

FACULDADES INTEGRADAS DE CARATINGA
ALESSANDRE TAVARES DA SILVEIRA

**A NOVA SISTEMÁTICA DE DETRAÇÃO PENAL COMO
FORMA DE DETERMINAÇÃO DO REGIME INICIAL DE
CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE:
uma análise acerca da (in)constitucionalidade do § 2º do
artigo 387 do CPP**

BACHARELANDO EM DIREITO

FIC-MG
2014

ALESSANDRE TAVARES DA SILVEIRA

**A NOVA SISTEMÁTICA DE DETRAÇÃO PENAL COMO
FORMA DE DETERMINAÇÃO DO REGIME INICIAL DE
CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE:
uma análise acerca da (in)constitucionalidade do § 2º do
artigo 387 do CPP**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do professor Rodolfo de Assis.

FIC – CARATINGA

2014

RESUMO

A presente monografia tem o escopo analisar a nova sistemática de detração penal como forma de determinação do regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade. Nesse propósito busca-se observar a inconstitucionalidade da Lei Federal 12.736/12. A mencionada norma acrescentou o § 2º no artigo 387 do CPP e estabelece que o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, deve ser objeto de desconto para fins de aplicação do regime inicial de cumprimento de pena. Assim, tem-se que o agente que ficou preso cautelarmente será beneficiado, posto que, em determinadas situações irá galgar regime prisional menos gravoso mesmo sem preencher os requisitos legais. Por outro lado, outros condenados terão que preencher os requisitos exigidos pela lei para terem o mesmo direito. Nesse diapasão, a redação dada pela lei supracitada atenta contra o princípio da isonomia. Nesse sentido, temos que a norma ora criticada conflita com a Constituição da República de 1988, uma vez que a mesma estabelece um tratamento desigual entre os encarcerados, privilegiando, assim, o acusado que desrespeita o bom andamento processual. Sendo assim, deve o juiz da condenação, ao proferir a sentença penal condenatória, realizar o controle difuso de constitucionalidade e consequentemente declarar inconstitucional o § 2º do artigo 387 do Código de Processo Penal até que seja proposta ação direta de inconstitucionalidade a fim de expurgar o mencionado dispositivo do ordenamento jurídico.

Palavras-chave: prisão provisória; progressão de regime; detração penal; princípio da isonomia; inconstitucionalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	8
CAPÍTULO I – PRISÃO, PENA, EXECUÇÃO PENAL E INSTITUTOS CORRELATOS	10
1.1 Prisão	10
1.1.1 <i>Prisão Provisória</i>	10
1.1.1.1 <i>Prisão em flagrante</i>	11
1.1.1.2 <i>Prisão Preventiva</i>	12
1.1.1.3 <i>Prisão Temporária</i>	16
1.2 Pena	18
1.2.1 <i>Penas Restritivas de Direito</i>	19
1.2.2 <i>Pena de Multa</i>	20
1.2.3 <i>Penas Privativas de Liberdade</i>	21
1.2.3.1 <i>Regras do regime fechado</i>	21
1.2.3.2 <i>Regras do regime semiaberto</i>	22
1.2.3.3 <i>Regras do regime aberto</i>	23
1.3 Progressão de regime	23
1.4 Detração	25
1.5 Princípio da isonomia	26
1.6 Princípios aplicáveis à execução penal	28
1.6.1 <i>Princípio da legalidade</i>	28
1.6.2 <i>Princípio da igualdade</i>	29
1.6.3 <i>Princípio da personalização da pena</i>	29
1.6.4 <i>Princípio da jurisdição, da jurisdicionalidade ou da juristição</i>	30
1.6.5 <i>Princípio da vedação ao excesso de execução</i>	30
1.6.6 <i>Princípio da ressocialização</i>	31
1.6.7 <i>Princípio da humanidade</i>	31
CAPÍTULO II – INCONSTITUCIONALIDADE E O MECANISMO UTILIZADO PARA A REALIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	32
2.1 Espécies de inconstitucionalidade	33
2.1.1 <i>Inconstitucionalidade por omissão e por ação</i>	33

2.1.2 Vícios forma e material	34
2.1.3 Inconstitucionalidade total e parcial	36
2.1.4 Inconstitucionalidade direta e indireta.....	36
2.2 Controle de constitucionalidade.....	38
2.2.1 Quanto ao momento do controle.....	38
2.2.2 Controle de constitucionalidade prévio ou preventivo.....	38
2.2.3 Controle repressivo ou posterior	39
2.3 Controle judiciário	40
2.3.1 Controle difuso [por via de exceção ou defesa]	40
2.3.2 Controle concentrado [via de ação]	42
2.3.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade [ADI].....	43
2.3.2.2 Ação declaratória de constitucionalidade [ADC].....	44
2.3.2.3 Arguição de descumprimento de preceito fundamental [ADPF]	45
CAPÍTULO III – A INCONSTITUCIONALIDADE DA NOVA SISTEMÁTICA DE	
DETRAÇÃO PENAL PREVISTA NO § 2º DO ARTIGO 387 DO CPP.....	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS.....	58

INTRODUÇÃO

A presente monografia, sob o tema “A nova sistemática de detração penal como forma de determinação do regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade: uma análise acerca da (in)constitucionalidade do parágrafo 2º do artigo 387 do Código de Processo Penal”, tem por objetivo demonstrar a inconstitucionalidade da norma supracitada, posto que a mesma fere o princípio da isonomia, além de não obedecer às regras estabelecidas para a progressão de regime.

Assim sendo, levanta-se como problema de pesquisa a alteração trazida pela Lei 12.736/12 que acrescentou o parágrafo 2º no artigo 387 do Código de Processo Penal, ao dispor acerca da detração de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, para fins de aplicação do regime inicial do cumprimento de pena privativa de liberdade, realizada pelo juiz sentenciante, posto que mesma fere o princípio constitucional da isonomia.

Desse modo, quanto à metodologia, a pesquisa apresenta-se do tipo teórico-dogmático, considerando que busca analisar, o tema ventilado, tanto no que concerne à pesquisa de doutrinas quanto no que tange à análise de legislações a serem aplicadas no caso concreto, com discussões de natureza transdisciplinar, uma vez que integra os estudos nos seguintes ramos do direito: Direito Constitucional, Direito Processual Penal, Direito Penal e Execução Penal.

Diante desse contexto, a presente monografia foi dividida em três capítulos distintos. No primeiro deles, intitulado “Prisão, pena, execução penal e institutos correlatos” buscamos conceituar e trazer a tona assuntos pertinentes acerca do direito penal para que haja uma melhor compreensão da matéria aqui proposta.

Já o segundo capítulo, denominado “Inconstitucionalidade e o mecanismo utilizado para a realização do controle de constitucionalidade” apontamos de forma clara os possíveis vícios legislativos, bem como as espécies de controle de constitucionalidade adotada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Por derradeiro, o terceiro capítulo “A inconstitucionalidade da nova sistemática de detração penal prevista no § 2º do artigo 387 do CPP” analisamos detalhadamente a Lei 12.736/12, bem como deixamos claro o vício de inconstitucionalidade que a novel lei padece.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Segundo os ensinamentos de Hans Kelsen a Constituição está no ápice da pirâmide normativa do Estado. Dessa forma, a Constituição serve como pressuposto de validade para as demais normas do ordenamento jurídico, assim, fala-se em supremacia constitucional.

Nesse interim, tanto o legislador, ao criar uma norma, quanto o juiz, ao aplicá-la, deve levar em consideração a conformidade da lei com o texto constitucional. Nesse sentido, considera-se inconstitucional a norma que contraria os preceitos da Lei Maior do Estado.

Nesse diapasão, ensina Luis Roberto Barroso que:

A Constituição é o primeiro documento na vida jurídica de um Estado, assim do ponto de vista lógico-cronológico como hierárquico. Dotada de supremacia, suas normas devem ter aplicação preferencial, condicionando as demais, a validade e o sentido de todos os atos normativos infraconstitucionais¹.

Estabelece o artigo 5º, inciso I, da Constituição da República que todos são iguais perante a Lei. Sendo assim, é necessário buscar alcançar a igualdade material, ou seja, tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual na medida de suas desigualdades. Nisso consiste, em suma, o princípio constitucional da igualdade.

Afirma Bernardo Gonçalves Fernandes que:

O princípio (ou direito) da igualdade apresenta uma construção constitucional multifacetária. Várias são as manifestações constitucionais sobre o tema (...) todavia, sua atual construção, no entendimento da maioria da doutrina constitucional, parece se reduzir à afirmação de “tratar os iguais de maneira igual, e os desiguais na medida de suas desigualdades”. Ou seja, tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam².

¹ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 200.

² FERNADES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 312.

No que tange a prisão provisória, também conhecida como prisão cautelar, podemos conceituá-la como sendo toda e qualquer prisão decretada pela autoridade competente antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Paulo Rangel conceitua a prisão provisória como sendo “uma espécie de medida cautelar, ou seja, é aquela que recai sobre o indivíduo, privando-o de sua liberdade de locomoção, mesmo sem sentença definitiva”³.

Ao interpretarmos o artigo 33, § 2º, do Código Penal c/c o artigo 112 da Lei de Execução Penal chegamos a conclusão de que o Brasil adotou o sistema progressivo de penas. Sendo assim, desde que cumprido os requisitos legais o encarcerado tem direito a migrar para regime mais benéfico.

Dessa forma, temos que o instituto da progressão de regime, em suma, é a transferência do recuperando para regime menos gravoso.

Por fim, a ideia de detração penal pode ser conceituada, nos termos do artigo 42 do Código Penal, como sendo o computo a ser realizado da pena privativa de liberdade ou na medida de segurança, do tempo de prisão provisória ou de internação, cumprida no Brasil ou no estrangeiro.

Nesse sentido, leciona Cleber Masson que a “detração penal é o desconto, na pena privativa de liberdade ou na medida de segurança, do tempo de prisão provisória ou de internação já cumprido pelo condenado”⁴.

É de ressaltar, ainda, que a nova redação dada ao § 2º do artigo 387 do Código de Processo Penal estabelece que o juiz ao fixar o regime inicial de cumprimento pena levará em consideração o tempo de prisão provisória, prisão administrativa ou de internação no Brasil ou no estrangeiro.

³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 723.

⁴ MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado** – Parte geral – V. 1. 7ª ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 639.

CAPÍTULO I – PRISÃO, PENA, EXECUÇÃO PENAL E INSTITUTOS CORRELATOS

1.1 Prisão

Num primeiro momento faz-se necessário diferenciarmos as duas modalidades de prisão, quais sejam, a prisão pena, sendo essa imposta aos indivíduos condenados definitivamente, ou seja, com sentença transitada em julgado e, a prisão processual, também denominada prisão cautelar ou provisória, essa decretada pelo juiz antes do trânsito em julgado da sentença, desde que preenchidos os requisitos legais.

A prisão pena é regulamentada através da Parte Geral do Código Penal (arts. 32 a 42) e pela Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/84). Já a prisão processual está prevista nos artigos 282 a 318 do Código de Processo Penal, bem como pela Lei n. 7.960/89.

1.1.1 Prisão Provisória

A prisão provisória também conhecida por prisão cautelar, nos dizeres de Renato Brasileiro, “é aquela decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória com o objetivo de assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal⁵”. Assim, tal prisão é marcada pela excepcionalidade, tendo em vista que não faz juízo de culpa, mas de periculosidade do agente, seja para a sociedade, seja para o próprio processo.

Há de se deixar claro que a prisão provisória não pode, tão somente, ser decretada com o objetivo de dar uma satisfação à sociedade, à opinião pública ou à mídia sob pena de desvirtuamento da mesma.

⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. vol. I / Renato Brasileiro de Lima. - Niterói, RJ: Impetus, 2011.p. 1190.

Três são as espécies de prisão provisória, quais sejam prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária, sendo as duas primeiras reguladas pelo Código de Processo Penal e essa última pela Lei n. 7.960/89.

1.1.1.1 Prisão em Flagrante

A prisão em flagrante, expressa no artigo 5º, inciso LXI, da Constituição da República Federativa do Brasil e regulamentada pelos artigos 301 a 310 do Código de Processo Penal, se dá ao indivíduo que está cometendo ou acabou de cometer a empreitada criminosa.

Nesse sentido, ensina Nestor Távora que:

Flagrante é o delito que ainda "queima", ou seja, é aquele que está sendo cometido ou acabou de sê-lo. A prisão em flagrante é a que resulta no momento e no local do crime. É uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e caráter eminentemente administrativo, que não exige ordem escrita do juiz, porque o fato ocorre de inopino (art. 5º, inciso LXI da CF)⁶.

Assim, reza o artigo 302 do Código de Processo Penal que:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
I - está cometendo a infração penal;
II - acaba de cometê-la;
III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração⁷.

Importante mencionarmos que a prisão em flagrante pode ser decretada por qualquer do povo. Assim, havendo a mencionada prisão deve o condutor, imediatamente, encaminhar o flagranteado até a presença da autoridade policial para que este tome as medidas necessárias para formalizar a medida.

⁶ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ª. Ed. ver. ampl. Bahia: Editora Juspodivm, 2013. p. 561.

⁷ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 19 abril. 2014.

1.1.1.2 Prisão Preventiva

A prisão preventiva disciplinada nos artigos 311 a 315 do Código de Processo Penal é uma espécie de prisão que ocorre antes ou durante o processo penal, desde que preenchido os requisitos autorizadores previstos no artigo 312 do mesmo diploma legal.

Assim, estabelece o artigo 312 do Código de Processo Penal que:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria⁸.

Em apertada síntese, para que seja decretada a prisão preventiva de um indivíduo, faz-se necessário a presença de dois pressupostos concomitantes, quais sejam prova da existência do crime (da materialidade delitiva) e indícios suficientes de autoria.

No tange a materialidade delitiva, tem-se que tal pressuposto consiste na presença de elementos contundentes que demonstrem que de fato o delito ocorreu, ou seja, a prova da existência do crime deve ser cristalina.

Por outro lado, com relação aos indícios suficientes de autoria, não se faz necessário um juízo de certeza, basta indícios de que o agente é o responsável pela empreitada criminosa, entretanto, importante mencionar que tais indícios devem ser sérios, idôneos.

Nesse diapasão, vale destacar o respeitável entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E CORRUPÇÃO DE MENORES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA DELITIVA. FRAGILIDADE PROBATÓRIA. INVIABILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA. CUSTÓDIA ANTECIPADA BASEADA NA

⁸ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 19 abril. 2014.

GRAVIDADE DOS FATOS CRIMINOSOS, NA HEDIONDEZ DE UM DOS DELITOS E NA NECESSIDADE DE SE COIBIR A PRÁTICA DE TAIS INFRAÇÕES. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DA ORDEM CONSTRITIVA À LUZ DO ART. 312 DO CPP. PACIENTE PRIMÁRIO E SEM ANTECEDENTES. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO. NECESSIDADE, ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA. 1. **Para a decretação da prisão preventiva não se exige prova concludente da autoria delitiva, reservada à condenação criminal, mas apenas indícios suficientes desta, que, pelo cotejo dos elementos que instruem o mandamus, se fazem presentes.** 2. **A análise acerca da fragilidade probatória quanto à autoria delitiva é questão que não pode ser dirimida em sede de recurso ordinário em habeas corpus, por demandar o exame aprofundado das provas colhidas no curso da instrução criminal, providência vedada na via sumária eleita.** 3. Há constrangimento ilegal quando a preventiva encontra-se fundada na gravidade dos fatos criminosos denunciados, isso com base na própria conduta denunciada, dissociada de qualquer elemento concreto e individualizado que indicasse a indispensabilidade da prisão cautelar à luz do art. 312 do CPP. 4. A quantidade de entorpecente apreendida, a primariedade e os bons antecedentes do recorrente evidenciam que a imposição da segregação antecipada mostra-se desarrazoada. 5. Condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando demonstrada possibilidade de substituição da prisão por cautelares diversas, proporcionais, adequadas e suficientes ao fim a que se propõem. 6. Observado o binômio proporcionalidade e adequação, necessária, devida e suficiente, diante das particularidades do caso concreto, a imposição de medidas cautelares diversas à prisão. 7. Recurso parcialmente provido para revogar a custódia preventiva do recorrente, mediante a imposição das medidas alternativas à prisão previstas no art. 319, I, II, IV e V, do Código de Processo Penal⁹. (grifo nosso).

Presentes os dois pressupostos, prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, configura-se o *fumus comissi delicti* [aparência do direito cometido] ou *fumus boni iuris* [fumaça do bom direito].

Ademais, há de se observar os fundamentos que autorizam essa modalidade de prisão, quais sejam, garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e a assegurar a aplicação da lei penal.

Posto isso, examinemos cada uma delas:

⁹ Brasil. Superior Tribunal de Justiça - **RHC: 35784 SP 2013/0050030-0**, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 04/06/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/06/2013.

a) Garantia da ordem pública

Tal fundamento é utilizado quando ha uma necessidade de afastar o delinquente, de forma provisória, do convívio social, seja pelo fato de que, se permanecer solto, provavelmente voltará a delinquir, seja pela inegável periculosidade do individuo, demonstrada durante o cometimento do crime que ensejou sua prisão, seja para trazer credibilidade à justiça.

Nesse diapasão afirma Edilson Mougenont Bonfim que:

Buscando a manutenção da paz no corpo social, a lei visa impedir que o réu volte a delinquir durante a investigação ou instrução criminal (periculosidade). Pretende, também, resguardar a própria credibilidade da justiça, reafirmando a validade e a autoridade da ordem jurídica, posta em xeque pela conduta criminosa e por sua repercussão na sociedade¹⁰.

Entretanto, vale destacar que o clamor público, por si só, não é suficiente para a decretação da prisão preventiva do agente. Nesse sentido, entende o Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: RECEPÇÃO. PERICULOSIDADE DO PACIENTE NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE MOTIVOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA. PRESENÇA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. - Não estando presentes na hipótese os requisitos do art. 312 do CPP, não há como ser decretada a prisão preventiva do paciente, cuja periculosidade social não restou comprovada, não podendo a gravidade em abstrato do delito ou o clamor social, por si só, servir de justificativa para a segregação provisória. (Habeas Corpus 1.0000.13.016834-7/000, Relator(a): Des.(a) Duarte de Paula, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 26/04/2013, publicação da súmula em 03/05/2013)

Sendo assim, conclui-se que o fundamento de garantia da ordem pública tem por fito proteger a sociedade e não tão somente dar uma resposta aos jurisdicionados que clamam pelo segregamento do indivíduo.

¹⁰ Bonfim, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal** : rev. e atual, de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009 / Edilson Mougenot Bonfim. — 5. ed. — São Paulo.- Saraiva, 2010. p. 457.

b) Garantia da ordem econômica:

Trazida pela Lei 8.884/94, a garantia da ordem econômica refere-se a hipótese de decretação da prisão preventiva do indivíduo que causou grande prejuízo econômico-financeiro, seja em instituições financeiras, seja nos cofres públicos. São os chamados crimes de colarinho branco.

Nesse diapasão, ensina-nos Nestor Távora que a prisão fundamentada na garantia da ordem econômica visa “coibir os abusos à ordem econômica, ou seja, evitar que o indivíduo, se solto estiver, continue a praticar novas infrações afetando a ordem econômica”¹¹.

c) Conveniência da Instrução Criminal

A conveniência da instrução criminal é a hipótese de se prender o agente sob o argumento de que, estando ele solto, traria prejuízos para o bom andamento processual. Assim, segrega o indivíduo para impedir que o mesmo influencie na colheita de provas.

Entretanto, é se ressaltar que, segundo magistério Vicente Greco Filho, a decisão que decreta a prisão preventiva sob o argumento conveniência da instrução criminal “não pode ser colocada em termos de conveniência, mas em termos de necessidade (...) indispensável à instrução criminal”¹².

¹¹ TAVORÁ, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ª. Ed. ver. ampl. Bahia: Editora Juspodivm, 2013. p. 583

¹² GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal** / Vicente Greco Filho. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 155.

d) Assegurar a aplicação da lei penal

A decretação da prisão preventiva sob o argumento de assegurar a aplicação da lei penal tem por finalidade fazer com que o agente esteja presente para cumprir, em tese, a futura pena que lhe será imposta.

Assim, explica Eugênio Pacelli que “a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, contempla as hipóteses em que haja risco real de não aplicação da lei na hipótese de decisão condenatória”¹³.

Superado tais considerações, é se ressaltar que, nos termos do artigo 311 do CPP, poderá o juiz decretar a prisão preventiva de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Importante registrar, ainda, que o artigo 313 do CPP autoriza a prisão preventiva no crimes (I) dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, (II) se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado e (III) se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

1.1.1.3 Prisão Temporária

Regulamentada pela Lei Federal 7.960/89, a prisão temporária é um espécie de prisão cautelar, com prazo de duração determinado, cuja decretação é apenas possível no âmbito do inquérito policial e se presentes os requisitos fixados pela lei.

Reza o artigo 1º da Lei 7.960/89 que:

¹³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo Penal**. 15 ed. Ver. e atual – Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011. p. 548.

Art. 1º Caberá prisão temporária:

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
 - a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
 - b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
 - g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
 - h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);
 - i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
 - j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
 - l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
 - m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;
 - n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
 - o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986)¹⁴.

Além dos crimes mencionados no inciso III do artigo 1º da Lei 7.960/89, é perfeitamente cabível a prisão temporária nos crimes de tortura, terrorismo e todos os crimes hediondos, conforme redação dada pelo artigo 2º, § 4º, da Lei 8.072/90.

Afirma Alexandre Cebrian e Victor Gonçalves que “(...) prevalece o entendimento de que a prisão temporária só é cabível nos crimes mencionados no inciso III e desde que também presente a hipótese do inciso I ou do inciso II¹⁵”.

Em regra o prazo da prisão temporária é de 5 (cinco) dias prorrogáveis por mais 5 (cinco). Porém, tratando-se de crime hediondo ou equiparado, o prazo da prisão temporária será de até 30 (trinta) dias, prorrogável por mais 30 (trinta) em caso de extrema e comprovada necessidade.

¹⁴ BRASIL. Lei 7.960/89. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm. Acesso em 19 abril. 2014.

¹⁵ REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado** / Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – São Paulo : Saraiva, 2012. p. 394.

Por fim, é de se ressaltar que o juiz não pode decretar, de ofício, a prisão temporária, dependendo, assim, de representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público.

1.2 Pena

Sendo a norma penal infringida, surge por consequência a pena. Assim, ocorrendo uma ação delituosa nasce para o Estado o *jus puniedi*, ou seja, o direito que o estado tem de punir o infrator da lei penal.

Vale destacar que a pena tem por finalidade a retribuição, a prevenção e a ressocialização. Sendo assim, analisemos, separadamente, cada uma dessas finalidades.

A finalidade retributiva é retribuição pelo mal causado, é o castigo que deve sofrer aquele que optou por fazer o que a lei não tolera.

A finalidade preventiva pode ser prevenção geral (negativa ou positiva) e prevenção especial (negativa e positiva). Assim, ensina-nos Guilherme de Souza Nucci que:

O caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos, geral e especial, que subdivide em outros dois. Temos quatro enfoques: a) *geral negativo*, significando o poder intimidativo que ela representa a toda sociedade, destinatária da norma penal; b) *geral positivo*, demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do Direito Penal; c) *especial negativo*, significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo ao cárcere, quando necessário e evitando a prática de outras infrações penais; d) *especial positivo*, que consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada¹⁶.

Por fim, a finalidade de ressocialização tem por escopo a readaptação do criminoso à vida em sociedade. Assim, leciona Flávio Augusto Monteiro de Barros que:

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**, 7ª ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2001. p.391.

O caráter reeducativo atua somente na fase da execução. Nesse momento, o escopo da pena é a ressocialização do condenado, isto é, reeducá-lo para que, no futuro, possa reintegrar ao convívio social, prevenindo, assim, a prática de novos crimes¹⁷.

Superado tais pontos, faz-se necessário compreendermos as penas existentes no ordenamento jurídico pátrio, assim, sob inteligência do artigo 32 do Código Penal, a pena pode ser privativa de liberdade, restritiva de direito e/ou multa.

Tendo em vista a maior importância da pena privativa de liberdade para o presente trabalho, deixemos esta a ser tratada a posteriori.

1.2.1 Penas Restritivas de Direitos

Também conhecida como penas alternativas, as penas restritivas de direito tem por principal característica substituir, em determinados casos, a pena privativa de liberdade.

Guilherme de Souza Nucci conceitua as penas restritivas de direito como sendo:

Penas alternativas expressamente previstas em lei, tendo por fim evitar o encarceramento de determinados criminosos, autores de infrações penais consideradas mais leves, promovendo-lhes a recuperação através de restrições a certos direitos¹⁸

São penas restritivas de direito, conforme preceitua o artigo 43 do Código Penal, as prestações pecuniárias, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, intervenção temporária de direitos e limitação de fim de semana.

As penas restritivas de direitos são autônomas, eis que têm regras e princípios peculiares, não podendo coexistir com as penas privativas de liberdade,

¹⁷ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal**, parte geral: volume 1 – 3. Ed. ver. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2003. p. 435.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 7ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 432.

bem como são substitutivas, ou seja, substituem as penas privativas de liberdade em sentença penal condenatória.

As penas restritivas de direitos poderão substituir as penas privativas de liberdade desde que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos, de forma cumulativa, previstos no art. 44, dos incisos I a III, do Código Penal.

Reza o artigo 44 do Código Penal:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente¹⁹.

Entretanto, conforme enuncia o artigo 44, § 4º, do Código Penal, a pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta.

1.2.2 Pena de Multa

A pena de multa é de cunho pecuniário. Consistente no pagamento de um certo montante ao Fundo Penitenciário Nacional [FUNPEN], fixado em sentença e calculado em dias-multa.

Nesse sentido, afirma Fernando Capez que “trata-se, ao lado das penas restritivas de direitos, de uma das espécies do gênero penas alternativas. Consiste no pagamento ao fundo penitenciário de quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa”²⁰.

¹⁹ BRASIL. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 01 maio 2014.

²⁰ CAPEZ, Fernando. **Código penal comentado** / Fernando Capez, Stela Prado. – 3. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012. p. 171

1.2.3 Penas Privativas de Liberdade

As penas privativas de liberdade se subdividem em reclusão, detenção e prisão simples, sendo esta última aplicada apenas para as contravenções penais.

Nesse interim, os crimes punidos com reclusão terão o início de cumprimento da pena em regime fechado, semiaberto ou aberto. Já os crimes punidos com detenção e as contravenções penais punidas com prisão simples terão como regimes iniciais de cumprimento de pena os regimes semiaberto ou aberto.

Posto tais considerações, faz-se necessário observarmos cada um dos três regimes acima mencionados. Senão Vejamos:

1.2.3.1 Regras do regime fechado

No que tange ao regime fechado, tem-se que, conforme já dito, somente é possível quando a pena privativa de liberdade for de reclusão. Entretanto, é perfeitamente possível aos crimes punidos com detenção quando tratar-se de regressão de regime.

A execução da pena no regime fechado se dá em estabelecimento de segurança máxima ou média, aos condenados a pena superior a 8 (oito) anos e aos reincidentes, conforme estabelece o artigo 33, § 2º, alínea “a”, do Código Penal.

Há de se destacar, ainda, que preocupado com o princípio constitucional da individualização da pena, o legislador determinou, conforme se observa no artigo 34 do Código Penal, que o condenado seja submetido a exame criminológico de classificação.

No que tange ao trabalho a ser realizado pelo encarcerado no regime fechado, tem-se que o trabalho será diurno, dentro ou fora do estabelecimento, e

isolamento durante o repouso noturno, conforme estabelece o artigo 34, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal.

Acerca do assunto, Renato Marcão afirma que:

Para os presos em regime fechado, entretanto, o trabalho externo só é admitido em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da administração direta ou indireta, ou entidades privadas, neste caso somente se houver o consentimento expresso do preso, desde que tomadas as cautelas contra fuga e em favor da disciplina, respeitado o limite de 10% (dez por cento) do número total de trabalhadores na obra, ficando à cargo da administração, da entidade ou empresa a remuneração pelo trabalho prestado (LEP, art. 37)²¹.

1.2.3.2 Regras do regime semiaberto

Quanto às regras estabelecidas para o cumprimento de pena no regime semiaberto, tem-se que, nos termos do § 2º, alínea “b” do artigo 33 do Código Penal, o condenado cumprindo pena em tal regime executará a mesma em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

É perfeitamente possível o trabalho externo, bem como frequentar cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior, conforme prevê o artigo 35, §§ 1º e 2º, do Código Penal.

Ademais, o regime semiaberto será adequado quando o sentenciado, não reincidente, que obtiver uma pena superior a 4 (quatro) anos e não exceder a 8 (oito) anos, conforme prescreve o artigo 33, § 1º, “b”, do Código Penal.

1.2.3.3 Regras do regime aberto

Por fim, o regime aberto é executado em casa de albergado ou estabelecimento adequado, tem-se, ainda, que tal regime é baseado na

²¹ MARCÃO, Renato. **Execução penal**. / Renato Marcão. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 40/41.

autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, conforme reza o artigo 36 do Código Penal. Poderá este, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada. Somente deverá recolher-se durante o período noturno e nos dias de folga.

Será cabível o regime aberto aos condenados não reincidentes, cuja a pena seja igual o inferior a 4 (quatro) anos, conforme inteligência do artigo 33, § 2º, alínea “c”, do Código Penal.

1.3 Progressão de regime

Considerando que o Brasil adotou o sistema progressivo de penas, conforme previsto no artigo 33, § 2º, do Código Penal e artigo 112 da Lei de Execuções Penais, a lei prevê a transferência do condenado de um regime mais rigoroso para outro menos rigoroso, é o que se denomina progressão de regime.

O condenado que cumpri pena em determinado regime, desde que preenchido determinados requisitos, poderá migrar para um regime mais benigno, até que cumpra a totalidade de sua pena.

Nesse sentido, leciona Guilherme de Souza Nucci que:

Após o juiz estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena (LEP, art. 110 e CP, art. 33, § 3º), o legislador previu a possibilidade da progressão de regime, isto é, da passagem do condenado de um regime mais rigoroso para outro mais suave, desde que satisfeitas as exigências legais do art. 112 da LEP, com a redação determinada pela Lei n. 10.792/2003, quais sejam, o cumprimento de 1/6 da pena e o bom comportamento carcerário, que deve ser atestado pelo diretor do estabelecimento prisional. Trata-se de um direito do condenado, bastando que se satisfaçam os dois pressupostos²².

O sentenciado, para que possa mudar para um regime mesmo rigoroso, precisa preencher dois requisitos, quais sejam requisito objetivo e requisito subjetivo.

²² CAPEZ, Fernando. **Código penal comentado** / Fernando Capez, Stela Prado. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.p. 130.

O primeiro, requisito objetivo, trata-se da quantidade de pena privativa de liberdade o condenado precisa cumprir no regime em que se encontra, assim, exige-se, via de regra, o cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena no regime inicial ou anterior. Nos crimes hediondos ou equiparados a hediondos, exige-se o cumprimento mínimo de 2/5 (dois quintos) da pena para o sentenciado primário e 3/5 (três quintos) para os sentenciados reincidentes.

Já o segundo, requisito subjetivo, refere-se ao mérito do condenado, ou seja, o bom comportamento carcerário, assim descrito em atestado emitido pela autoridade administrativa competente, qual seja, o diretor do estabelecimento prisional.

Desde a edição da Lei 10.792/03, o exame criminológico, estabelecido no artigo 112 da Lei de Execuções Penais, deixou de ser requisito indispensável à progressão de regime.

Sendo assim, como regra, não se exigirá o exame criminológico como condição para a progressão de regime, salvo se a peculiaridade do caso indicarem que sua realização seja necessária, desde que haja motivação idônea em decisão judicial.

Conforme se extrai da redação dada ao artigo 33, § 4º, do Código Penal, a progressão, nos crimes cometidos contra a administração pública, somente será admissível após o condenado haver reparado o dano causado ao erário ou devolvido o produto do ilícito cometido, com os devidos acréscimos legais.

1.4 Detração

Nos termos do artigo 42 do Código Penal, denomina-se detração o cômputo na pena privativa de liberdade ou na medida de segurança, do tempo de prisão provisória ou de internação, cumprida no Brasil ou no estrangeiro.

Assim, o tempo que o agente ficou preso ou internado, cautelarmente será descontado do tempo definitivo de pena privativa de liberdade ou, no caso de medida de segurança, em seu tempo mínimo de duração.

Com a redação dada pela Lei 12.736/2012, que acrescentou o § 2º no artigo 387 do Código de Processo Penal, houve considerável modificação no que tange a competência para realizar a detração penal, o que outrora era competência exclusiva do juiz da execução, passou também a ser do juiz sentenciante.

Nesse sentido, afirma Cleber Masson que “agora a detração penal é matéria de competência do juiz de 1ª instância (ou do Tribunal), a ser reconhecida na fase de conhecimento, e não somente na esfera da execução”²³.

Dentre outras polêmicas trazidas pela mencionada lei, há, ainda, a discussão se a detração penal influencia ou não no cálculo do prazo prescricional. Assim, há quem advogue a opinião que, em analogia ao artigo 113 do Código Penal, a prescrição deve ser computada no restante da pena a ser cumprida.

Para tal corrente, após o juiz sentenciante realizar a detração penal na sentença condenatória, passará a analisar a prescrição penal com base no restante da pena a ser cumprida. Assim, se um agente foi condenado, por exemplo, a 6 (seis) anos de reclusão e ficou preso provisoriamente por 2 (dois) anos, deve o juiz ou Tribunal analisar a prescrição com base nos 4 (quatro) anos restantes.

Não obstante tal posicionamento, o Supremo Tribunal Federal decidiu que:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PRISÃO PROVISÓRIA. CONTAGEM PARA EFEITO DA PRESCRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. **O tempo de prisão provisória não pode ser computado para efeito da prescrição, mas tão-somente para o cálculo de liquidação da Pena.** O artigo 113 do Código Penal, por não comportar interpretação extensiva nem analógica, restringe-se aos casos de evasão e de revogação do livramento condicional. Ordem denegada.²⁴ (*grifo nosso*).

²³ MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado** – Parte geral – V. 1. 7ª ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 640.

²⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RHC 85026, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 26/04/2005, DJ 27-05-2005 PP-00022 EMENT VOL-02193-01 PP-00123 RTJ VOL-00194-02 PP-00652.

Assim, observa-se que a norma estabelecida no § 2º do artigo 387 do CPP além da discussão ora mencionada também fomentou posicionamentos diversos quanto sua constitucionalidade, conforme abordaremos mais adiante.

1.5 Princípio da isonomia

O Principio da Igualdade, adotado pela a Carta Magna de 1988, estabelece que a lei deve dispor de um tratamento igualitário aos indivíduos, assim, reza o artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes²⁵:

Nesse sentido, tem-se que o princípio em comento deve nortear o legislador, impossibilitando-o de editar normas que discipline situações idênticas tratando-as de forma distinta, da mesma forma o interprete, ao aplicar as normas nos casos concretos deve se abster de dar tratamento desigual, por fim, o particular que não deve comportar-se de forma discriminatória, racista ou desigual para com seus pares²⁶.

Leciona Celso Antônio Bandeira de Mello que:

O preceito magno da igualdade é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas²⁷.

Por outro lado, deve-se observar a igualdade material, ou seja, tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual na medida de suas desigualdades.

²⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 11 abril. 2014.

²⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 40.

²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 9.

Assim, leciona Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino que:

O princípio constitucional da igualdade não veda que a lei estabeleça tratamento diferenciado entre pessoas que guardem distinções de grupo social, de sexo, de profissão, de condição econômica ou de idade, entre outras; o que não se admite é que o parâmetro diferenciador seja arbitrário, desprovido de razoabilidade ou de atender alguma relevante razão de interesse público. Em suma, o princípio da igualdade não veda o tratamento discriminatório entre os indivíduos, quando há razoabilidade para a discriminação²⁸.

Percebe-se que a diferenciação a ser realizadas deve ter tanto um critério diferenciador quanto um objetivo a ser alcançado com tal discriminação. Desse modo afirma Humberto Ávila que:

As pessoas ou situações são iguais ou desiguais em função de um critério diferenciador. Duas pessoas são iguais ou diferentes em razão da idade, do sexo ou da capacidade econômica. Essa diferenciação somente adquire relevo *material* na medida que lhe agrega uma finalidade, de tal sorte que as pessoas passam a ser iguais ou diferentes de acordo com um mesmo critério, dependendo da finalidade a que ele serve²⁹.

Apesar das ponderações feitas por Humberto Ávila, o próprio doutrinador adverte que “os sujeitos devem ser considerados iguais em liberdade, propriedade, dignidade. A violação a igualdade implica a violação a algum princípio fundamental³⁰”.

1.6 Princípios aplicáveis à execução penal

Como bem sabemos princípios são os pilares de sustentação de uma ordem jurídica e, segundo magistério de Celso Antônio Bandeira de Melo, pode ser conceituado como:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que irradia sobre diferentes normas compondo lhes o espírito e servindo de critérios para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe

²⁸ PAULO, Vicente. **Direito Constitucional descomplicado** / Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. – 4. ed., ver. E atualizada. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2009. p. 110.

²⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 10ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2009. p. 152.

³⁰ ÁVILA, Humberto. *Idem*. p. 153.

confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo³¹

Assim, em matéria penal, os princípios norteiam o legislador ordinário, impondo a estes limitações no poder punitivo estatal, assegurando aos cidadãos garantias que lhe são fundamentais.

Ademais, afirma Celso Ribeiro Bastos que “é extremamente mais grave a lesão a um princípio do que o ferimento a uma norma isolada”, isso porque segundo ele “a lesão ao princípio consiste em ferir as próprias estruturas desse direito, a ossatura que compõe esse feixe normativo³²”.

Superado tais pontos, faz-se necessário a compreensão de determinados princípios Constitucionais para o efetivo entendimento do presente trabalho, assim, sem mais delongas, observemos os princípios a serem observados tanto pelo juiz sentenciante quanto pelo juiz da execução.

1.6.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade, a incidir sobre a execução penal, está evidenciado no artigo 3º da Lei de Execução Penal, ao aduzir que:

Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei³³.

Assim, conforme se abstrai do artigo supratranscrito, o sentenciado continua a ser sujeito de direito, sendo privado, tão somente, dos direitos que lhe foram suprimidos na sentença penal condenatória.

Ademais, estabelece o artigo 45 da Lei de Execução Penal que:

³¹ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 807/808.

³² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 23.

³³ BRASIL. Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em 05 maio. 2014.

Art. 45. Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar³⁴.

1.6.2 Princípio da Igualdade

Estabelece o parágrafo único do artigo 3º da Lei de Execução Penal que “não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política³⁵”.

Sendo assim, deve o Estado tratar de forma igual os iguais e de forma desigual os desiguais na medida de suas desigualdades.

Nesse sentido, é perfeitamente possível a distinção de natureza sexual, como ocorre em relação à execução de pena entre homens e mulheres, de natureza etária e cultural, posto que no Brasil admite-se a prisão provisória especial para os detentores de curso superior.

1.6.3 Princípio da personalização da pena

Reza o artigo 5º da Lei de Execução Penal que: Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

Sendo assim, o sentenciado será submetido à classificação, a ser realizada pela Comissão Técnica de Classificação, tendo por objetivo avaliar sua personalidade e adequar o cumprimento da pena às suas características pessoais.

Conforme estabelece o artigo 7º da Lei de Execução Penal a Comissão Técnica da Classificação será presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por 2 (dois) chefes de serviço, 1 (um) psiquiatra, 1 (um) psicólogo e 1 (um) assistente social.

³⁴ BRASIL. Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em 05 maio. 2014.

³⁵ *Idem*.

Ademais, com a entrada da Lei 10.792/03 a mencionada Comissão não atua mais nas penas restritivas de direito, mas tão somente nas penas privativas de liberdade.

1.6.4 Princípio da jurisdicionalidade, da jurisdicionariedade ou da jurisdição

Para tal princípio os incidentes da Lei de Execução Penal serão decididos pelo Poder Judiciário. Assim, a autoridade administrativa somente pode determinar pontos secundários da execução da pena, tais como horário de sol, cela do preso, alimentação dentre outros.

Entretanto, mesmo casos decididos pela autoridade administrativa, resguarda-se sempre o acesso ao Judiciário, podendo o preso peticionar ao juiz da execução caso sinta prejudicado.

1.6.5 Princípio da vedação ao excesso de execução

O princípio em análise diz respeito à proibição de punir mais do que o determinado na sentença penal condenatória, assim, a execução penal está intimamente vinculada ao decreto condenatório que lhe deu existência.

Nesse interim, é de se observar que a própria lei 7.210/84 coloca como objetivo da execução penal efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal, conforme prevê o artigo 1º da mencionada norma.

1.6.6 Princípio da ressocialização

Como já mencionado a pena possui, também, finalidade ressocializadora, assim, durante a execução penal, busca-se recuperar o condenado a fim de possa voltar aos seios da sociedade.

O artigo 10 da Lei de Execução Penal deixa claro o objetivo de orientar o condenado ao retorno à convivência em sociedade, assim, o artigo 11, do mesmo diploma legal, elenca algumas espécies de assistências o condenado terá, sendo-as: material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

1.6.7 Princípio da humanidade

O princípio em apreço está previsto no artigo 5º, inciso XLVII, da CR/88 e determina a proibição de penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpetuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.

Nesse sentido, afirma Guilherme Nucci que:

Além disso, estabelece a Constituição da República outras regras regentes da execução penal: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (art. 5.º, XLVIII), “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (art. 5.º, XLIX), e “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (art. 5.º, L)”³⁶.

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 989.

CAPÍTULO II – INCONSTITUCIONALIDADE E O MECANISMO UTILIZADO PARA A REALIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Considerando o ordenamento jurídico na visão escalonada de Hans Kelsen, tem-se que a Constituição está no ápice da pirâmide normativa servindo esta como pressuposto de validade para as normas infraconstitucionais.

É o que se convencionou chamar de princípio da supremacia constitucional, isso porque a Constituição é a lei maior do Estado, afinal de contas é nela que se estabelece a própria organização estatal.

Ensina-nos José Afonso da Silva que:

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem o governo dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressamente ou implicitamente, pelas normas positivadas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos³⁷.

Assim, tendo em vista a superioridade constitucional, deve-se ter sempre em mente que toda e qualquer lei que venha contraria-la deverá ser, de imediato, repudiada do ordenamento, sob pena de causar notável insegurança jurídica.

Nesse sentido, o Poder Constituinte Originário desenvolveu um minucioso mecanismo de controle de constitucionalidade tendo por finalidade impedir que normas que contrariem a Carta Magna tenha validade normativa.

Sendo assim, faz-se necessário, num primeiro momento, trazemos a tona o conceito de inconstitucionalidade que é, segundo o magistério de Kildare Gonçalves Carvalho, “a desconformidade de um ato normativo do poder político referente à Constituição”³⁸.

³⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2011. p. 46.

³⁸ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**, 17. ed., ver. Atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 324.

Posto tais considerações, observemos, de forma mais detalhada, quais as espécies de inconstitucionalidade existente, como, quando e por qual poder [função] deve ser realizado o controle de constitucionalidade, dentre outros detalhes.

2.1 Espécies de Inconstitucionalidade:

Quanto às espécies de inconstitucionalidade, deve-se observar que uma norma pode ser inconstitucional tendo em vista a sua própria existência (inconstitucionalidade por ação) como também poderá haver inconstitucionalidade pela não criação de um ato normativo (inconstitucionalidade por omissão).

Assim, vejamos:

2.1.1 Inconstitucionalidade por omissão e por ação

Há inconstitucionalidade por omissão quando a própria Constituição determina a criação de uma norma para regulamentar determinada matéria e tal norma não é editada pelo órgão competente.

Nos dizeres de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

Temos a inconstitucionalidade por omissão quando a afronta à Constituição resulta de uma omissão do legislador, em face de um preceito constitucional que determine seja elaborada norma regulamentando suas disposições. Constitui portanto, uma conduta omissiva frete a uma obrigação de legislar, imposta ao Poder Público pela própria Constituição³⁹.

Assim, nessa espécie de inconstitucionalidade há uma omissão legislativa, posto que foi determinado ao legislador a criação de uma norma infraconstitucional tendo por objetivo regulamentar uma norma de eficácia limitada.

³⁹ PAULO, Vicente. **Direito Constitucional descomplicado** / Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. – 4. ed., ver. E atualizada. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2009. p. 695.

Sendo assim, a inércia do poder/função legislativo causa a inconstitucionalidade por omissão.

Por outro lado, na inconstitucionalidade por ação há um vício na própria edição da norma. Assim, enquanto na inconstitucionalidade por omissão há um silêncio legislativo, na inconstitucionalidade por ação há uma edição normativa viciada, por contrariar a Carta Magna.

Segundo magistério de Pedro Lenza “fala-se, então, em inconstitucionalidade por ação (positiva ou por atuação), a ensejar a incompatibilidade vertical dos atos inferiores (leis ou atos do Poder Público) com a Constituição [...]”⁴⁰.

Nesse sentido, a norma criada pode padecer de um vício formal ou material também denominado de vício de conteúdo, substancial ou doutrinário.

Buscando esclarecer de forma mais detalhada a matéria em apreço, posto a importância da mesma, observemos separadamente o vício forma e material que, por ventura, uma norma pode conter e, conseqüentemente ser considerada inconstitucional.

2.1.2 Vícios Formal e material

O vício formal, que ocorre na inconstitucionalidade por ação, é a mácula existente na própria forma da lei, ou seja, é o vício constante no procedimento adotado para a edição da norma, posto que deveria, o legislador, ter observado determinadas regras para criar a lei e por algum motivo foi negligenciado.

Sendo assim, há inconstitucionalidade formal quando o legislador deixa de obedecer o procedimento estabelecido para a edição de uma norma. Observa-se que nessa espécie de inconstitucionalidade há um vício na própria forma do ato legislativo, impedindo, assim, a validade da norma editada.

⁴⁰ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 206.

Nesse sentido, ensina-nos Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino que “a inconstitucionalidade formal ocorre quando há um desrespeito à Constituição no tocante ao processo de elaboração da norma⁴¹”. Neste caso, apesar do texto legislativo estar em perfeita consonância com a Carta Magna, há um vício no próprio ato que a criou.

Lado outro, observa-se que uma norma é materialmente inconstitucional quando o próprio conteúdo normativo da lei fere princípios ou disposições contidos na Carta Magna.

Nessa espécie de inconstitucionalidade há um excesso de poder, por parte da função legislativa, haja vista que o legislador se propôs a criar uma norma que, por ditames constitucionais, estava proibido de regulamentar.

Nesse sentido, leciona Gilmar Mendes que “a inconstitucionalidade material envolve, porém, não só o contraste direto do ato legislativo com o parâmetro constitucional, mas também a aferição do desvio de poder ou do excesso de poder legislativo”⁴².

A fim de trazer mais clareza para a compreensão da matéria, imaginemos, a título de exemplo, a edição de uma norma que estabeleça no Brasil a pena de morte. No exemplo trazido a baila temos um evidente caso de inconstitucionalidade por vício material, posto que há uma notável contradição com a redação do artigo 5º, inciso XLVII, “a”, da Constituição da República, ao estabelecer a proibição de tal penalidade.

Posto tais considerações, concluímos que enquanto, no vício formal, a norma é prejudicada por uma mácula no procedimento adotado para sua criação, no vício material, há uma incompatibilidade entre o texto normativo e a lei maior do Estado, restando claro o excesso de função legislativa ao editar a norma viciada.

⁴¹ PAULO, Vicente. **Direito Constitucional descomplicado** / Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. – 4. ed., ver. E atualizada. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2009. p. 696.

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1438.

2.1.3 Inconstitucionalidade total e parcial

A norma pode ser considerada inconstitucional em sua totalidade (inconstitucionalidade total) ou apenas em parte dela (inconstitucionalidade parcial).

Em regra, objetiva-se declarar a inconstitucionalidade apenas a parte viciada da norma (inconstitucionalidade parcial) aproveitando-se todo o restante normativo. Isso se dá, porque o controle de constitucionalidade, que será abordado em tempo oportuno, é realizado dispositivo a dispositivo e não de forma global, prejudicando todo sistema regulamentador.

Nesse sentido, poderá ser declarada inconstitucional várias expressões ou até mesmo uma única palavra de todo um texto normativo, é o que ocorreu no julgamento da ADIN 1.127-8, em que Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a expressão “qualquer” contida no inciso I do artigo 1º da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil)⁴³.

Assim, sendo o vício material, a partícula considerada inconstitucional poderá ser extinta do corpo normativo, por outro lado, sendo o vício formal todo o conjunto legal deverá ser declarado inconstitucional, isso porque, como já mencionado, nessa espécie de inconstitucionalidade há uma mácula no procedimento adotado para a criação da norma e conseqüentemente resta prejudicado todo o ato normativo.

2.1.4 Inconstitucionalidade direta e indireta

Como já mencionado, a Carta Magna é pressuposto de validade para as demais normas do ordenamento jurídico pátrio, assim, fala-se em inconstitucionalidade direta quando uma norma infraconstitucional afronta de forma direta os princípios ou regras estabelecidas na Lei Maior.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Associação dos Magistrados do Brasil – AMB e Presidente da República Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdão, DJ, 11 jun. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1127&processo=1127> Acesso em: 12 jun. 2014.

Ressalta-se, oportunamente, os ensinamentos de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino ao afirmarem que:

“O caso típico de inconstitucionalidade direta é a elaboração de uma espécie normativa primária, integrante do nosso processo legislativo (art. 59), em desrespeito à Constituição Federal. Como essas normas retiram o seu fundamento de validade diretamente da Constituição, eventual desrespeito – formal ou material – às regras e princípios constitucionais implicará inconstitucionalidade direta⁴⁴”

Noutro giro, fala-se em inconstitucionalidade indireta quando uma norma secundária (uma decreto por exemplo) é editada a fim de regulamentar uma norma primária (lei) inconstitucional, como há de se verificar, tal decreto será tido por inconstitucional, posto que a lei primária, que serviu de base para seu surgimento, afronta a Constituição, assim, indiscutivelmente, tal decreto também é considerado inconstitucional.

Cumprе observar, que o Supremo Tribunal Federal entende que nos casos de inconstitucionalidade reflexa, ou seja, quanto a lei é constitucional, mas o decreto que a regulamenta é inconstitucional, posto desrespeitar norma infraconstitucional, deve-se manejar um controle de legalidade e não o de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, cumpre mencionar posicionamento da Suprema Corte ao julgar que:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade: descabimento: caso de inconstitucionalidade reflexa. Portaria nº 001-GP1, de 16.1.2004, do Presidente do Tribunal de Justiça de Sergipe, que determina que o pagamento por via bancária dos emolumentos correspondentes aos serviços notariais e de registro - obtidos através do sistema informatizado daquele Tribunal - somente pode ser feito nas agências do Banco do Estado de Sergipe S/A - BANESE. Caso em que a portaria questionada, editada com o propósito de regulamentar o exercício de atividade fiscalizatória prevista em leis federais (L. 8.935/94; L. 10.169/2000) e estadual (L.est. 4.485/2001), retira destas normas seu fundamento de validade e não diretamente da Constituição. **Tem-se inconstitucionalidade reflexa - a cuja verificação não se presta a ação direta** - quando o vício de ilegitimidade irrogado a um ato normativo é o desrespeito à Lei Fundamental por haver violado norma infraconstitucional interposta, a cuja observância estaria vinculado pela Constituição⁴⁵. (grifo nosso).

⁴⁴ PAULO, Vicente. **Direito Constitucional descomplicado** / Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. – 4. ed., ver. E atualizada. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2009. p. 703.

⁴⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade. (ADI 3132, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 15/02/2006, DJ 09-06-2006 PP-00004 EMENT VOL-02236-01 PP-00096 RTJ VOL-00199-03 PP-00946 LEXSTF v. 28, n. 332, 2006, p. 33-49). Disponível em:

Superado tais considerações, observemos os controles de constitucionalidade adotados pela Constituição da República.

2.2 Controle de Constitucionalidade

2.2.1 Quanto ao momento do controle

No que tange ao momento de realização do controle de constitucionalidade, tem-se que o controle poderá ser realizado perante um projeto de lei ou perante uma lei já promulgada.

Nessa esteia, fala-se em controle de constitucionalidade prévio ou preventivo quando o controle é realizado em um projeto de lei. Por outro lado, se o controle for realizado perante uma norma já vigente fala-se em controle repressivo ou posterior.

2.2.2 Controle de constitucionalidade prévio ou preventivo

O controle de constitucionalidade prévio ou preventivo, como já dito, possui por objeto de análise um projeto de lei, assim, afirma Pedro Lenza que o controle prévio ou preventivo:

É o controle realizado durante o processo legislativo de formação do ato normativo. Logo no momento da apresentação de um projeto de lei, o iniciador, a “pessoa” que deflagrar o processo legislativo, em tese, já deve verificar a regularidade material do aludido projeto de lei⁴⁶.

Nesse diapasão, vale ressaltar que o mencionado controle pode ser realizado tanto pelos poderes legislativo e executivo, quanto pelo poder judiciário.

<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1127&processo=1127>
Acesso em: 14 jun. 2014.

⁴⁶ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 211/212.

Nesse interim, o controle de constitucionalidade preventivo realizado pelo legislativo se dá através das Comissões de Constituição e Justiça – CCJ – assim, o projeto de lei é submetido à apreciação da mencionada comissão a fim de verificar se a futura norma contraria a Carta Magna. É de se destacar que o parecer da referida Comissão, em regra, é terminativo.

Não havendo oposição da Comissão de Constituição e Justiça, o projeto de lei, após, ser votado é enviado ao Presidente da República com o fito de ser promulgado. Entretanto, caso o chefe do executivo entenda que o projeto é inconstitucional poderá perfeitamente vetá-lo, e assim procedendo, estaremos diante do chamado veto jurídico.

Não obstante a constitucionalidade do projeto normativo ser analisado pelos poderes Legislativo e Executivo há, ainda, a possibilidade do poder Judiciário realizar o controle preventivo, através do julgamento de mandado de segurança impetrado por parlamentar a fim de paralisar um projeto de lei que venha a ferir cláusula pétrea.

2.2.3 Controle repressivo ou posterior

O controle de constitucionalidade repressivo, também chamado de posterior, tem por objeto uma norma já vigente no ordenamento jurídico, assim, se por algum motivo uma lei, tida como inconstitucional, venha a integrar o ordenamento, faz-se necessário à expulsão dessa norma do mundo jurídico, utilizando-se para tanto o controle repressivo.

Em regra, essa modalidade de controle é realizada pelo poder Judiciário através do controle difuso e concentrado, os quais analisaremos mais adiante, entretanto, a Constituição da República prevê a possibilidade do poder legislativo fazer o controle repressivo.

Sendo assim, afirma Kildare Gonçalves Carvalho que:

No Brasil, a despeito de o controle repressivo ser sobretudo jurisdicional, a Constituição de 1988 prevê, em seu artigo 49, V, que esse controle pode ser também político – exercido pelo Congresso Nacional – ao atribuir-lhe a competência para sustar os efeitos dos atos normativos do Poder Executivo, que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa, o que se efetiva mediante decreto legislativo promulgado pela Mesa do Congresso⁴⁷.

Nesse sentido, pode o poder legislativo utilizar-se deste controle, como por exemplo, na hipótese do § 5º do artigo 62 da Carta Magna quando tal poder rejeita medida provisória por considerá-la inconstitucional.

Há, ainda, a possibilidade da realização do controle repressivo, feito pelo poder legislativo, quando o Congresso Nacional susta, por meio de decreto legislativo, atos normativos do Poder Executivo que exorbitaram seu poder regulamentar ou excederam os limites da delegação legislativa, nos termos do artigo 49, inciso V, e artigo 68, ambos da Constituição da República.

2.3 Controle Judiciário

O controle realizado pelo poder judiciário pode se dar de duas espécies: controle difuso também denominado de via de exceção ou defesa, ou controle concentrado, também chamado de controle por via de exceção.

2.3.1 Controle difuso [por via de exceção ou defesa]

O controle de constitucionalidade difuso é aquele que pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal em um determinado caso concreto. Assim, o magistrado, ao examinar uma demanda judicial, pode fazer o mencionado controle.

⁴⁷ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**, 17. ed., ver. Atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 348/349.

Esta modalidade de controle é também denominado controle incidental, posto que a declaração de inconstitucionalidade se dá não de forma principal, mas incidental, no processo.

Nesse sentido, observa-se que o pedido principal não é a declaração de inconstitucionalidade, mas um provimento jurisdicional num caso concreto, que depende da apreciação da constitucionalidade do ato normativo.

Há de se observar que, sendo o Tribunal o responsável pela declaração da inconstitucionalidade, terá que obedecer o estabelecido no artigo 97 da Carta Magna, denominado cláusula de reserva de plenário, ao determinar que:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público⁴⁸.

Ademais, os efeitos produzidos, em sede de controle difuso, são em regra *inter partes*, ou seja, atinge somente as partes integrantes do processo. Assim, aqueles que estiverem em situação semelhante, caso queira, deverão demandar a fim de ver declarado, em seu favor, a inconstitucionalidade da norma debatida.

Tais efeitos também são, em regra, *ex tunc*, ou seja, retroagem à data da expedição do ato normativo viciado.

Entretanto, pode existir um procedimento hábil para modificar este efeito, qual seja o estabelecido no artigo 52, inciso X, da Constituição da República, ao sustentar que compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em partes, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

José Afonso da Silva ensina que:

A declaração de inconstitucionalidade, na via indireta, não anula a lei nem a revoga; teoricamente, a lei continua em vigor, eficaz e aplicável, até que o Senado Federal suspenda sua executoriedade nos termos do art. 52, X, CR⁴⁹.

⁴⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 11 abril. 2014.

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2011. p. 54/55.

Assim, pode o STF, após o trânsito em julgado da decisão, comunicar ao Senado os termos de sua deliberação determinando a suspensão da execução da norma declarada inconstitucional a partir desse momento. Agindo dessa maneira, os efeitos passarão a ser *erga omnes*, ou seja, a lei ficará suspensa para todas as pessoas; e *ex tunc*, isto é, terá efeitos a partir do momento da expedição da resolução.

2.3.2 Controle concentrado [via de ação]

O controle concentrado, também denominado controle por via de ação, tem por objetivo principal a declaração da inconstitucionalidade ou da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

Assim, nos dizeres de Pedro Lenza o controle concentrado “em regra [...] almeja expurgar do sistema lei ou ato normativo viciado (material ou formalmente), buscando-se, por conseguinte, a invalidade da lei ou ato normativo⁵⁰”.

Ensina-nos Paulo Bonavides que:

O sistema de controle por via de ação permite o controle da norma *in abstracto* por meio de uma ação de inconstitucionalidade prevista formalmente no texto constitucional. Trata-se, como se vê, ao contrário da via de exceção, de um controle direto. Nesse caso, impugna-se perante determinado tribunal uma lei, que poderá perder sua validade constitucional e conseqüentemente ser anulada *erga omnes* (com relação a todos)⁵¹.

É um controle abstrato a ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse interim, a mencionada Corte somente irá apreciar a lei em tese e não diante de um caso concreto.

Sendo assim, enquanto no controle difuso o pedido principal não é a declaração da inconstitucionalidade de determinada norma ou ato, sendo que o

⁵⁰ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 238.

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 307.

argumento de inconstitucionalidade tem por fito se defender em um caso concreto, no controle concentrado o objetivo é tão somente declarar uma norma constitucional ou inconstitucional.

Nesse sentido, o controle concentrado pode ser realizado através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) – genérica, por omissão e interventiva, Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

2.3.2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade [ADI]

A Ação Direta de Inconstitucionalidade, prevista no artigo 102, I, “a”, da Constituição da República, bem como na Lei nº 9.868/99, é uma espécie de ação que tem por objetivo analisar se determinada lei, federal ou estadual, está em conformidade com a Lei Maior do Estado.

Nesse sentido, ensina-nos Alexandre de Moraes que:

O autor da ação pede ao STF que examine a lei ou ato normativo federal ou estadual em tese (não existe caso concreto a ser solucionado). Visa-se, pois obter a invalidade da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais⁵².

Os Legitimados a proposição da ADI estão previstos no artigo 103 da Carta Magna, sendo-os: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleias Legislativas ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estados ou do Distrito Federal, o Procurador da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Dentre os legitimados acima transcritos há os que possuem legitimidade universal ou neutra e os que devem demonstrar pertinência temática, ou seja, o

⁵² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 757.

conteúdo do ato deve ser pertinente aos interesses do legitimado sob pena de carência de ação.

Os legitimados que devem comprovar pertinência temática são os seguintes: a Mesa de Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Importante mencionarmos, ainda, a ADI por omissão, prevista no artigo 103, § 2º, da Constituição da República e no Capítulo II – A da Lei nº 9.868/99. Podemos conceitua-la como sendo uma ação constitucional que tem por objetivo sanar uma inconstitucionalidade por omissão.

Considerando haver na Carta Magna normas de eficácia limitada [aquela norma que depende de regulamentação para que o exercício do direito por ela garantido venha a ser efetivado] há de se reconhecer a importância da mencionada ação caso o legislador infraconstitucional deixe de cumprir com o comando normativo e não venha a criar a norma regulamentadora.

Os legitimados para a propositura da ADI por omissão são os mesmos legitimados à propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica e da Ação Declaratória de Constitucionalidade.

2.3.2.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade [ADC]

Prevista no artigo 102, inciso I, alínea “a”, e art. 103, I a IX, da Constituição da República e na Lei nº 9.868/99, a Ação Declaratória de Constitucionalidade tem por objetivo verificar a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal.

Considerando a presunção de constitucionalidade das leis, para a propositura da mencionada ação, faz-se necessário que haja controvérsia judicial relevante em relação à constitucionalidade da norma objeto de questionamento no Supremo Tribunal Federal, caso contrário, impossível propor a Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Nesse sentido leciona Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino que:

Cuida-se, pois, de uma ação que tem como objetivo principal transferir ao Supremo Tribunal Federal a apreciação sobre a constitucionalidade de um dispositivo legal que esteja sendo objeto de grande controvérsia entre juízes e demais tribunais, uma vez que, decidida a questão pelo Tribunal Maior, o Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, ficarão vinculados à decisão proferida⁵³.

Vale lembrar que as normas possuem uma presunção relativa de constitucionalidade – *juris tantum*, ou seja, aquela que admite prova em contrário, assim, há possibilidade de manejar a ação em comento.

Os legitimados para a propositura da Ação Declaratória de Constitucionalidade estão elencados no artigo 103 da Carta Magna, ou seja, os mesmo legitimados para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade [ADI].

Assim, tudo o que foi dito a respeito dos legitimados para propor a ADI será também aplicado para propositura da ADC.

A doutrina afirma que Ação Declaratória de Constitucionalidade [ADC] e a Ação Direta de Inconstitucionalidade [ADI] são de natureza dúplice, de sinais trocados, isso porque, a procedência de qualquer uma delas equivale a improcedência da outra.

No que tange aos efeitos da ação em análise, tem-se que tudo o que foi dito em relação à Ação Direta de Inconstitucionalidade, também, se aplica na ADC.

2.3.2.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental [ADPF]

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental [ADPF], prevista no artigo 102, § 1º, da Constituição da República, tem por objetivo verificar se uma lei ou ato normativo contraria um preceito fundamental previsto na Lei Maior.

⁵³ PAULO, Vicente. **Direito Constitucional descomplicado** / Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. – 4. ed., ver. E atualizada. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2009. p. 810.

A dúvida que surge é com relação ao conceito de preceito fundamental, sendo certo que não existe uma definição para tal expressão, assim, deve o Supremo Tribunal Federal, ao conhecer das ADPF's, determinar o que é e o que não é considerado preceito fundamental.

Segundo se infere do § 1º do artigo 4º da Lei 9.882/99 a ADPF possui caráter subsidiário, sendo assim, utilizará o mencionado mecanismo tão somente se não houver outro meio hábil a solucionar o problema.

Não é exigido que o Advogado Geral da União faça a defesa do ato impugnado, entretanto, ao Procurador-Geral da República, quando não for o autor da ação, será ouvido.

A ADPF é o instrumento utilizado para verificar a conformidade de lei municipal em relação a constituição.

Nesse diapasão ensina-nos Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino que:

Até a instituição da arguição de descumprimento de preceito fundamental, o direito municipal e o direito pré-constitucional não podiam ter a sua validade em abstrato impugnada perante o Supremo Tribunal Federal. Isso porque a ação direta de inconstitucionalidade só admite como objeto leis e atos normativos federais e estaduais, e a ação declaratória de constitucionalidade só é instrumento idôneo para aferição de direito federal, exigindo o STF, em ambos os casos, que o direito seja editado sob a égide da atual Carta Política (normas pós-constitucional)⁵⁴.

No que tange aos efeitos há de se destacar que, julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se condição e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

Cabe salientar que os efeitos terão eficácia *erga omnes* e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

⁵⁴ PAULO, Vicente. **Direito Constitucional descomplicado** / Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. – 4. ed., ver. E atualizada. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2009. p. 817.

CAPÍTULO III – A INCONSTITUCIONALIDADE DA NOVA SISTEMÁTICA DE DETRAÇÃO PENAL PREVISTA NO § 2º DO ARTIGO 387 DO CPP

Com a publicação da Lei Federal 12.736/12, a qual acrescentou o parágrafo 2º no artigo 387 do Código de Processo Penal, houve grande divergência na comunidade jurídica, fazendo com que renomados doutrinadores digladiem acerca da inconstitucionalidade ou não da referida lei.

Reza o § 2º do artigo 387 do CPP que:

§ 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 liberdade⁵⁵.

Antes de mais nada, faz-se necessário destacar que a expressão “prisão administrativa” em nada se diferencia da chamada prisão civil. Assim, leciona Flávio Augusto Monteiro de Castro que:

Perante o nosso código Penal, não há diferença entre prisão administrativa e prisão civil. A expressão prisão administrativa (...) deve compreender toda prisão decretada por juiz extrapenal, com a finalidade de compelir a pessoa a cumprir dever jurídico que lhe incumbe⁵⁶.

Há de se observar ainda que a expressão “será computado”, previsto no artigo supratranscrito, refere-se ao instituto da detração penal, este já tratado por nós no primeiro capítulo, que é conceituado por Fernando Capez como sendo:

O cômputo, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, do tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em hospital de custódia e tratamento ou estabelecimento similar⁵⁷.

⁵⁵ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-tribunallei/del3689compilado.htm. Acesso em 07 maio. 2014.

⁵⁶ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal**, parte geral: volume 1 – 3. Ed. ver. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2003. p. 452.

⁵⁷ CAPEZ, Fernando. **Código penal comentado** / Fernando Capez, Stela Prado. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p.152.

Como já dito em linhas pretéritas, a Lei 12.736/2012 trouxe considerável alteração legislativa, posto que, a detração penal era competência exclusiva do juiz da execução, sendo que agora, com a entrada em vigor da novel Lei, a detração penal também passou a ser de competência do juiz da condenação.

Nesse sentido, alega Ricardo Schitt que:

A competência para o reconhecimento e a aplicação da detração passa agora também ao juiz sentenciante para fins de estabelecimento do regime ideal de cumprimento da pena (sentença condenatória) ou para estabelecer o período mínimo para a realização da perícia de averiguação da cessação de periculosidade do sentenciado (sentença absolutória imprópria)⁵⁸.

Superado tal ponto, é de se observar que a mencionada norma procedimental busca solucionar a morosidade vivida pela justiça brasileira, contudo causa insegurança jurídica, bem como disparidade no tratamento entre os sentenciados.

Em primeiro lugar faz-se necessário atentar-se para o fato de que há possibilidade do condenado progredir de regime sem, contudo, o magistrado observar os requisitos necessários para conceder-lhe a progressão.

Nesse sentido, imaginemos que determinado indivíduo, primário, foi condenado há 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão, pelo cometimento de um crime comum, considere-se, ainda, que durante a instrução processual o agente começou a ameaçar testemunhas, motivo pelo qual teve sua prisão provisória decretada, ficando segregado, provisoriamente, por 2 (dois) meses.

A nova sistemática trazida pela Lei Federal nº 12.736/12, determina que o juiz deve, ao confeccionar a sentença penal condenatória, criar um tópico dedicado a realizar o desconto do tempo em que o agente permaneceu preso cautelarmente.

Assim sendo, no caso do exemplo acima descrito, o agente terá, para fins de determinação da fixação do regime inicial, sua pena fixada em 8 (oito) anos de reclusão, por conseguinte, não sendo ele reincidente e possuindo circunstâncias judiciais favoráveis (art. 59 do CP), iniciará o cumprimento da pena no regime semiaberto, conforme determinação do artigo 33, § 2º, alínea “b” e § 3º, do Código Penal.

⁵⁸ SCHMITT, Ricardo. **Sentença Penal Condenatória**. 8ª ed. ver. e atual. Bahia: 2014. p. 329.

Nota-se que o agente que iria ter seu regime inicial de cumprimento de pena fixado em regime mais gravoso não o terá pelo fato de ter sido preso provisoriamente, assim, o condenado passa para um regime mais brando. Nesse diapasão, não há como negar que o ocorrido trata-se de uma espécie de progressão de regime, posto que, em função da detração penal realizada pelo juiz sentenciante, o condenado mudou de regime.

Conforme pontuamos no primeiro capítulo, para que o agente possa progredir de regime é necessário o preenchimento de dois requisitos, quais sejam requisito objetivo e requisito subjetivo.

O primeiro, requisito objetivo, trata-se do tempo de prisão cumprida pelo sentenciado no regime anterior ao almejado, que, em regra, será de 1/6 (um sexto), conforme determina o artigo 112 da Lei de Execução Penal.

Por outro lado, tratando-se de crime hediondo ou equiparado a hediondo o condenado deverá cumprir pelo menos 2/5 (dois quintos), sendo ele primário, e 3/5 (três quintos) se reincidente, consoante redação dada ao § 2º do artigo 2º da Lei 8.072/90.

Não obstante o preenchimento do requisito objetivo, deve ainda o apenado preencher o requisito subjetivo. Este consistente no comportamento do sentenciado durante seu segregamento. Em suma, o sentenciado deve ostentar bom comportamento carcerário para que possa ter direito a progredir para regime menos rigoroso.

Nesse diapasão, ensina-nos Renato Marcão que:

Devem coexistir os requisitos objetivos (cumprimento de 1/6, na generalidade dos crimes; 2/5, se primário, ou 3/5, se reincidente, em se tratando de crimes hediondos ou assemelhados) e subjetivo (boa conduta carcerária, comprovada por atestado assinado pelo diretor do estabelecimento; portanto, mérito). Não basta à progressão a satisfação de apenas um deles⁵⁹.

Posto isso, analisemos o exemplo apresentado acima:

⁵⁹ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução penal** / Renato Marcão. – 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 159.

O acusado teve sua pena fixada em 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão pela prática de crime comum. Nesse interim, para que o apenado tivesse direito a progredir para o regime semiaberto teria ele que cumprir pelo menos 1/6 (um sexto) da pena no regime fechado, totalizando, assim, 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 10 (dez) dias no mencionado regime e não apenas 2 (dois) meses, conforme no caso em análise.

Nesse sentido, a jurisprudência é pacífica em afirma que:

APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO SIMPLES - PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO - AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO FUNDAMENTO LEGAL DA INTERPOSIÇÃO - AFRONTA A AMPLA DEFESA - RECURSO CONHECIDO - MÉRITO - REDUÇÃO DA PENA-BASE - NECESSIDADE - ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - MINORAÇÃO DA PENA BASE NA FRAÇÃO DE 1/6 - IMPOSSIBILIDADE - MATÉRIA AFETA À DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ - DETRAÇÃO PENAL - ABRANDAMENTO DO REGIME - POSSIBILIDADE - RECURSO PROVIDO EM PARTE. - O simples fato de a peça de interposição não indicar qual o dispositivo legal que lastreia o inconformismo defensivo não isenta este Eg. Tribunal de Justiça da análise do apelo, sob pena de afronta ao princípio da ampla defesa. - Verificada a incorreção do juízo primevo quando da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, deve ser reduzida a reprimenda imposta ao agente. - Na segunda fase de aplicação das penas, ao contrário do que ocorre na terceira, o legislador não determinou quantum de majoração ou redução da reprimenda, o qual fica adstrito ao poder discricionário do magistrado, respeitados os limites legais para a fixação da pena-base. - **O art. 387, § 2º, do CPP, alterado pela Lei 12.736/12, determina que o Juiz deverá considerar o tempo de prisão provisória para determinação do regime inicial da pena privativa de liberdade. - Considerando o período em que o réu ficou preso provisoriamente e promovendo a detração penal, tendo ele já cumprido fração superior à necessária para a progressão de regime, mostra-se possível o abrandamento do regime prisional⁶⁰.** (grifo nosso).

No mesmo sentido:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO - RECURSO DEFENSIVO - DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS - IMPROCEDÊNCIA - DECOTE DA QUALIFICADORA - IMPOSSIBILIDADE - SOBERANIA DO JÚRI POPULAR - DECISÃO MANTIDA - TENTATIVA - QUANTUM FIXADO EM RAZÃO DO ITER CRIMINIS PERCORRIDO - MANUTENÇÃO - RECURSO MINISTERIAL - REGIME PRISIONAL - ALTERAÇÃO IMPERATIVA - RECURSO MINISTERIAL PROVIDO E RECURSO DEFENSIVO NÃO PROVIDO.

⁶⁰ MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. TJ-MG - APR: 10024112122783002 MG, Relator: Alberto Deodato Neto, Data de Julgamento: 10/09/2013, Câmaras Criminais / 1ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 20/09/2013.

I - Consoante a Súmula 28 do Eg. Tribunal de Justiça, a cassação de veredicto popular ao argumento de ser manifestamente contrário às provas dos autos somente é admitida quando for a decisão "escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do contendo probatório".

II - O fato de a defesa não concordar com a escolha feita pelo Conselho de Sentença não implica na cassação da decisão, pois é permitido ao Júri seguir uma das versões apresentadas nos autos.

III - Em se tratando de delito cuja competência é do Tribunal do Júri, é defeso ao Tribunal ad quem operar o decote de qualificadora devidamente reconhecida pelo conselho de sentença, sob pena de ofensa ao princípio da supremacia do veredito popular.

IV - O quantum de redução em virtude do reconhecimento da minorante da tentativa deve assentar-se no iter criminis percorrido, ou seja, pelo maior ou menor avanço em relação à fase final do delito.

V - O art. 387, § 2º, do CPP, alterado pela Lei 12.736/12, determina que o Juiz deverá considerar o tempo de prisão provisória para determinação do regime inicial da pena privativa de liberdade.

VI - A alteração do regime prisional inicial em razão da detração só é possível se preenchido o requisito objetivo, ou seja, é necessário que o réu já tenha cumprido, computando o tempo da prisão provisória, fração superior à necessária para a progressão de regime⁶¹. (grifo nosso)

No mesmo sentido é o entendimento do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Vejamos:

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PARCIAL CONHECIMENTO. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA PELA DETRAÇÃO. LEI Nº 12.736/12. 1. Os embargos de declaração não se prestam para rediscutir o julgado criminal, incluindo as provas de autoria do delito. 2. **A Lei nº 12.736/2012, ao introduzir o art. 387, § 2º, do Código de Processo penal, permitiu, salutarmente, que o magistrado sentenciante, na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, já considerasse o período cumprido em decorrência da prisão cautelar. A interpretação sistemática da legislação processual é no sentido da possibilidade da alteração do regime inicial decorrente da pena fixada na sentença caso o período de prisão cautelar até então cumprido seja equivalente ao período necessário para o atendimento do requisito objetivo para progressão de regime. Entendimento contrário gera inconsistência no sistema e tratamento desigual entre o preso provisório e o definitivo.** 3. Embargos de declaração parcialmente conhecidos e improvidos⁶². (grifo nosso).

Ademais, deve-se observar, ainda, o comportamento carcerário do sentenciado, podendo-lhe conceder o benefício da progressão de regime desde que ostente bom comportamento carcerário. O que não foi analisado no exemplo acima citado.

⁶¹ MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Apelação Criminal 1.0313.11.007428-0/002, Relator(a): Des.(a) Alberto Deodato Neto, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 25/02/2014, publicação da súmula em 07/03/2014.

⁶² BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. TRF-4 - ACR: 44922720034047002 PR 0004492-27.2003.404.7002, Relator: VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS, Data de Julgamento: 25/09/2013, OITAVA TURMA, Data de Publicação: D.E. 03/10/2013.

Assim, chega-se a conclusão de que, o juiz ao aplicar a norma contida no § 2º do artigo 387 do CPP, não leva em consideração, também, o requisito subjetivo para a progressão de regime.

No mais, deve-se atentar para o fato de que o órgão do Ministério Público deve ser previamente consultado acerca da progressão de regime, o que não ocorre quando o juiz de conhecimento aplica a norma estabelecida no artigo 387, § 2º do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, instrui Renato Marcão que:

Por ser imprescindível a prévia oitiva do Ministério Público, nula é a progressão de regime deferida sem observância da cautela legal, já que inegável o interesse do referido órgão em se pronunciar sobre o pedido, fiscalizando os rumos da execução, conforme determina o art. 67 da Lei de Execução Penal⁶³.

Explicando a nova sistemática de detração penal, afirma Cleber Masson que:

Agora, a detração penal é matéria de competência do juiz de 1ª instância (ou do tribunal), a ser reconhecida na fase de conhecimento, e não somente na esfera da execução. Exemplificativamente, se o acusado permaneceu preso preventivamente por 1 (um) ano, e ao final do processo foi condenado à pena de 9 (nove) anos de reclusão, o magistrado deverá aplicar a detração na própria sentença, fixando o regime inicial semiaberto para início de cumprimento da pena privativa de liberdade, correspondente ao restante da pena (8 anos), e não o regime fechado, relativo ao total da pena imposta⁶⁴.

É de se observar que, mesmo, no exemplo utilizado por Cleber Masson o acusado não atingiu o tempo necessário para progredir para o regime semiaberto, posto que deveria ele ter cumprido 1 (um) ano e 6 (seis) meses no regime fechado.

A fim de trazer maior clareza ao assunto, atentemo-nos para mais uma hipótese em que a norma aqui criticada demonstra total desrespeito ao princípio Constitucional da isonomia. Senão vejamos:

A título de exemplo, é possível pensar em dois indivíduos, em iguais condições, sendo processados pelo crime de extorsão, tipificado no artigo 158 do Código Penal.

⁶³ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 11ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 94

⁶⁴ MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado** – Parte geral – V. 1. 7ª ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 640/641.

Considerando que um dos acusados começa a ameaçar testemunhas, o juiz da causa decreta sua prisão preventiva. Já o outro processado, por não trazer riscos ao processo e nem a sociedade, continua a responder o processo em liberdade.

Tendo em vista a periculosidade desse indivíduo, o mesmo permanece acautelado até a confecção da sentença condenatória que julgou procedente a denúncia e condenou ambos os réus a 8 (oito) anos e 3 (três) meses de reclusão. Tem-se que o acusado que trouxe transtornos à instrução processual ficou, por este motivo, provisoriamente, segregado por 6 (seis) meses.

Nesse sentido, ao ser realizada a detração na sentença condenatória, o acusado que mal se comportou durante a marcha processual terá sua pena, para fins de determinação da fixação do regime inicial, fixada em 7 (sete) anos e 9 (nove) meses, iniciando o cumprimento de pena no regime semiaberto, caso tenha as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP como favoráveis, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea “b” e § 3º, do Código Penal.

Por outro lado, o acusado, que teve bom comportamento durante a marcha processual, iniciará o cumprimento da reprimenda no regime fechado e só terá direito a progredir para o regime semiaberto após cumprir 1/6 da pena (requisito objetivo), ou seja, 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias. Ademais, deve, ainda, ostentar bom comportamento carcerário (requisito subjetivo) e prévia oitiva do *Parquet*, sob pena de ser-lhe indeferida a progressão.

Nota-se que, o indivíduo que trouxe prejuízos para o processo progrediu para o regime semiaberto após cumprir 6 (seis) meses no regime fechado, além de não ter sido observado sua conduta carcerária e nem ter sido, previamente, ouvido o Ministério Público.

Nesse sentido, é forçoso admitir que não foram observados os requisitos necessários para a progressão de regime no caso do agente que mal se comportou durante o processo.

Sendo assim, enquanto que para alguns sentenciados, que buscam progredir de regime, faz-se necessário o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos, bem como prévia oitiva do Ministério Público, para outros, como no caso em análise, tais requisitos não são observados.

Nesse diapasão, não há dúvidas quanto ao tratamento desigual dispensado aos condenados que objetivam progredir de regime prisional. Via de consequência, resta demonstrado, de forma cristalina, o desrespeito ao princípio constitucional da isonomia.

Nesse interim, vale destacar os ensinamentos do professor Dário José Soares Junior ao lecionar que:

No Direito Processual Penal, a observância da principiologia constitucional é inafastável, para que se assegure uma interpretação adequada ao texto fundamental, pois como demonstram Flaviane de Magalhães Barros e Felipe Daniel Amorim Machado, “o modelo constitucional do processo é uma base principiológica uníssona, na qual os princípios que o integram são vistos de maneira co-dependente”⁶⁵.

Nesse sentido, segundo magistério de Alexandre de Moraes “o legislador, no exercício de sua função constitucional de edição normativa, não poderá afastar-se do princípio da igualdade, sob pena de flagrante inconstitucionalidade”⁶⁶.

De mais a mais, afirma Gilmar Mendes que “o princípio da igualdade traduz-se, em boa medida, como um comando proibitivo de decisões arbitrárias, um imperativo de racionalidade de conduta”⁶⁷.

Assim, considerando a redação da norma aqui criticada, parece-nos mais viável que o acusado traga perturbações ao bom andamento processual para que seja beneficiado por uma lei não comprometida com a justiça.

Nesse sentido, sob os ensinamentos Cezar Roberto Bitencourt, uma norma ao ser criada pelo legislador deve obedecer o Princípio da Proporcionalidade, devendo ser observada a necessidade e adequação da norma editada, “numa espécie de relação “custo-benefício” para o cidadão e para a própria ordem jurídica”⁶⁸.

⁶⁵ JUNIOR, Dário José Soares. **Estado e Sociedade Brasileira: 25 anos da Constituição cidadã**. / Márcio Xavier Coelho (Coord.) Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 41/42.

⁶⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 40.

⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012. p. 258.

⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** - Parte Geral. V. 1, 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 56.

Sendo assim, o legislador deve buscar meios menos gravosos para o cumprimento da reprimenda penal, entretanto, tais meios, devem ser adequados, cumprindo os objetivos da pena, qual seja, reprovação e prevenção do crime.

Não obstante, o princípio da proporcionalidade também deve ser observado na dosimetria da pena, conforme decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça:

Na fixação da pena-base, além do respeito aos ditames legais e da avaliação criteriosa das circunstâncias judiciais, deve ser observado o princípio da proporcionalidade, para que a resposta penal seja justa e suficiente para cumprir o papel de reprovação do ilícito⁶⁹.

Fato é que a norma em debate causa uma sensação de impunidade, sendo que ao trazer transtornos ao processo, a conduta do acusado insubordinado, em vez de ser severamente criticada, é infelizmente privilegiada pelo Estado.

Por essas razões, este trabalho advoga a opinião de que a norma contida no parágrafo 2º do artigo 387 do Código de Processo Penal não deve ser aplicada no caso concreto pelo magistrado tendo em vista os motivos supracitados.

Nesse diapasão, é necessário o oferecimento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), com o fito de declarar a inconstitucionalidade do § 2º do artigo 387 do CPP. Entretanto, enquanto a mencionada ação não é proposta, é de responsabilidade de o juiz sentenciante realizar o controle difuso de constitucionalidade declarando tal norma como inconstitucional.

Por conseguinte, deve prevalecer o que estabelece a Súmula 716 do Supremo Tribunal Federal, ao dispor que:

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 condenatória⁷⁰.

Que fique claro que não discordamos quanto à realização da detração penal, até porque entendemos que pena cumprida é pena extinta. Entretanto, opomo-nos ao posicionamento que afirma que o indivíduo que deveria iniciar sua pena em

⁶⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 84.427/RJ**, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.^a Turma, j. 28.02.2008.

⁷⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula 716**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800>. Acesso em: 08 de maio. 2014

determinado regime, passa para regime menos gravoso, sem, contudo ser observados os requisitos necessários para tanto.

Nesse sentido, faz-se necessário citarmos o procedimento anterior a novel Lei 12.736/2012, no qual adotamos o entendimento que deve continuar a prevalecer.

Assim, ensina-nos Ricardo Schmitt que:

Após a condenação ou absolvição imprópria, a Secretaria da Vara aonde tramitou o processo de conhecimento, expede um documento chamado “guia de execução ou de recolhimento” na qual contém diversas informações sobre o sentenciado, dentre elas o total da pena imposta ou o período mínimo para averiguação de sua periculosidade e o tempo em que ficou preso ou internado provisoriamente, ou seja, antes do trânsito em julgado.

Essa guia, juntamente com outros documentos, é encaminhado ao juízo da execução penal (geralmente outra Vara) e lá é iniciado o processo de execução do julgado, no qual o magistrado irá decidir sobre a situação jurídica do reeducando (condenado ou internado), deliberando sobre progressão e regressão de regime, livramento condicional, detração, remição de pena, dentre outros institutos previstos na Lei nº 7.210/84⁷¹.

Temos que tal procedimento evita que os condenados que cumpriram restrição antecipada da liberdade galgue regime menos gravoso sem nenhuma observância ao ordenamento jurídico pátrio, enquanto, outros reeducandos, que não tiveram sua prisão provisória decretada, tenham que preencher os requisitos estabelecidos na Lei de Execução de Penais.

⁷¹ SCHMITT, Ricardo. **Sentença Penal Condenatória**. 8ª ed. ver. e atual. Bahia: 2014. p. 329.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como fito analisar a constitucionalidade da nova sistemática de detração penal, prevista no § 2º do artigo 387 do CPP, acrescentado pela Lei 12.736/12.

No capítulo I foi possível analisar a prisão e suas espécies, as penas existentes no nosso ordenamento jurídico, bem como observamos o instituto da progressão de regime e da detração penal, abordamos, ainda, sobre a individualização da pena, o princípio da isonomia e por fim trouxemos a tona os princípios aplicáveis na execução penal.

O capítulo II, ganhou um exame apurado acerca do vício normativo advindo da inconstitucionalidade legislativa. Momento no qual foi abordado, de forma detalhada, as espécies de inconstitucionalidade, bem como é realizado o controle de constitucionalidade no Brasil.

O capítulo III, dedicado a analisar a inconstitucionalidade do § 2ª no artigo 387 do Código de Processo Penal, abrangeu um estudo detalhado da novel lei. Ademais, deixamos vasado a aplicação prática do mencionado dispositivo, bem como demonstramos, de forma cristalina, o tratamento desigual dispensado aos condenados que não são presos provisoriamente.

Portanto, a hipótese do trabalho permaneceu por demais confirmada, especialmente porque ao aplicar a norma supramencionada não restaram dúvidas que a mesma fere o princípio constitucional da isonomia, posto que os condenados que cumprem prisão cautelar, acabam por ser beneficiados pela progressão de regime sem contudo ser observado os requisitos mínimos para migrar para regime mais benéfico.

Nesse diapasão, temos que o magistrado ao confeccionar a sentença penal condenatória deve declarar de ofício a inconstitucionalidade do § 2º do artigo 387 do Código de Processo Penal, até que os legitimados, conforme artigo 103 da Constituição da República, proponham Ação Direta de Constitucionalidade.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 10ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal**, parte geral: volume 1 – 3. Ed. ver. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva. 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 23.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte Geral**. V. 1, 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BONFIM, Edilson Mougenot .**Curso de Processo Penal** : rev. e atual, de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009 / Edilson Mougenot Bonfim . — 5. e d : — São Paulo.- Saraiva, 2010 .

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 19 abril. 2014.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 01 maio 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 11 abril. 2014.

BRASIL. **Lei 7.960/89**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm. Acesso em 19 abril. 2014.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em 05 maio. 2014.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça - **RHC: 35784 SP 2013/0050030-0**, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 04/06/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/06/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Associação dos Magistrados do Brasil – AMB e Presidente da República Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdão, DJ, 11 jun. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1127&processo=1127> Acesso em: 12 jun. 2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI 3132**, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 15/02/2006, DJ 09-06-2006 PP-00004 EMENT VOL-02236-01 PP-00096 RTJ VOL-00199-03 PP-00946 LEXSTF v. 28, n. 332, 2006, p. 33-49). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1127&processo=1127> Acesso em: 14 jun. 2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 84.427/RJ**, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª Turma, j. 28.02.2008.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RHC 85026**, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 26/04/2005, DJ 27-05-2005 PP-00022 EMENT VOL-02193-01 PP-00123 RTJ VOL-00194-02 PP-00652.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula 716**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800>. Acesso em: 08 de maio. 2014

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. TRF-4 - **ACR: 44922720034047002 PR 0004492-27.2003.404.7002**, Relator: VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS, Data de Julgamento: 25/09/2013, OITAVA TURMA, Data de Publicação: D.E. 03/10/2013.

CAPEZ, Fernando. **Código penal comentado** / Fernando Capez, Stela Prado. – 3. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**, 17. ed., ver. Atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal** / Vicente Greco Filho. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

JUNIOR, Dário José Soares. **Estado e Sociedade Brasileira: 25 anos da Constituição cidadã**. / Márcio Xavier Coelho (Coord.) Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. vol. I / Renato Brasileiro de Lima. - Niterói, RJ: Impetus, 2011.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução penal** / Renato Marcão. – 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARCÃO, Renato. **Execução penal**. / Renato Marcão. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado** – Parte geral – V. 1. 7ª ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Apelação Criminal 1.0313.11.007428-0/002**, Relator(a): Des.(a) Alberto Deodato Neto, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 25/02/2014, publicação da súmula em 07/03/2014.

MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. TJ-MG - **APR: 10024112122783002** MG, Relator: Alberto Deodato Neto, Data de Julgamento: 10/09/2013, Câmaras Criminais / 1ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 20/09/2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 7ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo Penal**. 15 ed. Ver. e atual – Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

PAULO, Vicente. **Direito Constitucional descomplicado** / Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. – 4. ed., ver. E atualizada. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2009.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado** / Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – São Paulo : Saraiva, 2012.

SCHMITT, Ricardo. **Sentença Penal Condenatória**. 8ª ed. ver. e atual. Bahia: 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2011.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ª. Ed. ver. ampl. Bahia: Editora Juspodivm, 2013.