esse argumento é reforçado, ainda, pelo fato de que o regime inicial de cumprimento de pena era alcançado não só pelo quantitativo de pena privativa de liberdade, fixado via sentença condenatória, mas também em virtude das circunstâncias judiciais desfavoráveis e eventual reincidência do acusado.

3.2 PROGRESSÃO DE REGIME – DISPOSIÇÃO LEGAL E REGRAS DE APLICAÇÃO

Anteriormente, foram apresentados dados relativos à regra de fixação do regime inicial para cumprimento da pena privativa de liberdade, sendo que essa fixação está prevista no art. 68, do CP, e, para tal, o juiz deve observar alguns fatores, conforme art. 59, também do CP, a citar: qual pena a ser aplicada, detenção ou retenção; a quantidade da pena definitiva; se há ocorrência de reincidência ou não; e a questão das circunstâncias judiciais. (BRASIL, 1940).

O art. 112 da LEP, por sua vez, conforme explicitado, estabelece:

> 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. (BRASIL, 1984).

Deve-se observar, no entanto, que, nos casos de crimes hediondos, o prazo é diferenciado, sendo necessário considerar o comando do art. 2º, §

2º, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, segundo o qual "[a] progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente [...]". (BRASIL, 1990). Outra particularidade com relação aos crimes hediondos e equiparados é que, no tocante àqueles que foram praticados antes da vigência da Lei nº 11.464/07 (BRASIL, 2007), o prazo para a progressão de regime é aquele disposto no art. 112, da Lei 7.210/84 (BRASIL, 1984), já que o STF, no HC 82.959-7/SP (BRASIL, 2006),[5] declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, em sua redação originária, que previa que o condenado por crimes hediondos e equiparados deveria cumprir a pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado (BRASIL, 1990) – o que ocorreu também no HC 111.840/ES (BRASIL, 2012b, p. 1-39), conforme mencionado. Como a lei penal não pode retroagir para prejudicar o acusado, conforme o art. 5º, inciso XL, da CF/88 – "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu" (BRASIL, 1988) –, o lapso temporal para progressão de regime previsto atualmente no art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072, com redação dada pela Lei nº 11.464/07 – "A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente", conforme já exposto (BRASIL, 2007) –, não pode ser aplicado aos agentes que tenham praticado seus crimes antes da vigência desta lei – que é 28 de março de 2007. Esse é o entendimento pacífico, igualmente, do STJ, disposto no enunciado 471 de sua Súmula de Jurisprudência, ao deliberar que "[o]s condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional". (BRASIL, [2011]).

Neste momento, ainda é importante fazer mais uma observação. Com o advento da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, o art. 112 da LEP passou a ter nova redação e trouxe novos prazos relativos à progressão de regime, seja para crimes comuns ou hediondos, a saber:

> 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:

[5] Esse entendimento do Supremo Tribunal Federal foi manifestado nos autos do Habeas Corpus 82.959-7/SP, o que pode ser depreendido a partir da leitura de sua Ementa (BRASIL, 2006, p. 510-727).

> I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;
> II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;
> III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;
> IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;
> V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;
> VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:
> a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;
> b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou
> c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;
> VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;
> VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional. (BRASIL, 2019a).

Esses requisitos objetivos para a progressão de regime deverão ser observados relativamente naquilo em que forem mais favoráveis ao réu, justamente em razão da irretroatividade da lei penal mais rigorosa, conforme o art. 5º, inciso XL, da CF/88 anteriormente citado.

Segundo Juarez Cirino dos Santos, "[a] *progressão* significa a transferência do preso de regime de maior rigor para regime de menor rigor punitivo [...]". (grifo do autor). (SANTOS, 2007, p. 515). Nada impede, no entanto, que ocorra a regressão de regime, quando se configura alguma das hipóteses elencadas no art. 118 da LEP (BRASIL, 1984) – mas que não

serão abordadas neste trabalho, cujo objetivo geral é o de traçar a natureza jurídica do art. 387, § 2º, do CPP, que nada tem a ver com regressão de regime.

A competência para decidir acerca da progressão de regime é do juízo da execução penal, nos termos do art. 66, inciso III, alínea "b", da Lei nº 7.210/84, e também, segundo o art. 112, § 1º, da mesma lei: "[a] decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor". (BRASIL, 1984).

Dessa forma, a progressão de regime é a concretização da individualização da pena na fase de execução, exigindo que o sentenciado cumpra um sexto da pena, como regra, nos casos de crime comum, ou, nos casos de crimes hediondos e equiparados, dois quintos da pena, quando o agente for primário, ou três quintos, se o agente for reincidente, sem prejuízo da comprovação do bom comportamento carcerário atestado pelo diretor do estabelecimento prisional. Lembrando que, com o advento da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 – suprarreferida – foram estabelecidos novos prazos para progressão de regime, que devem ser seguidos, após sua entrada em vigor, naquilo que forem mais favoráveis ao réu ou sentenciado.

Em síntese, a progressão de regime concede ao condenado o direito de ser transferido de um regime mais rigoroso para um menos rigoroso, desde que cumpridos os requisitos objetivos e subjetivos previstos no *caput* do art. 112 da LEP. (BRASIL, 1984).

Efetuada essa breve explicação, porém necessária, prossegue-se a análise. Diante de todo o explanado, pode-se afirmar que, perante qualquer interpretação que se dê ao art. 387, § 2º, do CPP, e que tenha a pretensão de respeitar a coerência e integridade do Direito, faz-se imprescindível que se observe a natureza jurídica destes institutos – da detração penal e da progressão de regime. Isso porque, como ressaltado no início deste artigo, para a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) não é possível que o intérprete diga *qualquer coisa sobre qualquer coisa*, ou seja, o intérprete "[n]ão] [...] pode trocar o nome das coisas. Não [...] pode 'assujeitar' as coisas". (STRECK, 2019, p. 78, grifo do autor). Somente assim se pode falar em interpretação *construtiva* do Direito e respeito à sua integridade. A responsabilidade do intérprete-juiz é a de analisar e fazer do Direito, em uma atividade de leitura e de construção, um todo coerente, em que cada uma de suas partes ajude a informar e atribuir o sentido das outras.

Essa explicação remete, aliás, a dois verbetes muito bem desenvolvidos por Lenio Streck em sua obra *Dicionário de hermenêutica* (2017a) e que são fundamentais para a abordagem do Direito e sua interpretação, sendo eles exatamente a *coerência* e a *integridade*. Ao se referir à "coerência", Lenio Streck diz que ela se liga "[...] à consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si". (STRECK,

2017a, p. 34). A "integridade", por sua vez, segundo este mesmo autor, "[...] é a exigência de que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, numa perspectiva de ajuste de substância". (STRECK, 2017a, p. 34). Coerência e integridade andam juntas – em termos *dworkinianos*, há uma *unidade no valor* (DWORKIN, 2014): a integridade segue ao lado da coerência e exige mais do que "estabilidade", num sentido ordinário do termo. Coerência e integridade significam a busca por uma resposta que esteja de acordo com as exigências *do Direito*. A resposta a ser buscada, à luz desses termos, é sempre a resposta *jurídica*. Ronald Dworkin, filósofo, jurista e estudioso de Direito Constitucional, a partir de sua renomada obra *O império do direito* (1999), dirá que o Direito, como integridade, "[...] rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito" – não é essa a questão. Com efeito, diz: "[...] só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas". (DWORKIN, 1999, p. 271).

Assim, é possível avançar e analisar, de vez, qual é a natureza jurídica do art. 387, § 2º, do CPP.

4 ARTIGO 387, § 2°, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – UM PARADOXO NA SUA INTERPRETAÇÃO

Com o advento da Lei nº 12.736/2012, à luz do art. 387, § 2º, do CPP, o magistrado do processo de conhecimento passou a ter competência para computar, na própria sentença condenatória e já na fase do processo de conhecimento, "[o] tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, [...] para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade" do acusado, conforme já explanado. (BRASIL, 2012a).

O texto da lei não poderia ser mais claro: o objetivo do legislador, diante do referido caos penitenciário, foi justamente o de computar, para fins de progressão de regime, *como diz expressamente a lei*, "[o] tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro [...]". (BRASIL, 2012a). Não se trata, portanto, de apenas se computar o tempo de prisão para fins de detração. Se assim o fosse, o texto o diria. Mas não o diz. E não o faz pelo óbvio: não é possível mudar a natureza dos institutos, somente porque, na conjuntura atual, podem ser aplicados em diferentes fases do processo. Trata-se, sim, de se computar o tempo de prisão cautelar já cumprido, de modo que ele cause impacto na progressão de regime.

O Projeto de Lei (PL) nº 2.784/2011, de autoria de José Eduardo Martins Cardozo, que, conforme Ementa, "[...] dá nova redação ao art. 387 do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo

Penal –, para a detração ser considerada pelo juiz que proferir sentença condenatória", e que foi convertido na Lei Ordinária nº 12.736/2012, possui um objetivo, uma razão de ser, qual seja, o de reduzir a população carcerária e antecipar, para a fase do processo de conhecimento, benefícios que eram alcançados apenas na fase de execução penal (CARDOZO, 2011, p. 1-3).

Portanto, uma interpretação que se encaminhe em sentido contrário ao texto expresso pela lei e pelo objetivo estabelecido por trás da norma é uma interpretação que não está de acordo com esta. Na referida exposição de motivos, assim relatou o então ministro da Justiça:

> O que se almeja com o 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. (CARDOZO, 2011, p. 3).

É relevante ressaltar que uma primeira interpretação que se pode extrair dessa *justificativa*, apresentada pelo então ministro da Justiça, consiste, justamente, em conferir "maior celeridade e racionalidade ao sistema de justiça criminal", antecipando para a fase de conhecimento do processo penal benefícios que até então somente eram concedidos na fase de execução penal.

Dessa forma, como a passagem de um regime mais rigoroso para um regime menos rigoroso na execução penal sempre foi efetuada se utilizando dos institutos da detração penal conjugada com a progressão de regime, ou simplesmente pela aplicação da progressão de regime, nos casos em que não houve tempo de prisão cautelar, é inviável a interpretação de que o art. 387, §2º, do CPP (BRASIL, 1941) se trate de um novo instituto. Em nenhum momento foi cogitado pelo legislador criar uma nova espécie de benefício que possibilitasse ao réu avançar de um regime a outro na fase de conhecimento que já não estivesse previsto na LEP. A afirmação do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) nos autos do Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade nº 1.064.153-1/01, no qual afirmou que o art. 387, § 2º, do CPP não se refere nem à detração nem à progressão de regime não encontra, pois, sustentação teórica, ou seja, não guarda coerência e integridade com o Direito (PARANÁ, 2014b, p. 1-19).

É preciso analisar, então, se o art. 387, §2º, do CPP pode ser entendido como detração penal, tendo em vista a utilização do termo "detração" na nova ementa da redação constante no referido PL nº 2.784, de 25 de novembro de 2011. (CARDOZO, 2011).[6]

No âmbito jurisprudencial, especialmente do STJ, o entendimento é de que o art. 387, § 2º, do CPP se refere ao instituto da detração penal, de forma que basta ao juiz do processo de conhecimento computar o tempo de prisão cautelar do acusado sobre o montante da pena privativa de liberdade alcançada, após percorrido o critério trifásico, para se estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade. Esse entendimento pode ser verificado, por exemplo, nos seguintes julgados: Embargos de Declaração no HC 407.709/ES (BRASIL, 2019b, p. 1-16), Habeas Corpus 413.013/SP (BRASIL, 2017b, p. 1-10) e Habeas Corpus 339.309/SP. (BRASIL, 2017a, p. 1-14).

Ainda assim, pode-se afirmar que não há entendimento doutrinário e nem mesmo jurisprudencial que tenha uma perspectiva crítica acerca do instituto previsto no art. 387, § 2º, do CPP. Impõe-se, assim, que haja coerência e integridade na aplicação e explicação deste instituto.

Caberia, por conseguinte, a seguinte indagação: é possível sustentar que o art. 387, § 2º, do CPP se refira ao instituto da detração penal sem que, com isso, se realize grave violação ao princípio da isonomia[7], e mais, sem distorcer completamente os institutos penais? A resposta pode ser somente uma: "não".

Primeiro, porque a detração penal nunca foi utilizada como instituto isolado para fazer com que o agente fosse transferido de um regime mais rigoroso para outro mais brando. Esse instituto sempre foi utilizado em conjugação com a regra da progressão de regime, de forma que, caso o tempo de prisão cautelar pudesse fazer com que o agente avançasse a um regime menos rigoroso, o magistrado deveria analisar também os requisitos do art. 112 da LEP (BRASIL, 1984), tanto objetivos quanto subjetivos, para então conceder o benefício ao sentenciado.

Segundo, porque interpretar o art. 387, § 2º, do CPP como detração penal cria disparidades insustentáveis no sistema processual penal. Isso porque esse entendimento afirma que basta o juiz do processo de conhecimento computar o tempo de prisão cautelar do acusado sobre o montante da pena privativa de liberdade alcançada, após o percurso do

[6] Informação provinda da página inicial do site da Câmara dos Deputados, e não do "Inteiro Teor" do documento – por isso não foi apresentada paginação – Acesso ao site via Cardozo (2011).

[7] Princípio este que procede da norma constante no art. 5º, *caput*, da CF/88, fato que todos são merecedores de tratamento igualitário, com direito às mesmas oportunidades processuais. (BRASIL, 1988).
Esse princípio da igualdade está presente também no art. 139, I, do CPC ao "[...] assegurar às partes igualdade de tratamento". (BRASIL, 2015a).

critério trifásico, para se estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, conforme já explanado. Mas, no caso em que o réu é reincidente, afirmam os defensores dessa corrente, é que o art. 387, § 2º, do CPP não deve ser aplicado, porque o regime deve ser fixado levando-se em consideração esta circunstância.[8] Da mesma forma, ocorre naqueles casos em que as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao agente, inviabilizando, com isso, a aplicação do art. 387, § 2º, do CPP. Essa posição pode agredir o princípio da isonomia, pois faria com que o instituto fosse aplicado a uns e não a outros, a primários e não a reincidentes, por exemplo.

Um exemplo pode deixar a questão mais clara. Pode-se imaginar um réu primário que foi condenado por um crime de estupro de vulnerável, em que apenas a circunstância judicial da culpabilidade tenha sido valorada negativamente – não há agravantes e nem causas de aumento de pena – e a pena privativa de liberdade tenha sido fixada definitivamente em oito anos e seis meses de reclusão. Esse crime é considerado hediondo, e a progressão de regime só se daria com o cumprimento mínimo de 2/5 da pena, ou seja, três anos, quatro meses e vinte e quatro dias de reclusão. Mas, caso o réu estivesse preso cautelarmente, bastariam 6 (seis) meses nessa condição para passar ao regime semiaberto, uma vez que, computado esse tempo de prisão cautelar, o período restante de pena privativa de liberdade seria de oito anos de reclusão, dentro do lapso temporal previsto para cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semiaberto, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "b", do CP) – "o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto (*sic*)" (BRASIL, 1940). Não é possível que, estando o réu preso, ele avance de regime com seis meses, mas que o mesmo réu, caso tivesse respondido o processo em liberdade, quando da execução da pena, teria que aguardar três anos, quatro meses e vinte e quatro dias de reclusão para avançar de regime. Curiosamente, o réu teria que pedir para ficar preso preventivamente, já que poderia se beneficiar futuramente, ferindo toda a lógica do sistema penal.

Essa falta de percepção tem feito com que o STJ profira decisões absolutamente contraditórias. Em alguns julgados, por exemplo, como nos autos do HC 339.309/SP, supracitado, aquela Corte afirmou que

> [a] aplicação do comando previsto no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal se refere, simplesmente, ao cômputo da prisão provisória para efeito de fixar o regime inicial, o que

[8] O STJ também manifestou esse entendimento, como se pode visualizar no HC 339.309/SP, já citado (BRASIL, 2017a, p. 1-14).

> demanda análise objetiva sobre a eventual redução da pena para patamar mais brando, dentre as balizas previstas no § 2º do art. 33 do Código Penal. (BRASIL, 2017a, p. 2).

Ocorre que, ao julgar o Agravo Regimental no Recurso Especial 1.765.139/PR, que envolvia, inclusive, o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o próprio STJ deixou de aplicar o artigo 387, § 2º, do CPP, ao fundamento de que, naquele caso, deveria ser observado o "[...] art. 33, § 4º, do Código Penal, que condiciona a progressão de regime, no caso de crime contra a Administração Pública, à reparação do dano ou à devolução do produto do ilícito" (PARANÁ, 2019a, p. 8). Veja, portanto, que, nesse caso, o STJ atribuiu ao art. 387, § 2º, do CPP a natureza jurídica de progressão de regime. Quando do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial 1.765.139/PR, que foi realizado em 23/4/2019, o acusado já se encontrava preso há um ano e dezessete dias. Como a sua pena foi redimensionada pelo próprio STJ para oito anos, dez meses e vinte dias, o tempo de pena privativa de liberdade restante se enquadrava, exatamente, dentro do regime semiaberto, tal como estabelecido pelo artigo 33, § 2º, alínea "b", do CP. (BRASIL, 1940). Ainda assim, o STJ não fixou o regime semiaberto naqueles autos, gerando verdadeiro paradoxo com posições anteriores daquele mesmo Tribunal. (PARANÁ, 2019a).

Aqui, mais uma vez é paradigmática a lição de Lenio Streck. Com este modo de interpretação do Direito, "[...] fazemos parecer que o Direito depende de quem o interpreta e aplica. Claro: por isso é que se diz – com ares de um realismo tupiniquim – que o Direito é o que o Judiciário diz que é" (STRECK, 2019, p. 33). Essa crise da interpretação jurídica que ronda o Poder Judiciário foi muito bem problematizada e apontada pelo jurista Lenio Streck já no título de uma de suas obras, cuja leitura é imprescindível para os operadores e aplicadores do Direito, e que foi assim intitulada: *O que é isto, decido conforme minha consciência?* (STRECK, 2013).

O Direito é mais do que isso; a responsabilidade do Judiciário não se volta simplesmente à questão de dispor o significado das palavras, mas, sim, a traduzir institucionalmente a cada caso concreto aquilo que o próprio ordenamento exige. Cabe, então, inquirir mais uma vez: afinal de contas, qual é o momento para o juiz do processo de conhecimento aplicar o artigo 387, § 2º, do CPP?

Para evitar decisões conflitantes como as apresentadas – e também devido aos argumentos que serão expostos a seguir –, a natureza jurídica do artigo 387, § 2º, do CPP só pode ser entendida como progressão de regime.

O primeiro argumento, de caráter histórico, pode ser extraído dos julgamentos proferidos pelo STF que, desde 2003, acarretaram a edição dos enunciados 716 (BRASIL, [2003a])[9] e 717 (BRASIL, [2003b])[10] de sua Súmula de Jurisprudência, definindo ser possível a progressão de regime antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ora, o enunciado 716 da Súmula de Jurisprudência do STF, por exemplo, foi aprovado na Sessão Plenária daquele Tribunal em 24 de setembro de 2003, com base nos seguintes precedentes: Habeas Corpus 72.799; Habeas Corpus 71.907; Habeas Corpus 74.121; Habeas Corpus 72.565; Habeas Corpus 73.760; Habeas Corpus 72.162; Habeas Corpus 68.572. Em todos esses julgados, o STF definiu ser possível a progressão de regime antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, na fase de conhecimento.[11]

É manifesto que foi em razão desses inúmeros precedentes do STF que o legislador editou a Lei nº 12.736, de 30 de novembro de 2012 (BRASIL, 2012a), para dar nova redação ao art. 387, do CPP, acrescentando a ele o § 2°, para determinar, conforme já indicado, 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" (BRASIL, 1941).

Nesse aspecto, é preciso concordar com Rodrigo da Silva Perez Araújo quando afirmou que o objetivo do legislador foi, "[...] ao que tudo indica, positivar o teor do Enunciado 716 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, fazendo-o, entretanto, concessa venia, sem rigor técnico" (ARAÚJO, 2013, p. 54).

O segundo argumento trata da uniformidade e da racionalidade que pode ser atribuída ao art. 387, § 2º, do CPP, ao lhe conferir natureza jurídica de progressão de regime. Todos os casos que chegarem perante o Poder Judiciário, a partir dessa interpretação, serão tratados de forma igualitária, diversamente do que ocorre atualmente, assente aos apontamentos anteriores. Bastará que o magistrado, tão logo percorrido o critério trifásico de dosimetria da pena, identifique se o réu se encontra preso cautelarmente, e, caso afirmativo, analise os requisitos do artigo 112 da LEP, para então efetuar a progressão de regime.

Deveria haver, portanto, novo capítulo na sentença penal condenatória, após a aplicação da dosimetria da pena. Inicialmente, o juiz

[9] O enunciado 716 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estabelece que "[a]dmite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória" (BRASIL, [2003a]).

[10] O enunciado 717 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estabelece que "[n]ão impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial" (BRASIL, [2003b]).

[11] Informações extraídas do sítio do STF (BRASIL, [2003a]).

percorrerá, como sempre o fez, o critério trifásico e encontrará o montante da pena privativa de liberdade que o réu deverá cumprir. Feito isso, estabelecerá o regime inicial de cumprimento de pena, levando em consideração os arts. 33 e 59 do CP. (BRASIL, 1940). Somente depois de efetuada toda essa operação é que, ocorrendo identificação de tratar-se de processo que envolva réu preso, o magistrado passará, em um novo tópico da sentença, a observar a aplicação do art. 387, § 2º, do CPP, em conjugação com os requisitos do art. 112 da LEP, fazendo com que o agente progrida de um regime a outro e, aí sim, será alcançado o objetivo da norma, qual seja, o de reduzir o encarceramento.

Com isso, mesmo que o réu seja reincidente ou apresente circunstâncias judiciais desfavoráveis, poderá se utilizar da aplicação do instituto previsto no art. 387, § 2º, do CPP de maneira uniforme, sem ferir o princípio da igualdade e sem macular o que foi almejado via sua instituição. Respeitada estará, de tal forma, a coerência e integridade do Direito.

O propósito da Lei nº 12.736/2012 foi o de antecipar para a fase de conhecimento do processo penal benefícios próprios que seriam alcançados apenas na fase de execução penal, evitando, destarte, que o acusado aguarde em regime mais rigoroso o julgamento de eventual recurso interposto por qualquer das partes. (BRASIL, 2012a). Quanto ao argumento de Sandor Krisztan Borcsik, no qual o autor aponta que o art. 387, § 2º, do CPC não se refere à progressão de regime, porque o juiz do processo de conhecimento não teria condições de analisar os aspectos subjetivos de comportamento do acusado durante a prisão cautelar, diante da ausência de atestado de bom comportamento carcerário fornecido por autoridade competente, (BORCSIK, 2014) esse argumento não se sustenta. Basta ao magistrado, presidente do processo de conhecimento, expedir um ofício à autoridade policial ou ao órgão responsável pela fiscalização do preso cautelar, requisitando esse documento um dia antes da Audiência de Instrução e Julgamento, o que permitirá que as partes possam se manifestar sobre ele tão logo finalizada a instrução e apresentadas as alegações finais.

Da mesma forma, o art. 387, § 2º, do CPP não pode ser considerado, de forma alguma, como mera detração penal, como muito bem acentuado por Rodrigo da Silva Perez Araújo, pois "[...] a detração, por si só, jamais determinou progressão automática de regime de cumprimento de pena" (ARAÚJO, 2013, p. 56).

Uma última observação quanto à aplicação do art. 387, § 2º, do CPP deve ser mencionada, referindo-se ao acusado que esteja cumprindo pena privativa de liberdade, no juízo da execução penal, mediante condenação em outro(s) processo(s). Nesse caso, como é indispensável realizar a unificação das penas, nos termos do art. 111 da LEP, o regime para cumprimento de toda a pena privativa de liberdade que resta a cumprir

somente pode ser estabelecido pelo Juízo da Execução Penal[12], de forma que se mostra inviável aplicar o art. 387, § 2º, do CPP na fase de conhecimento nessa situação.

Trata-se, pois, da velha discussão acerca da justiça na aplicação da pena em cada caso concreto. Talvez não haja nenhuma formulação eficaz do conceito de justiça. (DWORKIN, 1999). E o que se sabe é que é bem mais difícil conceituar o que seria justiça do que aplicá-la no caso concreto como operador do direito. Não que seja fácil essa tarefa. Mas é uma tarefa concreta, que enfrenta os problemas reais e terríveis da seara criminal. Essa é a tarefa do jurista, como salientou Karl Larenz, jurista e filósofo do direito alemão: "a tarefa do jurista, por outro lado, consiste em encontrar decisões justas em casos concretos" (LARENZ, 1993, p. 19, tradução nossa)[13], pois

> a paz jurídica não está assegurada, se a ordem jurídica subjacente for injusta e se for cada vez mais sentida como tal. Onde falta paz jurídica, onde cada um tenta realizar seu (suposto) direito com seus próprios punhos, nesse caso, há o domínio da guerra civil, a justiça desaparece. (LARENZ, 1993, p. 51, tradução nossa).[14]

Assim, é ali, nos autos do processo, em meio ao bramido dos dramas humanos, que se aponta, como mais relevante, a realização da justiça. E, desse modo, há também o seu entendentimento, por uma questão primordial de empenhamento acadêmico. E uma afirmação assim não é privilégio dos operadores do direito, pois

> [s]empre que se pretenda enunciar o princípio da justiça numa qualquer fórmula ou critério que o objectivasse (sic) em absoluto e uma vez por todas, sempre se teria de concluir que apenas estaríamos na presença de um princípio só formal, perante uma fórmula vazia, se não mesmo

[12] "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.
Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime" (BRASIL, 1984).

[13] "la tarea del jurista, en cambio, consiste en encontrar decisiones justas de casos concretos".

[14] No original: "la paz jurídica no está asegurada, si el ordenamiento que subyace a ella es injusto y se siente como tal cada vez más. Donde la paz jurídica falta, donde cada uno trata de realizar su (supuesto) derecho con sus puños o domina la guerra civil, desaparece la justicia".

> perante uma petitio principii. É o que na linha de um pensamento e de uma crítica que vem muito de trás – já o haviam dito Kant, Simmel, entre outros – se propuseram demonstrar recentemente, de modo sistemático Kelsen e Perelman. Não se nos peça, pois, que demonstremos racionalmente (em termos de pura racionalidade) a justiça, ou o sentido da justiça e a intenção normativa que lhe corresponde. Apenas se nos pergunte se a justiça tem sentido para nós homens, na compreensão significante de nós próprios – e homens nesta nossa coexistência, agora neste tempo, a enfrentar aqui os nossos problemas. (NEVES, 1995, p. 272).

É essencial, pois, buscar a aplicação da pena que, coerente com todo o sistema, respeite as normas e que também seja justa. A definição ou a conceituação de justiça, se é que seria possível encontrá-la, não é, por conseguinte, o objeto do presente trabalho. Porém, ainda que não se pretenda conceituar ou titular o que são a justiça e a paz jurídica, não se pode esquecer de que essa é uma preocupação constante do pensamento jurídico, ainda mais quando se trata da aplicação da pena. Uma preocupação que assimila que o afastamento dessas ideias – de justiça e de paz jurídica – pode perverter as mais sólidas concepções de um sistema racional e democrático. Assim, está com a razão Faria Costa quando afirma:

> A interpretação que pressupomos, a interpretação que o direito penal exige tem de ter um enquadramento em uma solução justa' [...].'[...] não a solução que não cumpra as leis e as regras de as aplicar. Mas antes a solução que cumprindo as leis se afirma como um acto (sic) de pacificação, se mostra no seu tempo como uma solução justa. (COSTA, 2007, p. 137).

Trata-se, pois, não de uma justiça subjetiva, extraída sem lastro normativo, mas uma justiça que decorre dos dispositivos legais antes mencionados e da própria CF/88, que impõe uma individualização adequada (art. 5º, XLVI), com isonomia (art. 5º, I), com humanidade das penas (art. 5º, XLVII), com vedação de tratamento degradante ou cruel

(art. 5º, III) e com respeito pela dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) (BRASIL, 1988).

5 CONCLUSÃO

A Lei nº 12.736/2012, ao dar nova redação ao art. 387, § 2°, do CPP, ampliou a competência do juiz do processo de conhecimento para determinar o cômputo do tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação na própria sentença condenatória, para fins de determinação do regime inicial de cumprimento da pena, medida esta que é voltada, por exemplo, para evitar que a pessoa presa permaneça em regime não proporcional à sua condição jurídica concreta.

Há grande divergência na doutrina e na jurisprudência quanto à natureza jurídica dessa norma processual: se de detração penal, progressão de regime ou, em último caso, nenhum desses dois institutos, o que pode ser verificado a partir da análise de diferentes julgados provenientes do TJPR, do STJ, do STF e de doutrinas especializadas em Direito Penal e Processo Penal – conforme explanado/apresentado ao longo deste artigo.

Após análise do PL nº 2.784, de 25 de novembro de 2011 – que concede nova redação ao art. 387, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (CPP), implementando que o tempo de prisão (provisória, administrativa ou internação) será computado com o fito de deliberação do regime inicial de pena privativa de liberdade –, e considerando que a jurisprudência do STF, desde a década de 1990 do século XX, admite a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, a interpretação mais razoável é de fato a que atribui ao art. 387, § 2º, do CPP a natureza jurídica de progressão de regime. Somente assim se poderá falar em coerência e integridade na interpretação e aplicação desse instituto.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Rodrigo da Silva Perez. Lei nº 12.736, de 30 de novembro de 2012: nova oportunidade para a detração penal ou regra para fixação do regime inicial de cumprimento de pena? **Revista ESMAT** – Revista da Escola Superior da Magistratura Tocantinense, Palmas, TO, ano 5, n. 6, p. 51-62, jul./dez. 2013. Disponível em: http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/56/62. Acesso em: 7 out. 2019.

BORCSIK, Sandor Krisztan. Aspectos práticos do cômputo do tempo de prisão provisória para fins de fixação do regime inicial da pena privativa de

liberdade. **Revista dos Tribunais** [on-line]. São Paulo, v. 7, p. 275-290, jul./ago. 2014.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 4 out. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 4 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em: 4 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm. Acesso em: 4 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007**. Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.736, de 30 de novembro de 2012**. Dá nova redação ao art. 387 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, para a detração ser considerada pelo juiz que proferir sentença condenatória. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 2012a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12736.htm. Acesso em: 4 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 4 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 4 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Habeas Corpus nº 111.840 Espírito Santo**. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. [...]. Relator: Min. Dias Toffoli, 27 de junho de 2012b. p. 1-39. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5049490. Acesso em: 4 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus nº 82.959-7 São Paulo**. Pena - Regime de cumprimento - Progressão - Razão de ser. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto (sic) e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. Pena - Crimes hediondos - Regime de cumprimento - Progressão - ÓbiceE - Artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 – Inconstitucionalidade - Evolução Jurisprudencial. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução

jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. [...]. Relator: Min. Marco Aurélio, 23 de junho de 2006. p. 510-727. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus nº 339.309 – SP (2015/0266620-7)**. *Habeas Corpus* impetrado em substituição a recurso próprio. Roubo majorado. Confissão parcial. Reconhecimento. [...] Aplicação de fração superior a 1/3. [...] Detração. Ainda que aplicada, não reduziria a pena para patamar inferior a 4 anos. Regime mais gravoso com base na reincidência. Irrelevância do eventual aproveitamento do tempo de prisão provisória. [...] 6. A aplicação do comando previsto no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal se refere, simplesmente, ao cômputo da prisão provisória para efeito de fixar o regime inicial, o que demanda análise objetiva sobre a eventual redução da pena para patamar mais brando, dentre as balizas previstas no § 2º do art. 33 do Código Penal [...]. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 18 de maio de 2017a. p. 1-14. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502666207&dt_publicacao=23/05/2017. Acesso em: 12 out 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus n. 413.013 – SP (2017/0208112-2)**. Penal e processo penal. *Habeas Corpus* substitutivo de recurso próprio. Roubo. Reconhecimento de pessoa. [...] Regime prisional, detração do tempo de custódia cautelar. Lei n. 12.736/2012. Circunstâncias judiciais favoráveis. Réu reincidente. Necessidade de verificação da quantidade de pena detraída. [...] 4. 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. [...]. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 21 de novembro de 2017b. p. 1-10. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702081122&dt_publicacao=27/11/2017. Acesso em: 12 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Habeas Corpus nº 407.709 – ES (2017/0168672-1)**. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental [...] Atentado violento ao pudor. [...] Lesão corporal grave. [...] Regime inicial fechado. [...] Detração. Tempo de prisão

insuficiente para a alteração do regime fixado. [...] 4. A detração penal, prevista no art. 387, § 2º, 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. [...]. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 5 de fevereiro de 2019b. p. 1-16. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701686721&dt_publicacao=18/02/2019. Acesso em: 12 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 716**. Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2003a]. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula716/false. Acesso em: 12 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 717**. Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2003b]. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula717/false. Acesso em: 12 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Sessão Plenária). **Súmula nº 26**. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2009]. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula775/false. Acesso em: 4 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Súmula nº 471**. Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2011]. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0. Acesso em: 4 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal**. ADPF 347 MC DF. Inteiro Teor do Acórdão. Custodiado – Integridade física e moral – Sistema penitenciário – Arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. Sistema penitenciário nacional – Superlotação carcerária – Condições desumanas de custódia – Violação massiva de direitos fundamentais – Falhas estruturais – Estado de coisas inconstitucional – Configuração [...]. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015b. p. 1-210. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665. Acesso em: 18 jul. 2019.

CAPES. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. **Portal de Periódicos CAPES/MEC**, Brasília/DF, [*s. n.*], c2019. Disponível em: https://www.periodicos.capes.gov.br/. Acesso em: 7 out. 2019.

CARDOZO, José Eduardo Martins. **Projeto de Lei da Câmara nº 2.784, de 2011**. Transformado na Lei Ordinária 12736/2012. (Dá nova redação ao art. 387 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, para a detração ser considerada pelo juiz que proferir sentença condenatória). Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2011. p.1-3. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=528784. Acesso em: 10 out. 2019.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de direito penal**. Coimbra: Coimbra, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos de ética jurídica. Traducción y presentación de Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas, 1993.

MOURA, Marcos Vinícius (org.). **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: atualização – Junho de 2017 Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019a. p. 87. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf. Acesso em: 26 set. 2019.

NEVES, António Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. (1. Câmara Criminal). Poder Judiciário do Estado do Paraná. **Apelação Criminal nº 1.283.039-2**, Da 1ª Vara Criminal do Foro Regional de São José dos Pinhais da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba/PR. Apelação criminal - Crime de homicídio simples - Pleito de detração penal - Alteração de regime do semiaberto para o aberto - Possibilidade - Cumprimento de 1/6 da pena em prisão preventiva - Artigo 112 da LEP e Artigo 387, §2ª do CPP - Recurso provido. Tendo o apelante restado preso preventivamente no curso do processo, o artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, determina que seja procedida a detração deste período para fins de definição do regime de cumprimento da pena. [...]. Relator: Des. Antonio Loyola Vieira. 11 de dezembro de 2014a. p. 1-4. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11822788/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1283039-2#. Acesso em: 7 out. 2019.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (5. Câmara Criminal). **Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade nº 1.064.153-1-01, da Comarca de Sertanópolis** – Juízo Único. Alegada inconstitucionalidade da Lei nº 12736/2012, que deu nova redação ao Artigo 387 do Código de Processo Penal, Estabelecendo, em seu § 2º, 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". Instituto que não se confunde com a detração, disciplinada no Artigo 42 do Código Penal, tampouco com a progressão de regime, ambas de análise afeta ao juízo da execução penal. [...]. Relatora: Des.ª Maria José de Toledo Marcondes Teixeira, 18 de agosto de 2014b. p. 1-19. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11730570/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1064153-1/01. Acesso em: 7 out. 2019.

PARANÁ. Poder Judiciário do Estado do Paraná (Vara Criminal). **Apelação Criminal n. 0000783-68.2013.8.16.0081** – da Comarca de Faxinal. Apelação criminal. Roubo majorado com emprego de arma de fogo e concurso de agentes. Autoria e materialidade comprovadas. Pleito de reconhecimento da detração penal e alteração ao regime semiaberto. Possibilidade. Inteligência do Artigo 387, § 2º, do CPP. Isenção do pagamento das custas processuais. Não conhecimento. Matéria afeta ao juízo da execução. Recurso parcialmente conhecido e, nesta extensão, provido. "Penal e processual penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Tráfico de entorpecentes e associação ao tráfico. Dosimetria. Detração da pena. Violação ao Artigo 387, Parágrafo 2º, do CPP. Recurso provido. I - 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. [...]. Relatora: Des.ª Maria José de Toledo Marcondes Teixeira, 25 de julho de 2019a. p. 1-6. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000009672311/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0000783-68.2013.8.16.0081. Acesso em: 7 out. 2019.

PARANÁ. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.765.139 – PR (2018/0234274-3)**. Processo penal. Agravo regimental da decisão que conheceu em parte e, nessa extensão, negou provimento ao recurso especial. [...] Critério trifásico. Proporcionalidade. [...] **XXXIII - Não havendo causas de diminuição ou aumento de pena, a pena do crime de lavagem de dinheiro será, então, fixada em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.** [...] **XXXIX** - Naquilo que toca à progressão de regime condicionada à reparação do dano, ao que se pode observar, na esteira do acórdão objurgado, é que a **c. Suprema Corte** reconheceu como constitucional o **art. 33, § 4º**, do Código Penal, que condiciona a progressão de regime, no caso de crime contra a Administração Pública, à reparação do dano ou à devolução do produto do ilícito [...] **Agravo Regimental parcialmente provido.** (grifo do autor). [...]. Relator: Min. Felix Fischer, 23 de abril de 2019a. p. 1-340. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201802342743&dt_publicacao=08/05/2019. Acesso em: 12 out 2019.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. *E-book*.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Algumas indicações sobre o método fenomenológico-hermenêutico. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 dez. 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-dez-26/diario-classe-indicacoes-metodo-fenomenologico-hermeneutico. Acesso em: 20 jun. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte, MG: Letramento, Casa do Direito, 2017a.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017b.

STRECK, Lenio Luiz. **Precisamos falar sobre direito e moral**: os problemas da interpretação e da decisão judicial. 1. ed. Florianópolis, SC: Tirant Lo Blanch, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, jurisdição e decisão**: diálogos com Lenio Streck. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

Recebido: 15/7/2020.
Aprovado: 28/3/2022.

Figueiredo Monteiro Neto
Doutorando em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos).
Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (Unioeste).
Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Centro Universitário Internacional (Uninter).
Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes (UCAM).
Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG).
E-mail: figueiredomonteiro@yahoo.com.br.

Miguel Tedesco Wedy
Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal.
E-mail: wedymiguel2@gmail.com.