

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC
CURSO DE DIREITO**

DIREL LUIZ BITENCOURT JUNIOR

**A APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL E DA PROGRESSÃO CAUTELAR DE
REGIME NA SENTENÇA CONDENATÓRIA, COM O ADVENTO DA LEI N.º
12.736/2012**

CRICIÚMA

2016

DIREL LUIZ BITENCOURT JUNIOR

**A APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL E DA PROGRESSÃO CAUTELAR DE
REGIME NA SENTENÇA CONDENATÓRIA, COM O ADVENTO DA LEI N.º
12.736/2012**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado
para obtenção do grau de Bacharel no curso de
Direito da Universidade do Extremo Sul
Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Alfredo Engelmann Filho

CRICIÚMA

2016

DIREL LUIZ BITENCOURT JUNIOR

**A APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL E DA PROGRESSÃO CAUTELAR DE
REGIME NA SENTENÇA CONDENATÓRIA, COM O ADVENTO DA LEI N.º
12.736/2012**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharelado, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito Penal.

Criciúma, 04 de julho de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Alfredo Engelmann Filho (UNESC) – Orientador

Prof. Esp. Leandro Alfredo da Rosa (UNESC) - Membro

Prof. Esp. João de Mello (UNESC) - Membro

Dedico este trabalho á minha família que me incentivou a chegar tão longe, acreditando e me fazendo acreditar na minha capacidade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família pelo depósito de confiança, que me possibilitou chegar até aqui. Em especial minha à minha mãe Eliana, que me apoiou sempre, contribuindo para que eu visse meu potencial, à meu pai Direl que, mesmo após todas nossas diferenças, me ajudou a construir minha caminhada e à minha irmã Diana que sempre foi amável e carinhosa quando precisei.

Agradeço aos meus amigos que participaram e apoiaram esta etapa da minha vida, em especial ao Rafael e à Scheila, que estiveram do meu lado quando mais precisei, além de estarem do meu lado me confortando e apoiando.

Ao professor e orientador Alfredo Engelmann Filho, por suas correções e paciência, me auxiliando a confeccionar essa monografia, além ter me proporcionado uma oportunidade que nunca esquecerei.

Agradeço, também, aos professores que, no decorrer dessa caminhada, influenciaram na ampliação da minha mente.

À Luz que, todos os dias, me permitiu vislumbrar o caminho a ser trilhado.

E finalmente, a todos que estiveram presentes no meu caminho, que de alguma forma contribuíram com a minha evolução.

RESUMO

A Lei n.º 12.736/2012, que alterou o Código de Processo Penal, inserindo em seu art. 387, os parágrafos 1º e 2º, estabelece que o Juiz de conhecimento, ao proferir a sentença penal condenatória, deverá promover a detração penal para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena, com objetivo de tornar mais célere a concessão dos benefícios da execução penal ao condenado, em especial quanto ao regime inicial de cumprimento da reprimenda. Na prática, essa lei não é cumprida, tornando essa atividade exclusiva do juiz de execução. A aplicação da Lei com base no texto legal poderia causar implicações positivas ou negativas ao acusado, devido à sua redação, gerando dúvidas e abstenções quanto à sua aplicação. Dessa forma, busca-se com a presente pesquisa, verificar a aplicação da detração penal na sentença penal condenatória para fixação do regime inicial de cumprimento da pena, com advento da Lei n.º 12.736/2012, e analisar quais as implicações provocadas pela sua aplicação, utilizando o método de pesquisa dedutivo, com pesquisa teórica através do emprego de material bibliográfico e documental legal.

Palavras-chave: Lei n.º 12.736/2012. detração penal. fixação de regime. prisão provisória. implicações.

ABSTRACT

The Law n.º 12.736/2012, which amended the Code of Criminal Procedure by inserting in its art. 387, paragraphs 1 and 2, it states that the Judge of knowledge, in making the penal sentence, should promote criminal detraction for fixing the initial regime of serving the sentence, in order to make faster the granting of benefits of running the condemned criminal, especially as the initial compliance regime of reprimand. In practice, this law is not fulfilled, making this unique activity execution judge. The application of the law based on the legal text could cause positive or negative implications to the accused, because of its wording, generating doubts and abstentions as to its application. Thus, the aim with this thesis, research on the application of the penal detraction in criminal sentence for setting the initial regime of serving the sentence, with the advent of Law n.º 12.736/2012, and check which caused implications for its application, using the method of deductive research with theoretical research through the use of library materials and legal documents.

Keywords: Law n.º 12.736/2012. criminal detraction. system of fixing. provisional arrest. implications.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a. C.	Antes de Cristo
art.	Artigo
arts.	Artigos
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
d. C.	Depois de Cristo
HC	Habeas Corpus
LEP	Lei de Execução Penal
ONU	Organização das Nações Unidas
VEP	Vara de Execução Penal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 SANÇÕES PENAIS, ASPECTOS HISTÓRICOS E SURGIMENTO	12
2.1 O DIREITO DE PUNIR	12
2.1.1 Influências da Idade Média	15
2.1.2 Influências do Direito Penal Canônico	16
2.1.3 Influências da Idade Moderna	18
2.1.4 A humanização da pena	20
2.2 CODIFICAÇÃO DO DIREITO PENAL	23
2.2.1 O Direito Penal no Brasil	24
2.2.2 Sistema progressivo de cumprimento da pena	26
3 APLICAÇÃO DA PENA	31
3.1 PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	31
3.1.1 Princípios da pena privativa de liberdade	32
3.1.2 Espécies da pena privativa de liberdade	33
3.1.3 Pressupostos para a aplicação da pena privativa de liberdade	33
3.2 FASE DA EXECUÇÃO PENAL	33
3.2.1 Princípios da Execução Penal	34
3.2.2 Órgãos da Execução Penal	34
3.2.3 Competência do Juiz da Execução Penal	35
3.2.4 Natureza jurídica da Execução Penal	35
3.3 A GARANTIA DA FORMA PROGRESSIVA DO RESGATE DA PENA	36
3.4 PROGRESSÃO DE REGIME	37
3.4.1 Progressão de regime para crimes hediondos e equiparados	38
3.4.2 Exame criminológico	39
3.4.3 Regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade	40
3.4.4 Falta de estabelecimentos ou falta de vagas	41
3.4.5 Regressão de regime	42
3.5 DETRAÇÃO PENAL	42
4 LEI Nº 12.736, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2012	44

4.1 A DETRACAO PENAL CONSIDERADA PELO JUIZ QUE PROFERIR A SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA	47
4.2 FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA A PARTIR DA DETRAÇÃO REALIZADA PELO JUÍZO DE CONDENAÇÃO	48
4.3 PROGRESSÃO CAUTELAR DE REGIME	51
4.4 CONFLITO DE COMPETÊNCIA	54
4.5 INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.736/2012	55
5 CONCLUSAO	59
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63

1 INTRODUÇÃO

Com o surgimento dos sistemas penitenciários, dentre eles o sistema progressivo, adotado pelo sistema penal brasileiro pelo Código Penal de 1940, busca-se a reintegração do indivíduo criminoso à sociedade de forma gradual com base no seu merecimento. No Brasil, a partir da criação da Lei nº 7.210/84, que institui a Lei de Execução Penal que dá autonomia à fase executória da pena, há uma garantia da forma progressiva do cumprimento da pena através do estabelecimento legal de requisitos, dando esperanças ao criminoso do retorno à sociedade.

O sistema carcerário atual tem demonstrado inúmeras falhas, motivo pelo qual é constantemente criticado. Uma dessas críticas é referente à prisão preventiva, que é vista como regra, não exceção, causando a confusão entre prisão cautelar e prisão definitiva. Ao acusado, cautelarmente preso, resta a demora da sentença condenatória e conseqüentemente a demora na análise dos benefícios da execução penal, podendo resultar em excesso de execução.

Visando compensar as falhas do sistema carcerário e das políticas públicas, criou-se a Lei de nº 12.736/2012, que altera o Código de Processo Penal inserindo, em seu art. 387, os parágrafos 1º e 2º. A Lei estabelece que a detração penal, antes analisada apenas pelo juízo de execução, será analisada pelo juiz de conhecimento ao proferir a sentença condenatória para fixação de novo regime inicial de cumprimento da pena. Busca, dessa forma, tornar mais célere a concessão dos benefícios da execução penal ao condenado, em especial quanto ao regime inicial de cumprimento da reprimenda.

Na prática, essa lei não é cumprida, pois não revogou o art. 66, III, "c", da LEP, sendo ainda possível a detração pelo juiz da execução penal, mantendo, assim, a exclusividade desse para julgá-la. Essa Lei é motivo de divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto à sua aplicação, devido às implicações que tal dispositivo poderia gerar ao condenado.

A aplicação do dispositivo poderá criar uma nova forma de progressão de regime analisada pelo juízo de conhecimento sem ter como base os requisitos objetivos e subjetivos da progressão (art. 122, LEP). Além disso, aplicar a Lei poderia estar transferindo alguém que não possui direito para regime menos gravoso

ou, mantendo alguém em regime mais severo por mais tempo. Dessa forma, estaria ferindo os princípios da Constituição e do Código Penal.

O objetivo da presente monografia é a análise da aplicação da detração penal na sentença condenatória, para fixação do regime, com advento da Lei nº 12.736/2012, bem como as divergências doutrinárias acerca da alteração do critério trifásico da dosimetria da pena; da modificação da competência; da criação de uma nova forma de progressão de regime; e, da inconstitucionalidade da Lei.

A relevância social da pesquisa está na constatação de que a lei trata de comando de legalidade, porém, na prática, o juiz de conhecimento vem se resguardando do risco de eventuais decisões contraditórias e não vem cumprindo-a, o que torna a atividade exclusiva do juízo de execução. Quando o juiz de conhecimento deixa de detrair o tempo de prisão provisória de um acusado, o mesmo permanecerá em regime de reclusão até a análise da VEP, que irá aplicar a detração penal e posteriormente verificar o cumprimento dos requisitos legais para a progressão. Quando aplicada a detração penal para fixação do regime, poderia ser fixado o regime mais brando para o início do cumprimento da pena. Tal procedimento poderia fazer com que o apenado demore mais tempo para ser beneficiado com a progressão para um regime menos gravoso do que um apenado que teve sua pena detraída antes da fixação do regime, ferindo a isonomia do Direito Penal.

Quanto à metodologia, será adotado o método de pesquisa dedutivo, com pesquisa teórica através do emprego de material bibliográfico e documental legal. O primeiro capítulo será destinado à análise do surgimento das sanções penais para definir como as penas adquiriram seu caráter de retribuição e ressocialização. No segundo capítulo, será analisada a fase da execução da pena, com ênfase na garantia do sistema progressivo da sanção penal, e a falha dos regimes de cumprimento da pena para entender o motivo da criação da Lei 12736/2012. No terceiro capítulo, com o propósito de analisar a aplicação da detração penal e fixação de regime na fase de conhecimento, pretende-se fazer uma pesquisa doutrinária para analisar as alterações que a lei trouxe, além de verificar as implicações que a aplicação dela causaria.

2 SANÇÕES PENAIS, ASPECTOS HISTÓRICOS E SURGIMENTO

A origem do sistema prisional é difícil de situar na história, no período que se estende desde a invenção da escrita (4.000 a 3.500 a.C.) até a queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C.), denominado pelos historiadores como idade antiga. A reação a qualquer ofensa se consumava através da vingança, pois o mal era combatido com o mal. Nessa época, não se conhecia a privação de liberdade como pena, as tribos e clãs exerciam vingança privada, individual ou coletivamente, que dava início a um ciclo de réplicas podendo se estender até o extermínio de famílias ou povos (FARIAS JÚNIOR, 2001, p. 23). A vingança não era proporcional e tinha limite apenas na imaginação e perversidade humana.

2.1 O DIREITO DE PUNIR

Rousseau reconhece a família como a primeira instituição limitadora de condutas sendo a família. Em um modelo patriarcal, as tradições eram transmitidas de forma oral e hereditária. Nesse sistema, as crianças podem ser comparadas ao povo (subordinado) e o pai teria a imagem do Estado (soberano), sendo que aquelas permaneceriam ligadas ao patriarca pelo tempo necessário à sua conservação, sendo livres e iguais (2015, p. 20).

Necessário, então, a limitação dessas reações através de Leis, escritas ou verbais, editadas por um poder soberano frente à sociedade. Esse poder foi, por muito tempo, regulado pela Lei do mais forte, restando aos mais fracos apenas obedecer. Como afirma Foucault (1997, p. 242): “O homem só existe fixado em relações definidas de dominação.”.

O constante estado beligerante, firmado e mantido através da Lei do mais forte, resulta no agrupamento do homem, que é forçado a ceder parte de sua liberdade para uma soma de forças, a fim de sobrepujar essa dominação. Esse ato de associação produz um corpo moral e coletivo, denominado de povo, e a soma das liberdades gera o poder soberano, depositado no Estado. O Estado, sendo formado tão somente pelos particulares, não pode nem deve possuir interesses contrários ao deles mas, por outro lado, não necessita de garantia para fazer ser respeitada a vontade geral (ROUSSEAU, 2015, pp. 29-33).

Esse depósito de liberdade seria, na sua mínima proporção, suficiente apenas para induzir a sociedade a defendê-lo. O agregado dessas mínimas porções forma o direito de punir, derivado do poder soberano (BECCARIA, 2015, p. 14).

Nesse sentido, Beccaria (2015, p.12):

Leis são as condições sob as quais os homens, naturalmente independentes, unem-se em sociedade. Cansados de viver em um contínuo estado de guerra e de gozar uma liberdade que se tornou de pouco valor, a causa das incertezas quanto a sua duração, eles sacrificam uma parte dela para viver o restante em paz e segurança. A soma de todas essas porções de liberdade individual constitui a soberania de uma nação e foi depositada nas mãos do soberano, como administrador legal.

Uma das primeiras aparições históricas de uma Lei que adotou a forma de punir na forma escrita foi a justiça de Talião, presente no código de Hamurabi, uma vez que as tradições eram transmitidas oralmente, até então. Estima-se que o código possui mais de 3.000 anos e o termo Talião deriva do latim *talionis*, que significa “como tal”, “idêntico”. Com a aplicação da referida Lei, busca-se preservar a igualdade entre os homens e a proporcionalidade entre delito e sanção tendo como objetivo fazer com que uma ação ofensiva findasse em outra ação defensiva igual. É conhecido pela máxima “olho por olho, dente por dente”.

Para explicar a Lei, Dotti (2013, p. 215) ensina:

A *pena de talião* (do latim *talis* = tal, tal que) consistia em impor ao delinquente um sofrimento igual ao que produzira com sua ação. Assim consta na Bíblia: “pagará a vida com a vida; mão com mão, pé por pé, olho por olho, queimadura por queimadura” (Êxodo, XXI, versículo 23 a 25).

Esse modelo de punição enseja a extinção do modelo de vingança privada passando a garantir a aplicação das penas de morte ou de mutilação, determinadas por um poder social (soberano), tendo como base o princípio da proporcionalidade. A aplicação da pena de morte era aplicada àquele que havia tirado uma vida, portanto, para servir como uma punição proporcional ao dano causado à sociedade, a execução do condenado deveria seguir a mesma maneira da que causou, isto é, com a morte do agente.

Na história da humanidade encontramos a pena como um *malum passionis quod infligitur propter malum actionis* (um mal que se sofre em razão de um mal que se faz); a pena deve atingir o criminoso na mesma proporção que o mal

causado por ele à sociedade. A pena passa a possuir natureza aflitiva e caráter de expiação, visando à exemplaridade. É o tempo em que o poder público assume a titularidade exclusiva da reação contra o delito e passa a exercer o chamado *ius puniendi*, o direito subjetivo de punir, com as mais variadas formas de sanção (DOTTI, 2013, pp. 213-216).

A pena de morte ganha seu palco e seu público durante esse período. Rousseau afirma que, através da soberania do Estado, o mesmo possui autonomia para dispor sobre a vida do cidadão, e que se fosse da vontade do soberano que o indivíduo morra, ele deveria morrer, presumindo-se que tal decisão se formou levando em conta o bem comum, pois sua vida não é mais uma mercê da natureza, mas um bem condicional do Estado, garantido pelo contrato social (ROUSSEAU, 2015, p. 50).

Por outro prisma, o Marquês de Beccaria, um dos maiores responsáveis pela humanização das penas, questiona: “Que direito, pergunto, tem um homem de cortar a garganta de um semelhante? [...] Alguém, algum dia, deu a outro alguém o direito de lhe tirar a vida?” (2015, pp. 79-87).

Seguindo o ponto de vista de Beccaria, temos que a pena de morte era entendida pelo Estado como necessária e útil para o bem geral. Dessa forma, usando-se dessa justificativa, ou manipulação, a pena de morte se torna perniciosa à sociedade, pelos exemplos de barbarismo que ela proporciona. As leis que deveriam servir como moderação às barbáries não podem servir como seu trágico e funesto exemplo. “O assassinato, que eles querem nos fazer ver como um crime horrível, é praticado por eles sem repugnância nem remorso” (BECCARIA, 2015, pp. 81-87).

Nesse período histórico, a prisão não poderia ser caracterizada como pena, mas como forma de suplícios e de preservação do criminoso apenas para garantir a execução da sua pena. Segundo Bittencourt (2001, pp. 13-14), não se conhecia a privação de liberdade como pena, o encarceramento existia, mas apenas na forma de custódia, para conter e guardar os réus para poder preservá-los até o julgamento. Empregava-se dor física ou psicológica ao acusado através da tortura ou mutilação, enquanto o mesmo perecia isolado, em condições sub-humanas, aguardando a aplicação de sua pena.

Ainda, Bittencourt (2001, p. 16) acrescenta que, na época, não existia arquitetura penitenciária própria, os piores lugares eram utilizados como prisões, tais como calabouços, aposentos frequentemente em ruínas ou insalubres de castelos, torres, conventos abandonados, palácios entre outros.

A saúde do acusado não era respeitada, mas sua vida deveria ser, com intuito de garantir a devida punição, ou seja, a realização da execução da pena. A execução das penas consistia em penas capitais, com base na retribuição ao mal causado à sociedade. Ora, se o Estado passa a possuir o direito de punir, retirando-o da sociedade em troca da proteção dos cidadãos, presume-se que todo o ato praticado pelo soberano é de acordo com a vontade comum. Porém, ao analisar os atos praticados como punição, observa-se a manutenção da Lei da força, bem como a preservação dos meios bárbaros de punição, agora efetuada pelo Estado, não mais pelos particulares.

2.1.1 Influências da Idade Média

Com a transição da Idade Antiga para a Idade Média, no século V, com a queda do Império Romano do Ocidente, o sentimento de retribuição da pena se fortalece e passa a adquirir um caráter opressivo. O período tem seu fim no século XV, com a transição para a Idade Moderna.

Esse período caracteriza-se por não se buscar apenas punir, mas provocar o medo coletivo na sociedade, com intenção de impedir que as condutas previamente estabelecidas como crimes se propaguem e tornem-se moralmente aceitas. Durante esse período, denominado de Idade das Trevas, as penas adquiriram um caráter peculiar, o de constituir espetáculos (BITENCOURT, 2001, p. 18).

Aqui, temos o surgimento de uma prisão Estado, não como conhecemos hoje, pois nela só poderiam ser aprisionados inimigos do poder real ou senhorial, que tivessem cometido delitos de traição ou para deter adversários políticos dos governantes. Esse tipo de prisão conservava a mesma característica da prisão custódia, isto é, a de manter o transgressor em cárcere até seu julgamento. Contudo diferencia-se desta, pois passa a conhecer a detenção temporal (BITENCOURT, 2001, p. 18).

A principal influência desse tipo de prisão foi o caráter temporal que, devido à particularidade dos delitos que culminavam nesse tipo de prisão, havia a possibilidade da cessação da prisão pelo perdão real, ou seja, o perdão do ofendido. Com essa possibilidade, passa-se a admitir a reinserção do criminoso à sociedade.

2.1.2 Influências do Direito Penal Canônico

A prisão eclesiástica surgiu na mesma época e dispunha de uma pena denominada de *destrusio in monasterium*, com objetivo mais voltado à penitência e ao arrependimento por meio da meditação e do trabalho. Nela, recolhiam-se os infratores em uma ala para que, por meio de penitência e oração, se arrependessem do mal causado (BITENCOURT, 2001, p. 18).

O Direito Penal Canônico, consagrado pelo aumento do poder da Igreja durante a Idade Média, influencia no objetivo da pena, não apenas como forma de retribuição ao mal causado, mas como forma de disciplina. A expressão da *vingança divina* não perdia de vista a necessidade de correção do criminoso, mesmo mantendo o caráter retribucionista (DOTTI, 2013, p. 225).

O direito penal canônico, ao encarcerar, objetivava resgatar, no indivíduo, o gosto pelo trabalho através da realização de tarefas juntamente com a meditação, como forma de impedir que ficasse a mercê dos pensamentos criminosos. O indivíduo ocioso era visto como propenso à criminalidade, Foucault (1997, p. 100) define que a prisão deve estimular o gosto pelo trabalho e assim concluiu:

O marco dessa pedagogia tão útil reconstituirá no indivíduo preguiçoso o gosto pelo trabalho, recolocá-lo-á por força num sistema de interesses em que o trabalho será mais vantajoso que a preguiça, formará em torno dele uma pequena sociedade reduzida, simplificada e coercitiva onde aparecerá claramente a máxima: quem quer viver tem que trabalhar. Obrigação do trabalho, mas também retribuição que permite ao detento melhorar seu destino durante e depois da detenção.

Essa concepção de que o trabalho humaniza os homens foi utilizado para dominar povos e tirar sua liberdade nas mais diversas formas, retirando sua cultura e impregnando a obrigação do trabalho para receber, em troca, uma retribuição.

Foucault (1997, pp. 73-74), segue a análise do modelo burguês implantado pela revolução iluminista:

Com as novas formas de acumulação de capital, de relações de produção e de estatuto jurídico da propriedade, todas as práticas populares que se classificavam, seja numa forma silenciosa, cotidiana, tolerada, seja numa forma violenta, na ilegalidade dos direitos, são desviadas à força para a ilegalidade dos bens. O roubo tende a tornar-se a primeira das grandes escapatórias à legalidade, nesse movimento que vai de uma sociedade da apropriação jurídico-política a uma sociedade da apropriação dos meios e produtos do trabalho. Ou para dizer as coisas de outra maneira: a economia das ilegalidades se reestruturou com o desenvolvimento da sociedade capitalista. A ilegalidade dos bens foi separada da ilegalidade dos direitos. [...] A burguesia se reservou o campo fecundo da ilegalidade dos direitos.

Nas palavras de Dotti (2013, pp. 225-227), são essas as principais contribuições do Direito Canônico:

a) **Subjetivismo:** Ao contrário do Direito germânico que punia com base na responsabilidade objetiva, o Direito Canônico dá ênfase à subjetividade;

b) **Dolus, culpa, casus:** Ao admitir a realidade subjetivista da infração penal, o sistema canônico distinguia as condutas dolosas, culposas e fortuitas;

c) **Imputabilidade:** A imputabilidade também era regida pela vontade, vista pelo prisma do potencial discernimento e liberdade do sujeito;

d) **Coação e erro:** É também sobre o prisma da vontade que o Direito Canônico resolve as situações provocadas pela coação (física ou moral) e pelo erro;

e) **Estado de necessidade e defesa necessária:** O princípio segundo o qual *necessitas legem non habet* (A necessidade não tem lei), embora utilizado essencialmente para não punir o autor do furto, foi ampliado para caracterizar uma fonte material de exclusão da criminalidade. E a defesa necessária chega ao Direito Canônico já ostentando certa legitimidade que remonta à defesa da propriedade contra o ladrão.

O Direito Canônico teve forte influência nos pensamentos populares no decorrer da Idade Média. Portanto, é correto afirmar que teve forte influência no Direito nesse período. A principal delas foi de caráter psicológico e cultural,

influenciando os legisladores e juristas na definição das condutas criminalizadas, ou seja, aquelas em desacordo com a moral religiosa, contra os ideais divinos e na perspectiva de recuperação do condenado.

2.1.3 Influências da Idade Moderna

A pena capital teve sua ascensão na Idade Média, mas foi na Idade Moderna que atingiu seu ápice e passa a ser impregnada pelo espetáculo da morte do acusado, defendido através do poder soberano. O espetáculo da morte seguia um ritual de teatralismo e ostentação, torturando o acusado até à morte.

Farias Junior (2001, p. 25) caracteriza esse ritual:

Após a Idade Média, sobreveio o ciclo do terror, o período do absolutismo, do tiranismo, do autocratismo e de muito arbitrarismo, em que o rei era a lei, o rei era o Estado. Nesse período muitos inocentes foram condenados e muitos culpados ficaram impunes. As execuções tinham que seguir um ritual de teatralismo e de ostentação do condenado à execração e irrisão pública, as carnes eram cortadas e queimadas com líquidos ferventes, os membros eram quebrados ou arrebatados na roda, ou separados do corpo através de tração de cavalos, o ventre era aberto para que as vísceras ficassem à mostra. Todos deveriam assistir as cenas horripilantes. O gritas, o gemer, as carnes cortadas e queimadas, a expressão de dor, enfim, todas as cenas horríveis deveriam ficar vivas na memória de todos.

O espetáculo da morte, como Foucault tanto aborda, consistia na pena de morte precedida de inúmeras retaliações, distrações bárbaras e sangrentas. Manifestava-se através da amputação de braços, pernas, olhos, língua, mutilações diversas, desmembramento, crucificação, afogamento, queima de carne a fogo, estripamento, esfolamento, esmagamento, esquartejamento, empalamento, morte na fogueira, entre outros.

Foucault (1997, p. 31) define critérios para que a pena seja considerada suplicio, são eles: “a) em primeiro lugar, produzir uma certa quantidade de sofrimento que se possa, se não medir exatamente, ao menos apreciar, comparar e hierarquizar; b) em relação à vítima, ele deve ser marcante: destina-se, ou pela cicatriz que deixa no corpo, ou pela ostentação de que se acompanha, a tornar infame aquele que é sua vítima; c) e, pelo lado da justiça que o impõe, o suplício deve ser ostentoso, deve ser constatado por todos, um pouco como seu triunfo.”

O emprego das torturas, nas palavras do célebre Marques de Beccaria (2015, pp. 47-55), é usada com intenção de:

a) **fazer o acusado confessar o crime:** Ninguém poderá ser condenado como criminoso até que provada sua culpa, nem a sociedade poderá tirar sua proteção publica até que tenha sido provado que o acusado violou as regras pactuadas. O Estado se exime de declarar um acusado como criminoso, como rompedor das normas sociais, se houver a confissão de um acusado diante da sociedade. É o principal o motivo para que a confissão tenha tanto valor nessa época;

b) **explicar alguma contradição na qual acusado caiu enquanto depunha:** Empregava-se a tortura para corrigir as contradições em que caía o acusado. "Como se o medo da punição, a incerteza sobre seu destino, a solenidade da corte, a majestade do juiz e a ignorância do acusado não fossem abundantemente suficientes para fazer cair em contradição tanto o inocente quanto o culpado, que tenta proteger-se.";

c) **descobrir seus cúmplices:** Usada com objetivo de fazer com que o criminoso delate seus cúmplices mas, quando demonstrado que a tortura não é meio eficaz para se descobrir a verdade, como ela poderia servir para descobrir os cúmplices, "se esta é uma das verdades a serem descobertas? Não irá o homem que acusa a si mesmo mais prontamente acusar a outros? Ademais, é justo torturar um homem pelo crime de outro?";

d) **por algum tipo de purgação metafísica e incompreensível da infâmia:** um homem julgado infame pela lei deve ter confirmada sua deposição pela dor. Acreditava-se que a dor purge a infâmia, costume esse que parece ter sua origem nos ideais religiosos.

e) **descobrir outros crimes dos quais ele não é acusado, mas dos quais ele pode ser culpado:** Utilizada para descobrir se o acusado é culpado de outros crimes além daquele pelo qual é acusado. "As leis ordenam que sejas

tormentado pois és culpado, pois podes ser culpado e pois que escolho que sejas culpado.".

Com forte influência dos ideais iluministas, principalmente quanto ao antropocentrismo e o racionalismo, desperta a preocupação com o corpo do homem torturado e mutilado, e com a sua vida tirada através da pena capital. O espetáculo da condenação do criminoso vai perdendo espaço para a pena prisão, tendo a denominada Escola Clássica do Direito Penal forte influencia nessa transição, buscando uma reforma no sistema penitenciário, possibilitando a regeneração do mesmo e a dignidade da pessoa humana.

2.1.4 A humanização da pena

A revolução Francesa (1789), juntamente com os ideais defendidos pelos escritores racionais dessa época, veio favorecer o desenvolvimento das ideias libertárias e humanitárias na matéria penal. O maior legado deixado pelas virtudes desse movimento filosófico foi a projeção dos seus ideais na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, votada definitivamente pela Assembléia Nacional em 26.08.1789.

Miotto (1992, pp. 39-40), ao referir-se sobre a declaração dos Direitos do Homem, afirma que:

[...] a tomada de consciência de cada pessoa, dos seus próprios direitos humanos fundamentais – a tomada de consciência universal dos direitos humanos fundamentais – só veio a se fazer notar nas últimas décadas do séc. XIX, desde então se acelerando. E com a consciência dos direitos humanos, vieram as preocupações com eles. Para quem se dedicava à Ciência Penitenciária e aos serviços de prisões, essa consciência e essas preocupações se estenderam aos presos. Isso é, antes não se cogitava de direito dos presos em geral, porque não ocorria pensar nisso, e dos condenados, particularmente, porque, se ocorria, entendia-se (ou mais ou menos era subconsciente) que a condenação os suprimia a todos; passou-se, porem – ainda que com alguma lentidão no início - a admitir não ser isso verdadeiro, reconhecendo-se que os presos, provisórios e condenados, sempre tem direitos, sempre conservam aqueles direitos não atingidos pela situação vital de presos, nem pela situação jurídica quer de presos provisórios quer de condenados.

O autor segue afirmando que o reconhecimento de direitos e deveres se deu com a ascensão dos ideais iluministas, não apenas referentes aos presos mas, também, referentes ao “Estado, no exercício do direito de punir, na fase processual e na fase de execução das penas”. A década de 1920 foi marcada pela elaboração do Conjunto de Regras para o Tratamento dos Presos, que resultou, posteriormente, nas Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos aprovadas pela ONU, no ano de 1955. O Congresso de Praga, de 1930, deu origem ao Código de Execuções Penais, devendo ser presidida por juiz e auxiliado por especialistas (1992, pp. 40-43).

Esse período foi caracterizado pela forte crítica aos suplícios, que passaram a perder espaço para a pena de privação de liberdade. Foucault (1997, p.13) ao analisar a perda do poder dos suplícios afirma:

A punição vai-se tornando, pois, a parte mais velada do processo penal, provocando várias consequências: deixa o campo da percepção quase diária e entra no da consciência abstrata; sua eficácia é atribuída à sua fatalidade não à sua intensidade visível; a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro; a mecânica exemplar da punição muda as engrenagens. Por essa razão, a justiça não mais assume publicamente a parte de violência que está ligada a seu exercício. O fato de ela matar ou ferir já não é mais glorificação de sua força, mas um elemento intrínseco a ela que ela é obrigada a tolerar e muito lhe causa ter que impor.

Foucault (1997, p. 14) em análise à pena de prisão afirma:

Mas a relação castigo-corpo não é idêntica ao que ela era nos suplícios. O corpo encontra-se aí em posição de instrumento ou de intermediário; qualquer intervenção sobre ele pelo enclausuramento, pelo trabalho obrigatório visa privar o indivíduo de sua liberdade considerada ao mesmo tempo como um direito e como um bem. Segundo essa penalidade, o corpo é colocado num sistema de coação e de privação, de obrigações e de interdições. O sofrimento físico, a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena.

As concepções humanitárias deram origem à preocupação com o preso, com sua vida, saúde e família, não apenas com único e cruel objetivo de garantir sua saúde para a pena capital ou estímulo da coação, mas com o nobre objetivo (ao menos em teoria) de reeduca-lo mediante o auxílio de profissionais das demais áreas humanas, tendo em vista a busca pela melhor forma de tratamento

assegurando, assim, uma qualidade de vida digna ao sentenciado, sem que o mesmo perecesse devido à imundice dos ergástulos.

Um dos autores que mais se destacou, nessa fase de humanização das penas, é John Howard (1726 - 1780), humanista inglês, que teve como obra de maior destaque a *The State of Prisons* escrita em 1777, produzida enquanto encarcerado, que busca conquistar melhorias nas condições da prisão em relação ao condenado.

Outro escritor de destaque, considerado como um dos principais representantes do Iluminismo e, conseqüentemente das reformas desse período, foi Cesare Beccaria, aristocrata, nascido em Milão, Itália (1738 - 1794), que teve como maior contribuição a contestação ao direito de punir do Estado.

Beccaria (2015, pp. 48-51) fez as seguintes indagações e afirmações acerca do emprego de tortura:

Qual é, portanto, o direito, senão o da força, que autoriza um juiz a punir um cidadão, enquanto ainda há dúvidas se ele é culpado ou inocente? Não é novo este dilema: ele é culpado ou inocente? [...] É a dor, por acaso, um crisol onde se separa, de um corpo impuro, o elemento chamado infâmia? [...] Qual é a intenção política das penas? Assustar e ser um exemplo para outros. [...] Assim, os próprios meios empregados para distinguir o inocente do culpado efetivamente destroem a diferença entre eles.

Sua crítica não foi apenas nesse sentido, questionou sobre a realidade do sistema jurídico prisional de sua época, onde a pena de prisão, sendo diferente das demais, deverá ser precedida da declaração de um crime através de previa Lei (princípio da legalidade ou da reserva legal). A lei deve determinar o crime, a presunção e a prova suficientes para sujeitar o cidadão ao interrogatório. O princípio da legalidade passa a ser defendido pelos Juristas da Escola Clássica, onde as circunstâncias podem ser suficientes para justificar a prisão do acusado, porém, essa deverá ter como limite a lei e não os magistrados (BECCARIA, 2015, p. 90).

O escritor ainda afirma que:

[...] o atual sistema de leis penais apresenta em nossas mentes e ideia de poder, em vez de justiça; é porque o condenado e o acusado são jogados, indiscriminadamente, na mesma prisão; porque a prisão é mais punição do que uma forma de reter o acusado e porque as forças internas que defendem as leis e as forças externas que

defendem o trono e o reino são separadas, quando deveriam ser unidas. (2015, p. 90).

Podemos observar a descaracterização da prisão apenas como forma de preservar o acusado e a sua evolução como pena privativa de liberdade, caracterizada agora pela punição e pela representação de poder.

2.2 CODIFICAÇÃO DO DIREITO PENAL

No século XIX, com as críticas liberais ao sistema carcerário, há um processo de codificação do Direito Penal que produziu diversos monossistemas que consistiam na aprovação de um instrumento legislativo que proporcionasse maior garantia aos cidadãos pela maior possibilidade de conhecimento da lei penal e, conseqüentemente, saber o que era ilícito ou proibido. A codificação, por um lado, facilita a aplicação concreta das normas penais pelos juízes e tribunais. Porém, por outro lado, tal medida busca acumular todas as Leis no mesmo lugar, dando a impressão de que todas as condutas criminalizadas pelo Estado estarão presentes nesse Código.

O Código Napoleônico (*Code Civil des Français*) é o código civil francês outorgado por Napoleão Bonaparte, datado de 21 de março de 1804, reúne as leis ligadas ao direito civil, penal e processual a serem observadas pelo povo francês. A partir deste, os demais códigos passaram a garantir, de maneira especial, as posições de liberdade do acusado. O primeiro Código Penal brasileiro derivou da reforma dos códigos da Espanha (1848) e de Portugal (1852) (DOTTI, 2013, pp. 238-239).

Dotti (2013, p. 251) observa que:

Os sistemas positivos do século XX conservaram o modelo de codificação com a distribuição dos princípios e das regras em duas partes: geral e especial. Até a metade dos anos 50 essa orientação conseguiu compendiar a quase totalidade das legislações dos diversos países. Poder-se-ia dizer que o mundo dos códigos produzia o mundo de segurança para os cidadãos. Fortaleceu-se o *mito da codificação* como se toda a produção legislativa pudesse se comprimir nos limites do código.

No início do século XIX, a selvageria da punição vai se extinguindo devido à forte influência da ascensão dos ideais humanitários, conduzindo a punição aos ideais da reeducação do apenado. Foucault (1997, p. 14) atribui esse fato a dois processos: o primeiro, consiste na supressão do espetáculo punitivo, que passa a abolir a exposição do condenado à violência; o segundo, seria a extinção da confissão pública como pressuposto para a aplicação da sanção penal na maioria dos Estados.

Consequentemente, a pena como espetáculo passa a ter um cunho negativo, e entra cada vez mais em desuso. As manifestações iluministas pleiteando a humanização das penas, bem como a extinção dos espetáculos, contribuem para que as penas passem a utilizar o estudo do criminoso e do meio social para aplicar as medidas necessárias de combate ao crime. Esse combate se perpetua até hoje sem que a prisão atinja seu fim, ou seja, a extinção da criminalidade, reeducando o condenado com o apoio de políticas sociais adequadas.

2.2.1 O Direito Penal no Brasil

No Brasil Colonial estiveram em vigor as ordenações Afonsinas, até 1512, as Manuelinas, até 1569, substituídas pelo código de D. Sebastião (até 1603). Passou-se, então, para as Ordenações Filipinas, que refletiam o Direito Penal dos tempos medievais.

Segundo Dotti (2013, p. 265), ao longo da história pós-Roma e anterior ao Brasil-Colônia são quatro os sistemas jurídicos que se destacam por terem forte influência no Direito Penal em nosso país, a saber: a) o Direito germânico; b) o Direito do reino visigótico; c) o Direito islâmico na Península Ibérica; d) o Direito Canônico.

Durante o sistema imperial não se conhecia a detração da pena já que a prisão era baseada nos moldes da prisão cautelar presente na Idade Antiga, isto é, servia para garantir a punição ao acusado. Tal absurdo foi modificado pelas leis posteriores e, atualmente, a detração penal é consagrada pelo atual Código Penal, em seu art. 42. Isso autoriza o abatimento do período em que o apenado encontrava-se recluso na pena total, pelo simples fato de que a prisão preventiva nada mais é do que a privação da liberdade, principal característica da sanção penal de reclusão.

Quanto ao regime penitenciário de cumprimento de pena, a princípio, foi implantado na legislação brasileira com a preocupação de acompanhar o progresso revelado em outros países, não tendo sido construído, mas sim implantado nos moldes das outras culturas (DOTTI, 2013, p. 281).

A implantação da legislação estrangeira é costumeira na América Latina, e ocasiona a divergência da legislação frente à realidade social. A Norma penal deve refletir a realidade social, para poder ter plena eficácia.

Comentando sobre a consolidação das leis penais no Brasil, Dotti (2013, pp. 285-286), esclarece:

A natural profusão de leis durante o período republicano e as tendências muito vivas no sentido de rever o CP de 1890 levaram o Governo a promover uma consolidação das leis existentes. Havia dificuldades não somente de aplicação das leis extravagantes, como também de seu próprio conhecimento. [...] Reafirmando a necessidade de se garantirem princípios fundamentais de segurança individual e coletiva (proibição de retroatividade da *Lex gravior*, personalidade da pena etc.), a Constituição vedava as penas de banimento, morte, confisco ou de caráter perpétuo. Quanto à pena de morte, ficavam ressalvadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro (art. 113. §§27, 28 e 29).

Desta maneira, a consolidação das lei penais no Brasil ensejou o projeto de 1935, afastando os critérios adotados pela Escola Clássica analisando, não somente a gravidade do crime, mas também a temibilidade do agente.

Dotti (2013, pp. 286-287) afirma acerca do referido projeto:

Adotando o sistema dualista (penas e medidas de segurança), o projeto se louvou em modelos contemporâneos como os códigos suíço, italiano e austríaco, que consideram a pena como reação à culpa do agente e a medida de segurança como providência destinada a prevenir ilícitos futuros, no interesse de ordem e da segurança social. [...] Relativamente à parte das penas, o projeto as dividiu em principais e acessórias. As sanções privativas de liberdade consistiam na *prisão* (mínimo de um ano e Máximo de trinta anos) e na *detenção* (mínimo de oito dias e máximo de três anos). A *multa* era a sanção pecuniária enquanto o *exílio* e a *relegação* seriam providências que visavam afastar o delinquente do meio social onde a infração produzia seus efeitos nocivos.

O projeto, além da humanização, visava reduzir as hipóteses de penas curtas de prisão, apoiando-se na doutrina internacional que entendia desaconselhável a sua absoluta eliminação (DOTTI, 2013, pp. 287-288).

Sobre o Código Penal de 1940, Dotti (2013, p. 305) ensina:

Em 1980, o Ministro da justiça Ibrahim Abi-Ackel instituiu comissões de juristas para a redação de três anteprojetos fundamentais para a reforma do sistema penal: a) uma nova Parte Geral do Código Penal; b) uma lei específica de execução penal; c) um novo Código de Processo Penal. [...] Passados vinte e cinco anos da promulgação das leis de reforma, é possível chegar a duas conclusões: a) as deformações de uma *legislação de pânico* não conseguiram descaracterizar o sentido humanitário e social do novo sistema de penas, apesar das mazelas administrativas de execução; b) as penas alternativas, e, em especial, a pena de serviços comunitários, constitui uma *revolução copérnica* nos costumes do penitenciarismo clássico.

O código Penal brasileiro demorou mais de 15 anos para ser publicado, isso em 31.12.1954 (Decreto-lei 2848, de 7 de dezembro de 1940), quando o Congresso Nacional permanecia em recesso decretado pela ditadura Vargas.

O processo foi lento, não houve um processo de criação como visto nos demais continentes que tiveram em sua base, a luta e o sangue, não teve como base a realidade social mas criada através da absorção dos sistemas positivos pré-existentes, devido, em sua grande parte, ao processo de colonialismo sofrido no continente latino. Esse fenômeno colonizador faz com que o Direito tenha como base o contexto histórico, a realidade e a cultura de um lugar diferente da realidade do país, o que implica na divergência constante entre os casos concretos e a legislação.

2.2.2 Sistema progressivo de cumprimento da pena

Com a valoração dos direitos humanos, após a revolução francesa, há uma alteração dos valores sociais em decorrência do desaparecimento do poder absoluto que passa para a classe social emergente, a burguesia. Verifica-se, além da aquisição do poder político, o fortalecimento do poder econômico que possuíam com a supervalorização do capital.

Com base nos ideais iluministas, defendidos pela burguesia, há a supremacia da liberdade como direito essencial e inviolável, bem como a valorização do patrimônio e do trabalho em decorrência do poder econômico. A partir da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, passa a garantir os direitos à igualdade, à vida, à liberdade, à

igualdade, à segurança e à propriedade, (art. 5.º, CF), assim como a prevalência dos direitos humanos (art. 4.º, I, CF), os quais limitam o poder estatal (BRASIL, 2016a).

Nesse contexto, alteram-se também os preceitos do Direito Penal que, com a introdução das garantias dos direitos individuais na carta magna, passam a limitar a aplicação da sanção penal pelo Estado, já diminuído pela transformação das prisões cautelares, garantidoras das punições bárbaras, em prisão-pena.

Com as alterações supracitadas, passa-se a ter como máxima pena a privação da liberdade. Não se busca mais atingir o físico do condenado, mas punir através da supressão de um direito fundamental e na visão do trabalho como forma recuperadora do indivíduo.

Foucault (1997, p. 14), em análise à alteração nas formas de castigo, dispõe:

Dir-se-á: a prisão, a reclusão, os trabalhos forçados, a servidão de forçados, a interdição de domicílio, a deportação — que parte tão importante tiveram nos sistemas penais modernos — são penas “físicas”: com exceção da multa, se referem diretamente ao corpo. Mas a relação castigo-corpo não é idêntica ao que ela era nos suplícios. O corpo encontra-se aí em posição de instrumento ou de intermediário; qualquer intervenção sobre ele pelo enclausuramento, pelo trabalho obrigatório visa privar o indivíduo de sua liberdade considerada ao mesmo tempo como um direito e como um bem. Segundo essa penalidade, o corpo é colocado num sistema de coação e de privação, de obrigações e de interdições. O sofrimento físico, a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena.

A alteração das sanções penais de espetáculos sangrentos para a pena privativa de liberdade por si só não garante a aplicação dos direitos fundamentais do homem. Para garantir que as penas privativas de liberdade sejam aplicadas com respeito aos preceitos garantidores da dignidade da pessoa humana, foi necessária a criação de sistemas penitenciários, os quais passam a buscar uma forma de assegurar a recuperação do criminoso e a volta à vida em sociedade ao invés da simples retribuição. Dentre os sistemas penitenciários, destacam-se: o sistema *celular*, o *auburniano*, o *progressivo* e o dos *reformatórios*, que contribuíram de alguma forma com o modelo atual de sanção penal de privação de liberdade.

Em conformidade com as definições de Prado (2014, pp. 459-463), os sistemas penitenciários concernentes à Execução das penas privativas de liberdade são:

a) **Sistema celular (belga ou filadélfico):** Implantado na prisão de *Walnut Street*, na Filadélfica, em 1790. Sua principal característica é a permanência do condenado em constante isolamento celular (*solitary system*) e a proibição de visitas e trabalho. Com objetivo de atenuar esse rigor inicial, a partir de 1821, passou-se a permitir o contato do preso com os funcionários do estabelecimento e a realização de pequenas tarefas (*separate system*) e, aos condenados por delitos de menor gravidade, era facultado o trabalho durante o dia;

b) **Sistema auburniano:** Teve origem na cidade de Auburn (Nova Iorque), nos Estados Unidos da América, no ano de 1818. Tem, como principal característica, o isolamento celular individual noturno e “o trabalho dos presos em suas próprias celas; posteriormente, podiam realizar suas tarefas em grupos, durante o dia, desde que em silêncio (*silent system*)”, sob pena de castigos corporais;

Esses sistemas sustentam o caráter retributivo e punitivo da sanção penal, ao contrário dos próximos dois.

c) **Sistemas progressivos (inglês e irlandês):** a autoria do sistema progressivo é do capitão inglês Alexander Maconochie, na colônia penal da ilha de Norfolk Island, na Oceania, no ano de 1840 e, posteriormente, aprimorado pelo irlandês Walter Crofton. O primeiro, elaborou um sistema de controle da pena baseado em marcas, que consistia na distribuição de vales ou marcas, conforme a sua conduta e rendimento no trabalho, os quais seriam utilizados para melhorar o tratamento prisional e reduzir o tempo da pena inicialmente imposta. O segundo, diretor das prisões na Irlanda, dividiu o itinerário da execução em estágios conforme o número de vales obtidos pelo condenado. O primeiro estágio consistia na passagem pelo isolamento celular (nove meses de duração); o segundo era a permissão do trabalho em comum dentro da penitenciária, em silêncio e recolhendo-se ao isolamento durante à noite, em regime de semiliberdade; a terceira etapa era caracterizada pelo trabalho fora do estabelecimento penal, porém com pernoite no mesmo; por fim, a quarta e última fase, era a liberdade provisória (livramento condicional) com a entrega do *ticket of leave*, com a liberdade vigiada até o termo da pena, que poderia ser revogado ou convertida em definitiva com base no bom

comportamento. Na perspectiva de tais etapas progressivas, o condenado se incorpora a um projeto de recuperação gradual da liberdade;

Nota-se aqui, a divisão do princípio constitucional da individualização da pena em três etapas: a primeira, seria a individualização legislativa, caracterizada pela criação da norma penal e a fixação do mínimo e do máximo da pena em abstrato; a segunda, seria a individualização judicial, no momento de concretização da sanção penal pela sentença, através da dosimetria; e a terceira seria a individualização executória, consistente na aplicação efetiva da pena. Essa última teria relação direta ao aproveitamento do preso, medido através do trabalho e do bom comportamento (NUCCI, 2013a, p. 412).

Sobre o tema, Nucci (2013a, p. 412) conclui que:

Por isso, a progressão de regime, forma de incentivo à proposta estatal de reeducação e ressocialização do sentenciado, é decorrência natural da individualização executória.

d) **Reformatórios:** o mais notável foi o reformatório de Elmira, nos Estados Unidos, no ano de 1876, que tinha como base o sistema progressivo e caracterizavam-se por serem destinados à reeducação dos adolescentes e jovens adultos infratores, por tempo indeterminado.

Foucault (1997, p. 104), sobre o caráter ressocializador dos reformatórios afirma que:

Os “reformatórios” se dão por função, também eles, não apagar um crime, mas evitar que recomece. São dispositivos voltados para o futuro, e organizados para bloquear a repetição do delito.

O Código Penal brasileiro de 1940 incorporou o sistema progressivo em sua redação pretérita, em relação a pena de reclusão apenas. O sistema progressivo naquele Código previa que: No período inicial do cumprimento da pena de reclusão, se o permitem as suas condições pessoais, fica o recluso também sujeito a isolamento durante o dia, por tempo não superior a três meses (art. 30, *caput*); Posteriormente, o recluso passará a trabalhar em comum, dentro do estabelecimento, ou em obras ou serviços públicos, fora dele (art. 30, § 1.º); e

sujeitando-se ao isolamento durante o repouso noturno (art. 29, § 1.º, segunda parte); Na terceira etapa, o recluso de bom procedimento pode ser transferido para colônia penal ou estabelecimento similar (art. 30, § 2.º); Por fim, o juiz pode conceder livramento condicional (art. 60) (BRASIL, 2016b). É possível identificar a influência direta do sistema penitenciário progressivo, que ocorreram na Inglaterra e na Irlanda, no início da aplicação do sistema progressivo no Brasil.

Em 1977, com as alterações trazidas pela Lei n° 6416, o sistema progressivo passa por diversas modificações, a saber: “a) foi facultado o isolamento celular inicial para os reclusos; b) foram criados os regimes de cumprimento de pena (fechado, semiaberto e aberto); c) o início do cumprimento da pena poderia se dar em regime menos rigoroso, observados o tempo de duração daquela e a periculosidade do réu; d) o livramento condicional poderia ser concedido ao condenado a pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção) igual ou superior a dois anos.” (PRADO, 2014, p. 463).

Por fim, com a grande reforma da parte geral do Código Penal, introduzida pela Lei n ° 7209, de 11.07.1984, cumulada com a criação da Lei n° 7210, de mesma data, que instituiu a Lei de Execução Penal, passa a ser exigido o atendimento de requisitos formais e materiais para a progressão a regime mais brando. Quanto ao primeiro, temos a necessidade da motivação da decisão; oitiva prévia do Ministério Público; parecer da Comissão Técnica de Classificação; exame criminológico; quanto ao segundo requisito, temos a subordinação ao cumprimento dos requisitos legais, objetivo e subjetivo, consistentes no cumprimento de, ao menos, um sexto da pena em regime anterior e seu mérito indicar a progressão (art. 112, LEP, redação original) (BRASIL, 2016c). Fortalece, assim, os ideais ressocializadores do sistema progressivo no ordenamento jurídico brasileiro.

3 APLICAÇÃO DA PENA

A designação Direito Penitenciário é bastante utilizada na doutrina, porém, por limitar-se apenas à questões pertinentes a ciência penitenciária, o termo mais abrangente e que melhor denomina o universo das medidas e providências atinentes à aplicação da pena, é Execução Penal (DOTTI, 2013, p. 691).

A Lei nº 77210/84, que estabelece as regras concretas para a execução das penas, é objeto de estudo principal dessa matéria. Essa lei consiste na adoção de medidas legais e administrativas por parte do juiz e das autoridades penitenciárias, estabelecendo a quantidade e a forma de cumprimento da sanção conforme determinado na sentença condenatória. Trata-se, como já visto, da etapa garantidora do princípio constitucional da individualização da pena (art. 5.º, XLVI, CF), mais especificamente, da sua terceira etapa, a individualização executória.

Após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz da condenação expedirá a guia de recolhimento (art. 105, LEP), para assim poder dar início à execução penal. A partir desse momento a competência também se altera, passando do juízo de conhecimento para o juízo da execução. Ressalta-se que ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a devida expedição da guia pela autoridade judiciária (art. 107, LEP) (NUCCI, 2013b, pp. 1052-1053).

3.1 PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

A pena privativa de liberdade é a sanção mais grave presente no ordenamento penal e se trata de *ultima ratio*, ou seja, último instrumento utilizável pelo Estado como punição às condutas ilícitas, devendo-se utilizar das outras espécies de penas quando forem mais aconselháveis ao fim nela previsto. A aplicação da pena se tornou a forma predominante nas modernas legislações como sanção penal (DOTTI, 2013, p. 571).

Nesse sentido, Dotti, (2013, p. 571), segue afirmando que:

A supressão da liberdade do infrator é o *contragolpe* à lesão por ele provocada.

Resta evidente o caráter retributivo da pena privativa de liberdade, devendo ser utilizada como última forma de sanção por ser uma forma de retribuir o mal de forma mais intensa do que atingir o corpo, já que a liberdade, a partir das revoluções burguesas, passa a ser um dos bens fundamentais do homem.

3.1.1 Princípios da pena privativa de liberdade

Conforme Nucci (2013c, p. 332), a aplicação da pena privativa de liberdade deverá seguir os seguintes princípios:

a) **Princípio da personalidade ou da responsabilidade pessoal:** a pena é *personalíssima*, portanto, não passará da pessoa do condenado (art. 5.º, XLV, CF);

b) **Princípio da legalidade:** não há crime sem lei anterior que o defina e a pena não pode ser aplicada sem *prévia* cominação legal – *nulla poena sine praevia lege* (art. 5.º, XXXIX, CF);

c) **Princípio da inderrogabilidade:** uma vez constatada a prática da infração penal, a pena não pode deixar de ser aplicada (consequência da *legalidade*);

d) **Princípio da proporcionalidade:** significa que a pena deve ser *proporcional* ao crime, devendo guardar equilíbrio entre a infração praticada e a sanção imposta (art. 5.º, XLVI, CF);

e) **Princípio da individualização da pena:** significa que, para cada delinquente, o Estado-juiz deve estabelecer a pena exata e merecida, evitando-se a *pena-padrão*, nos termos estabelecidos pela Constituição (art. 5.º, XLVI);

f) **Princípio da humanidade:** há vedação expressa à aplicação de penas incompatíveis com a dignidade da pessoa humana (art. 5.º, XLVII, CF), devendo-se respeitar a integridade física e moral do condenado (art. 5.º, XLIX, CF).

3.1.2 Espécies da pena privativa de liberdade

A pena privativa de liberdade pode ser dividida em reclusão e detenção. A primeira, deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto (art. 33, primeira parte, CP) e é aplicada aos crimes mais graves; a segunda, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado (art. 33, segunda parte, CP) e deve ser aplicada aos crimes mais leves (BRASIL, 2016b).

3.1.3 Pressupostos para a aplicação da pena privativa de liberdade

A pena tem como pressuposto a culpabilidade, que se manifesta pelo dolo ou pela culpa como elemento subjetivo do crime. A culpabilidade servirá de parâmetro para o juiz definir a pena e possui a finalidade de ser suficiente para a reprovação e prevenção do crime (art. 59, CP) (BRASIL, 2016b). Nela estão presentes a prevenção geral e prevenção especial: a primeira, se caracteriza pela coação psicológica (política do medo), com efeito de intimidação que a ameaça da punição concreta possa produzir no seio da comunidade, enquanto que, a segunda, com objetivo de evitar que o sujeito cometa novas infrações penais, proporciona ao condenado caminhos opostos à reincidência (DOTTI, 2013, p. 554). Por outro lado, o art. 1.º da LEP dispõe que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, caracterizando o caráter ressocializador da pena (BRASIL, 2016c).

3.2 FASE DA EXECUÇÃO PENAL

A execução penal consiste no cumprimento da sentença criminal que impõe pena ou medida de segurança. A Lei nº 7210, de 1984, ab-rogou e derogou varias disposições do Livro IV, do Código de Processo Penal, que tratavam da matéria (arts. 668 a 779), devido à importância dessa etapa no dinamismo penal, sendo necessário a produção de um sistema positivo autônomo.

Quanto ao conceito da Execução Penal, Dotti (2014, p, 691) esclarece que:

O *Direito de Execução Penal* é o conjunto de princípios e regras que regulam a execução das penas e das medidas de segurança. A execução penal em sentido restrito compreende a atividade jurisdicional do Estado com a cooperação da comunidade, objetivando o cumprimento das penas e das medidas de segurança estabelecidas na sentença. Em sentido amplo, esta nova disciplina compreende também a efetivação das decisões judiciais e administrativas relacionadas com as garantias, os deveres e os direitos do preso provisório, do condenado, do internado e do egresso. Essa é a leitura que se faz dos arts. 1.º e ss. da Lei 7.210, de 11.07.1984 (LEP).

A sentença penal condenatória, a partir do trânsito em julgado, transforma-se em título executivo judicial que deverá ser executado pelo juízo da execução. Nesse sentido, caberá ao juízo da execução penal aplicá-la com base nos princípios inerentes à execução penal a seguir expostos. “A sentença condenatória não é estática, mas dinâmica. Um título executivo judicial, na órbita penal, é mutável.” (NUCCI, 2013b, p. 1019). Desse modo, após a sentença condenatória, há a possibilidade de o réu cumprir a pena total fixada em sentença, devido ao critério subjetivo, ou cumpri-la em regime menos rigoroso, de forma gradual, modificando a sentença.

3.2.1 Princípios da Execução Penal

Os princípios fundamentais da Execução Penal, nos ensinamentos de Dotti (2013, p. 693), são, em síntese: a) procedência na forma de diálogo entre o condenado e a sociedade, sob a moderação do Estado; b) legalidade de todo o procedimento da execução, principalmente no tocante à previsão dos direitos e deveres; c) culpabilidade como fundamento e limite das sanções administrativas; d) cooperação da comunidade para as cumprimento das penas e medidas segurança; e) garantia ao preso provisório, ao condenado e ao internado de que serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei; f) intervenção jurisdicional; g) dignidade da pessoa humana.

3.2.2 Órgãos da Execução Penal

São órgãos da execução penal (art. 61, LEP): a) Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; b) Juízo da Execução; c) Ministério Público; d)

Conselho Penitenciário; e) Departamentos Penitenciários; f) Patronato; g) Conselho da Comunidade; h) Defensoria Pública (BRASIL, 2016c).

São os órgãos que buscam a efetividade da pretensão executória do Estado, visando à punição individualizada do condenado, através do cumprimento da sentença condenatória com trânsito em julgado (NUCCI, 2013b, p. 1043).

3.2.3 Competência do Juiz da Execução Penal

O relevo e volume da matéria de execução penal concedeu-lhe um conceito específico e autonomia frente às demais disciplinas jurídicas, instituindo o regime jurídico próprio dos condenados, dos internados e dos presos provisórios (DOTTI, 2013, p. 692). Assim, com a promulgação da LEP, a disciplina tornou-se autônoma, estreitando a competência do juiz de execução penal às questões a ela pertinentes.

Na exposição de motivos da Lei nº 7210/84 (itens 9 e 12), consta que esse ramo abrange o conjunto de normas jurídicas relativas à execução das penas e das medidas de segurança e, a partir dessa Lei, deixa de ser um Livro do Código de Processo Penal para ingressar nos costumes jurídicos, com autonomia inerente à um novo ramo jurídico (NUCCI, 2013b, p. 1020).

O estudo da legislação de execução penal pertence ao juízo de execução penal e a denominação dessa ciência como direito penitenciário seria insuficiente devido à quantidade de temas que esse ramo jurídico abrange, tanto de natureza penal, como administrativa (art. 66, LEP) (ZAFFARONI, 2013, p. 709).

3.2.4 Natureza jurídica da Execução Penal

A execução penal tem dupla natureza, jurídica e administrativa, a primeira por representar a pretensão punitiva do Estado e, a outra, devido ao fato de dependerem dos preceitos administrativos quanto às suas providências. É um ramo jurídico de direito público, com a finalidade de tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, encarregado de proferir comandos pertinentes à execução da pena, com seu efetivo cumprimento nos estabelecimentos custeados pelo Executivo (NUCCI, 2013b, p. 1019).

Nessa questão, Nucci (2013b, p. 1021) faz uma crítica a como, na prática, o Estado tem dado pouca atenção ao sistema carcerário, deixando de lado a necessária humanização do cumprimento da pena, em especial, no tocante à pena privativa de liberdade, permitindo a comparação de muitos estabelecimento com autênticas masmorras e, conseqüentemente, desrespeitando completamente a integridade física e moral dos presos.

3.3 A GARANTIA DA FORMA PROGRESSIVA DO RESGATE DA PENA

A pena, após diversas transformações conceituais, tem como principal objetivo a reeducação da pessoa humana para, cedo ou tarde, voltar para o convívio social, além do objetivo de retribuição da conduta por ele praticada. Assim, a progressão de regime se apresenta como forma de recuperação do criminoso, dando esperanças ao mesmo de readquirir seu direito à liberdade. Como parte da individualização executória, deve haver progressão de regime, forma de incentivo à proposta estatal de reeducação e ressocialização do sentenciado (NUCCI, 2013b, p. 341).

Sobre a individualização executória da pena, Foucault (1997, p. 205) elucida que:

[...] se a pena deve ser individualizada, não é a partir do indivíduo-infrator, sujeito jurídico de seu ato, autor responsável do delito, mas a partir do indivíduo punido, objeto de uma matéria controlada de transformação, o indivíduo em detenção inserido no aparelho carcerário, modificado por este ou a ele reagindo. (1997, p. 205).

Assim, pode-se perceber que o cárcere está diretamente ligado à individualização na pena, representado aqui pela modificação (reeducação) do réu. Da mesma forma que a sanção deverá ser proporcional ao ilícito praticado, quando o *quantum* a ser cumprido é aplicado com base na conduta do agente, a progressão de regime, como forma de incentivo, tem como base a mesma retribuição. Será possível a transferência para regime mais brando através da verificação da mudança de comportamento, mostrado pela boa conduta que presume o aprendizado e a ressocialização, através da pena, não sendo necessário a continuação da punição

em sua forma mais rigorosa e possibilitando o regresso gradual do infrator ao convívio social.

3.4 PROGRESSÃO DE REGIME

A partir do momento inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade no regime definido em sentença, em detrimento da adoção do sistema progressivo, é possibilitada a transferência a um regime menos rigoroso, a ser determinado pelo juiz quando preenchidos os requisitos legais.

A progressão de regime encontra-se subordinada ao cumprimento de ao menos 1/6 (um sexto) no regime anterior e ter mérito, comprovado pelo diretor do estabelecimento (bom comportamento carcerário), respeitadas as regras que vedam a progressão (art. 112, *caput*, LEP). A decisão nesse caso deverá ser motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor (art. 112, § 1.º, LEP) (BRASIL, 2016c).

Dessa forma, para cada um 1/6 de pena cumprida, poderá o apenado ser transferido para regime mais brando, quando merecer tal benefício. O merecimento nesse caso seria a demonstração de disciplina capacitando-o à continuação do cumprimento em regime menos severo.

Quanto aos prazos para progressão, Nucci (2013c, pp. 341-342) sustenta:

Nem se diga que os prazos para a progressão constituem meras normas de execução penal, pois elas têm nítido caráter de direito material, refletindo na pena e no modo de cumprimento, bem como de individualização executória. Trata-se, pois, de lei penal e, como tal, deve ser aplicada.

Quanto ao mérito, o autor continua:

Conceito e análise do mérito do condenado: o mérito do condenado é um juízo de valor incidente sobre a sua conduta carcerária passada e futura (diagnóstico e prognóstico), dando conta de que cumpriu, a contento, sem o registro de faltas graves no seu prontuário, a sua pena no regime mais rigoroso, além de estar preparado a enfrentar regime mais brando, demonstrando disciplina, senso crítico sobre si mesmo, perspectiva quanto ao seu futuro e ausência de periculosidade. O mérito não deve, jamais, ser avaliado segundo o crime praticado e o montante da pena aplicada, pois não é essa a disposição legal. Por seu crime, o sentenciado já foi sancionado e

cumpra pena, não podendo carregar, durante toda a execução, o estigma de ter cometido grave infração penal. (2013, p. 345).

Cabe lembrar que, para progredir de regime, é necessário o cumprimento tanto do requisito objetivo como subjetivo, não podendo haver subterfúgios para suprimir esses requisitos. Portanto, ao estipular que a progressão de regime é gradativa e visa a reinserção do criminoso na sociedade, não há possibilidade da realização dessa progressão por saltos, caracterizada pela passagem do regime fechado diretamente ao aberto, sem a passagem pelo regime intermediário (NUCCI, 2013c, p. 354).

O que ocorre atualmente, devido à falta de vaga, nas palavras de Nucci (2013c, pp. 354/355), é que:

[...] vários condenados são beneficiados pela progressão do regime fechado ao semiaberto, embora, por falta de vagas, terminem aguardando no regime anterior, indevidamente. Por isso, julgados têm determinado que o condenado seja transferido diretamente para o aberto, em que aguardaria a tal vaga para o semiaberto. Ocorre que, estando bem colocado no aberto, não haveria sentido em retrocedê-lo ao semiaberto. Acaba-se consumando a execução por salto do fechado ao aberto por única culpa do Executivo, que não providencia o número de vagas suficientes nas colônias penais.

Nesse sentido, não poderia o apenado permanecer em regime mais gravoso do que tem direito em face da inércia do poder executivo, por se tratar de ferir o direito à liberdade, ferindo também o caráter retributivo e ressocializador da reprimenda.

3.4.1 Progressão de regime para crimes hediondos e equiparados

Com o advento da Lei nº 8072/90 e a consequente classificação de determinadas infrações como sendo hediondas e a elas equiparados, passa-se a vedar a progressão de regime permitindo-se, apenas o livramento condicional após o cumprimento de 2/3 da pena cumprida. Entretanto, “[...] vedar a progressão, impondo regime fechado integral, era inconstitucional, não porque ofendia o princípio da humanidade, mas porque lesava a individualização executória da pena. Não deve haver pena-padrão, em hipótese alguma.” (NUCCI, 2013a, p. 419).

O Supremo Tribunal Federal, a partir de 2006, após a decisão em HC (HC n.º 82959, julgamento em 2006) passou a considerar inconstitucional a vedação à progressão aos Crimes Hediondos (art. 2.º, § 1.º, Lei 8.072/90). Sepultou-se, em definitivo, tal proibição de progressão de regimes para crimes hediondos e assemelhados com o advento da Lei 11464/2007, que alterou o disposto na referida Lei.

Os prazos para a obtenção da progressão são mais extensos, em face da gravidade dos delitos, que se fazem após o cumprimento de 2/5 da pena, se o apenado for primário, e de 3/5, se reincidente (art. 2.º, § 2.º, da Lei 8.072/90, com a redação dada pela Lei 11.464/2007) (BRASIL, 2016c). Essas frações serão aplicáveis apenas aos crimes cometidos a partir de 28 de março de 2007, data de introdução da Lei no ordenamento jurídico, pois as Leis penais severas não podem retroagir no tempo para prejudicar os autores (art. 5.º, XL, CF) (BRASIL, 2016a).

3.4.2 Exame criminológico

Anteriormente obrigatório, é um exame destinado a classificar e individualizar os detentos, para que melhor avaliar sua reinserção social. O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução (art. 8.º, LEP) (BRASIL, 2016c). “Visava-se, com isso, evitar a transferência de reclusos sem que estivessem para tanto preparados, em flagrante desatenção aos interesses da segurança social.” (PRADO, 2014, p. 473).

Com advento da Lei nº 10792/2003, o exame se tornou facultativo, utilizado para sanar dúvidas quanto ao mérito subjetivo, para auxiliar o livre convencimento do magistrado ou para auferir a cessação de periculosidade, em se tratando de preso excessivamente perigoso.

Em relação a possibilidade de realização do exame para verificação da cessação de periculosidade, Nucci (2013c, p. 354) argumenta que:

[...] para a progressão de condenados por crimes violentos é indispensável, em vários casos, a realização do exame criminológico para apurar a cessação da periculosidade, a despeito da edição da Lei 10.792/2003.

O exame é realizado pela Comissão Técnica de Classificação, composta pelo diretor do presídio, dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social. (art. 7º, LEP) (BRASIL, 2016c).

3.4.3 Regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade

Há três espécies de regime para execução das penas privativas de liberdade: fechado, semiaberto e aberto. Eles estão definidos pelo CP (art. 33, § 1.º e LEP, arts. 110 a 119). Conforme os ensinamentos de Dotti (2013, pp. 707-710), são eles:

a) Regime fechado: Considera-se regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média (art. 33, § 1.º, “a”, CP). O cumprimento desse regime se dá em penitenciária, sendo o condenado alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório (arts. 87 e 88, LEP). Destina-se àqueles que forem: a) condenados a pena superior a 8 (oito) anos (art. 33, § 2.º, “a”); b) condenados pelos crimes previstos na Lei nº 8072/90, art. 2.º, § 1.º (crimes hediondos), na Lei nº 9034/95, art. 10 (crime organizado) e Lei nº 9455/97, art. 1.º, § 7.º (tortura), salvo o condenado à pena de detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos; c) reincidentes (art. 33, § 2.º, CP). O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno (art. 34, § 1.º, CP). O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado (art. 34, § 2.º, CP). Excepcionalmente, o trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas (art. 34, § 3.º, CP) (BRASIL, 2016b).

b) Regime semiaberto: Considera-se regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (art. 33, § 1.º, “b”, CP), sendo esses estabelecimentos com características arquitetônicas de segurança média. Destina-se ao condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 anos e não exceda 8 anos (art. 33, § 2.º, “b”, CP). O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (art. 35, § 1.º, CP). O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a

cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior. (art. 35, § 2.º). Não há mais isolamento noturno e há a possibilidade da obtenção da saída temporária, pelo período de 7 dias consecutivos, sem vigilância direta (art. 123, LEP) (BRASIL, 2016b).

c) Regime aberto: Baseado na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado (art. 36, CP) (BRASIL, 2016b). O condenado deve recolher-se, durante o repouso noturno, à Casa do Albergado ou estabelecimento similar, sem o rigor de uma prisão, desenvolvendo atividades laborativas externas durante o dia, e devendo ficar recolhido nos dias de folga (art. 33, § 1.º, “c”, CP e arts. 93 a 95, LEP) (BRASIL, 2016d). O prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga (art. 94, LEP) (BRASIL, 2016d).

Aqui observa-se uma gradual diminuição no rigor do cumprimento da pena, característico do sistema progressivo, onde o apenado vai conquistando gradativamente sua liberdade.

3.4.4 Falta de estabelecimentos ou falta de vagas

Existe a definição legal dos regimes, existe as regras dos regimes e não existe vagas ou de estabelecimentos para os regimes. A falta de vagas ou de estabelecimentos para alojar o condenado ao regime semiaberto ou aberto faz com que haja divergências jurisprudenciais acerca do local de cumprimento e da possibilidade do cumprimento em regime menos rigoroso.

Por um lado, temos a manutenção do condenado em regime mais rigoroso, mesmo depois de cumprido os requisitos legais, devido à falha do Estado. Por outro lado, os doutrinadores defendem que para “a mais adequada aplicação dos princípios de Direito Penal e de Direito Processual Penal recomenda que em tais hipóteses deve o preso ser transferido para o regime aberto ou nele iniciar o cumprimento da pena, pois o condenado não pode pagar pela omissão dos poderes públicos.” (DOTTI, 2013, p. 709).

Quando essa falha se dá pela inexistência de casa do albergado ou de vagas neste estabelecimento, a jurisprudência tem se orientado no sentido de autorizar a prisão albergue domiciliar (art. 117, LEP), destinada àqueles maiores de 70 (setenta) anos, ao acometido de doença grave ou a que possua filho menor ou deficiente físico ou mental, ou se for condenada gestante, “o que não condiz com o objetivo da Lei de Execução Penal, mas é fruto da política desastrosa do Estado no trato da questão [...] com a finalidade de banalizar o processo de individualização executória da pena, facilitando a passagem entre os regimes e permitindo o esvaziamento do cárcere (algo muito mais fácil do que construir presídios, certamente, um elevado investimento de recursos). [...] (NUCCI, 2013b, pp. 1053-1060).

3.4.5 Regressão de regime

Ao passo que existe uma forma de progredir a um regime menos severo, tem-se a possibilidade de regressão a um regime mais rigoroso, que seria a forma inversa do primeiro.

Basicamente, existem duas situações que implicam a passagem a regime mais rigoroso: a) Adaptação do regime: quando, após a soma de penas de processos distintos, a determinação do regime deverá ser feita pela unificação dos mesmo, tornando incabível o regime anterior (art. 111, LEP).; b) Regressão por falta: O condenado pode ser transferido a regime mais rigoroso quando praticar fato definido como crime doloso ou falta grave (art. 118, I, LEP) (BRASIL, 201c).

3.5 DETRAÇÃO PENAL

A detração consiste no abatimento, na pena privativa de liberdade, do período cumprido em prisão provisória no Brasil ou exterior, de prisão administrativa ou de internação em hospital de custódia e tratamento (art. 42, CP) (BRASIL, 2016b). Assim, por exemplo, se o acusado cumpriu 1 ano em prisão preventiva, quando iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade equivalente a 5 anos, deverá cumprir apenas mais 4 anos. A competência para essa análise, em regra, é do juízo da execução penal (art. 66, III, “c”, LEP) (BRASIL, 2016c). Portanto, referido

abatimento se concretizará após o trânsito em julgado, no início do cumprimento da sanção.

Tem fundamento jurídico no princípio de que ninguém poderá ser punido duas vezes pelo mesmo fato. Portanto, por já ter cumprido determinado período de tempo, inviável seria que o cumprisse novamente. Isso caracterizaria o abuso do poder de punir, “sujeitando o responsável pelo fato punível a uma fração desnecessária da pena sempre que houver a perda da liberdade ou a internação em etapas anteriores à sentença condenatória.” (DOTTI, 2013, p. 747).

Quando se tratar de condenação à medida de segurança, deverá ser abatido o tempo no seu prazo mínimo estabelecido.

A prisão provisória definida em lei é a prisão processual, anterior à sentença, com a finalidade cautelar de garantir o devido processo legal. “Esse termo – ‘prisão provisória’ – deve ser interpretado de modo amplo, abarcando todas as medidas cautelares de restrição da liberdade. Engloba, pois, a prisão em flagrante, a prisão temporária, a prisão preventiva e, também, a prisão decorrente de sentença de pronuncia e de decisão condenatória recorrível.” (PRADO, 2014, p. 480).

Alguma são as hipóteses de aplicação da detração penal, devido ao seu caráter não penal, mas cautelar e processual, que para Dotti (2013, pp. 747-749), seriam: a) Prisão provisória: caracteriza-se pela privação da liberdade antes da sentença condenatória transitada em julgado; Após a sentença, sem o trânsito em julgado ainda considera-se provisória; b) Prisão por infração penal diversa: A prisão por fato diverso ao que resultou na condenação deverá ser descontado, com base no art. 111, da Lei de Execução Penal, que com a unificação da pena será observada a detração; c) Prisão civil: a prisão civil, decretada contra devedor de alimentos ou depositário infiel (art. 5.º, LXVII, CF) deve ser considerada para fins de detração, conforme entendimento majoritário da doutrina; d) Pena restritiva de direitos: é aplicável a detração, mesmo que haja omissão na legislação, com relação às penas restritivas de direitos, prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana; e) Prisão administrativa: revogada.

4 LEI Nº 12.736, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2012

Preliminarmente, necessário fazer menção do art. 2.º, § 1.º, da Resolução nº 113, do CNJ, que dispõe que: “estando preso o executado, a guia de recolhimento definitiva ou de internação será expedida ao juízo competente no prazo máximo de cinco dias, a contar do trânsito em julgado da sentença ou acórdão, ou do cumprimento do mandado de prisão ou de internação” (BRASIL, 2016d). Assim, a execução penal, que tem início com a expedição da guia de recolhimento, só teria início após o trânsito em julgado, mais especificamente com a expedição da guia de recolhimento.

Devido à demora da fase recursal, o apenado poderia esperar demasiado tempo até poder ser transferido ao regime mais brando, ocorrendo a hipótese de excesso de execução por exceder o tempo de permanência em regime mais gravoso àquele o qual já possui direito, ferindo o sistema progressivo de cumprimento da pena adotado no atual ordenamento jurídico. Com base nisso, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n. 716, passando a admitir “a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado na sentença condenatória.” (BRASIL, 2016e). Apesar desse enunciado, referida Súmula é destinada ao sentenciado que se encontra acautelado no período anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória, permitindo que o juiz da execução proceda a progressão de regime antes do trânsito em julgado, assegurando o direito à ampla defesa em grau de recursos. Assim, o apenado não necessita esperar o trâmite dos recursos para, após o trânsito em julgado, realizar a progressão à regime menos severo, garantindo que não haja excesso de execução com a permanência em regime mais severo.

Ocorre que, mais uma vez, devido à demora da fase processual, dessa vez na fase de conhecimento, foi editada a Lei nº 12736/2012 com a pretensão de evitar o referido excesso já na fase cautelar do processo, no tocante à prisão cautelar. Antes da Lei, “a aplicação da detração não deveria influenciar o juiz na fixação do regime inicial de cumprimento da pena.” (NUCCI, 2009, p. 440).

A Lei em comento alterou a redação do artigo 387, do Código de Processo Penal, bem como acrescentou que, ao proferir a sentença, o juízo de conhecimento deverá aplicar o instituto da detração penal. “[...] o projeto de autoria

do Poder Executivo teve tempo de tramitação recorde e, depois de aprovado nas duas Casas Legislativas, foi sancionada pela presidente da República a Lei 12.736, de 30 de novembro de 2012.” (PEREIRA, 2013. s.p). Dessa forma, é “[...] claro que o projeto não foi debatido da forma como se espera e, por conseguinte, inexatidões não foram observadas.” (TASSI, 2013, s.p).

A nova lei foi criada em um contexto onde o Ministério da Justiça elaborou diversas medidas para melhorar o sistema penitenciário, denominado Programa Nacional de Apoio ao Sistema Prisional, com o propósito de abreviar a soltura do apenado que permaneceu preso no decorrer do processo (NICOLITT, 2015, s.p).

A Lei 12736/12 (BRASIL, 2016f), *in verbis*, dispõe que:

Art. 1º A detração deverá ser considerada pelo juiz que proferir a sentença condenatória, nos termos desta Lei.

Art. 2º O art. 387 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 387. [...]”

§ 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta.

§ 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.” (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

A legislação determina que deverá ser feita a detração penal na sentença condenatória (§ 1.º) para fins de determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade (§ 2.º). Portanto, em síntese, há uma ampliação da competência do juízo de conhecimento que deve fazer o abatimento do tempo em que o réu permaneceu preso cautelarmente, para fins da determinação do regime inicial.

Como exemplo, se um apenado, condenado à pena de 8 anos, em regime fechado, cumpriu 1 ano de prisão cautelar, devendo esse período ser detraído da pena total, remanescendo 7 anos de pena a cumprir, ao fixar o regime inicial de cumprimento da pena, pode o juiz determinar ao invés do regime fechado (art. 33, § 2.º, “a”, CP), optar por inserir o apenado no regime semiaberto (art. 33, § 2.º, “b”, CP), devido ao tempo de pena já cumprida em face de medida cautelar.

Vejamos a exposição de motivos da citada Lei:

Na atualidade, o sistema de justiça criminal é composto de aproximadamente 40% de presos provisórios. Essa realidade ocasiona problemas ao sistema de justiça, em especial no que tange ao cumprimento da pena imposta por aqueles que durante o processo permaneceram presos.

Comumente ocorre que após a sentença condenatória ter sido proferida, tenha o réu que aguardar a decisão do juiz da execução penal, permanecendo nesta espera alguns meses em regime mais gravoso ao que pela lei faz jus, em razão de não existir previsão expressa no Código de Processo Penal conferindo ao juiz do processo de conhecimento a possibilidade de, no momento da sentença, realizar o desconto da pena já cumprida.

Tal situação, ademais de gerar sofrimento desnecessário e injusto à pessoa presa, visto que impõe cumprimento de pena além do judicialmente estabelecido, termina por aumentar o gasto público nas unidades prisionais com o encarceramento desnecessário. Ademais, atualmente, essa realidade acaba por gerar uma grande quantidade de recursos aos tribunais superiores com a finalidade de se detrair da pena aplicada ao réu o período em que esteve preso provisoriamente. Atualmente, o Código Penal em seu art. 42, expressamente prevê que será computada na pena privativa de liberdade o tempo de prisão provisória, administrativa e o de internação no Brasil e no estrangeiro sendo necessário que tal previsão, também conste no Código de Processo Penal.

O que se almeja com o presente projeto, portanto, é que o abatimento da pena cumprida provisoriamente possa ser aplicada, também, pelo juiz do processo de conhecimento que exarar a sentença condenatória conferindo maior celeridade e racionalidade ao sistema de justiça criminal, evitando a permanência da pessoa presa em regime que já não mais corresponde à sua situação jurídica concreta. (BRASIL, 2016g).

Dessa forma, a nova legislação funcionará como mais um mecanismo de acesso à Justiça da população carcerária para assegurar a correção de situações injustas. Conforme ensinamentos de Pereira (2013, s.p):

Significa dizer que a recente lei antecipa o reconhecimento de direito legalmente assegurado sem a necessidade de esperar a burocracia do sistema de justiça, [...]. Não se trata de ampliação de qualquer benefício, mas de viabilização do reconhecimento de direito que será concedido em momento posterior. A nova lei nada mais é do que mero catalisador do instrumental judiciário, guardando estreita relação com o Programa Nacional de Apoio ao Sistema Prisional do governo federal, que o originou, e servindo para correção de situações manifestamente injustas.

No mesmo sentido afirma Tassi (2013, s.p):

Tal lei tem o objetivo de fazer cessar as injustiças que ocorrem no interregno que vai desde a prolação da sentença condenatória de réu que está (ou esteve) recolhido no cárcere ou internado, até a análise pelo juiz da execução penal da possibilidade de se estabelecer regime menos gravoso.

Com base na explicação de motivos da Lei nº 12736/12, percebe-se que a mesma foi criada para amenizar o sofrimento do elevado número de presos provisórios em cárcere, devido à falta de políticas públicas ou investimentos, sendo necessária a adoção de tal medida por parte dos Governantes. Porém, por outro lado, a falta técnica do referido dispositivo tem gerado divergências de entendimento, o que contribui para que as jurisprudências não tenham se consolidado a respeito.

Existem alguns pontos que devem ser realçados quanto essa nova Lei, quais sejam: a) Há uma nova forma de detração penal? b) Foi inserida uma nova fase no critério trifásico de dosimetria da pena? c) Há modificação da competência para análise da aplicação da detração penal? d) Com a fixação de regime poderia estar sendo feita uma progressão cautelar? e) Há inconstitucionalidade quanto a violação dos princípios da individualização da pena, do juiz natural e da isonomia?

4.1 A DETRACAO PENAL CONSIDERADA PELO JUIZ QUE PROFERIR A SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

O § 1.º, da Lei nº 12736/2012, trata de comando de legalidade que obriga o juiz de conhecimento a aplicar a detração penal na própria sentença. Cabe salientar que, em análise a esse parágrafo da Lei, é uma nova forma de detração, diferente daquela (art. 42, CP), que busca dar celeridade à execução da pena. A nova detração diferencia-se da detração do artigo 42 do Código Penal porque “se refere a uma das etapas de individualização da pena (artigo 59, inciso III, do Código Penal), enquanto esta é instituto da própria execução da pena, tal como a progressão de regime.” (LUSTOSA, 2014, s.p).

Cavalcante (2012, s.p) compara a detração com a vigência da nova Lei da seguinte forma:

a) antes da Lei Nº 12736/2012: 1) A detração era realizada pelo juiz das execuções penais; 2) Na prolação da sentença, o juiz não examinava se o condenado possuía direito à detração; 3) O regime inicial de cumprimento da pena era fixado com base na pena total imposta (sem considerar eventual direito à detração).

b) depois da Lei nº 12736/2012: 1) A detração é realizada pelo juiz do processo de conhecimento, no momento em que proferir a sentença condenatória. O juízo das execuções penais continua tendo a possibilidade de fazer a detração, mas de forma subsidiária; 2) Na prolação da sentença, o juiz tem o dever de fazer a detração; 3) Na fixação do regime inicial o juiz deverá descontar, da pena imposta, o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação do condenado.

Na prática, a detração aplicada na sentença não tem nada a ver com a progressão de regime, bem como não faz diferença alguma para o condenado, pois a pena base para os cálculos referentes aos benefícios da execução penal (progressão de regime, livramento condicional, indulto...) deve permanecer sendo a pena total, resultante da dosimetria. Porém, em análise em conjunto com o § 2.º, da mesma Lei, possibilita ao apenado, após a dosimetria da pena e fixação de regime, ter a pena detraída e fixado novo regime, com a possibilidade de iniciar o cumprimento da pena em regime menos severo. Cabe, portanto, ao juiz do processo de conhecimento realizar a detração para fins de regime de pena, relacionado exclusivamente ao início do cumprimento da condenação.

4.2 FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA A PARTIR DA DETRAÇÃO REALIZADA PELO JUÍZO DE CONDENAÇÃO

O magistrado que profere a sentença condenatória fixa a pena definitiva com base no critério trifásico, modelo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro (art. 68, CP) (BRASIL, 2016b). Após, o Juiz de conhecimento estabelece o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade, observado o disposto no artigo 33 e parágrafos, do Código Penal (art. 110, LEP) (BRASIL, 2016c). Para fixação do regime inicial de cumprimento da pena, o juiz deve analisar também as circunstâncias pessoais do agente, (a) culpabilidade; b) antecedentes; c) conduta social d) personalidade do agente; e) motivos; d) circunstâncias; e) consequências do crime; e f) comportamento da vítima (art. 59, III, CP), garantindo a individualização da pena na sentença (BRASIL, 2016b). Para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena, Prado (2014, p. 467) define que concorrem dois fatores: a quantidade de pena imposta (art. 33, § 2.º), que seria a dosimetria, e

b) as condições pessoais do condenado (arts. 33, § 3.º, e 59, CP), caracterizada por sua conduta.

Nucci (2013c, pp. 388-389), em análise ao regime inicial, afirma que se trata de mero simbolismo, vejamos:

Ademais, o regime inicial, nos dias de hoje, em muitos locais, representa mero simbolismo, pois, na realidade, o Estado não o coloca em prática. O condenado ao fechado fica em sistema caótico, incompatível com a previsão legal; o destinado ao semiaberto termina aguardando a sua vaga no fechado, como se nada houvesse; o sentenciado ao aberto vai direto para casa, em prisão domiciliar, por patente falta de Casa do Albergado em inúmeras Comarcas. Em face desse quadro comum, no Brasil, era mesmo preciso introduzir a detração em seu cenário real – e não fictício – pois a prisão provisória terminou sendo antecipação de pena, em decorrência da mórbida lentidão da máquina judiciária. Se a detração é abatimento de pena, nada mais justo que se desconte diretamente na conta do regime inicial de cumprimento. Em nome da dignidade da pessoa humana e em contraposição à inércia estatal. [...]Saliente-se, entretanto, deva o julgador computar a detração, abatendo-se o montante da pena fixada em razão do tempo de prisão provisória, não significando seja obrigado a estabelecer, sempre, o regime mais favorável. Aliás, a individualização da pena envolve a escolha do regime de cumprimento, abrangendo o fechado, o semiaberto e o aberto.

Cabe salientar que a Lei nº 12736/2012 não revogou quaisquer desses dispositivos supracitados causando vícios interpretativos quanto ao momento da aplicação da detração na sentença e quanto ao momento de fixação do regime inicial de cumprimento.

Como muito bem frisa Vicente (2013, s.p):

Neste ponto, aliás, não houve suficiência técnica ao se mencionar no § 2º do artigo 387 do Código de Processo Penal a expressão “regime inicial de pena”, pois o regime inicial de cumprimento de pena a ser fixado é aquele determinado pelo artigo 110 da Lei de Execução Penal. [...] Assim, a lei não afasta o dever do juiz de, na sentença condenatória, continuar estabelecendo o regime inicial de cumprimento da pena com base na pena. Não deve o juiz reduzir a pena definitiva pela detração como se fosse uma última fase de fixação da quantidade da reprimenda. O §2º do art. 387 exige um novo capítulo de sentença, não constituindo, portanto, uma fase da dosimetria (quarta fase).

Quanto ao momento de aplicação da Lei em comento, Teixeira (2012, s.p) explica:

O § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal deve ser interpretado como exigência de um novo capítulo da sentença condenatória, a *posteriori* da fase da dosimetria da pena. [...]. Logo, na sentença terá um capítulo próprio para a dosimetria, no qual o juiz fixará o regime inicial de cumprimento da pena, tendo como base a pena final aplicada na sentença, e em seguida, em um novo capítulo, será reconhecido a detração e, se for o caso, a fixação do novo regime.

A dosimetria restou inalterada devendo ser feita na forma do art. 68, do Código Penal, logo a detração não será uma quarta etapa da dosimetria. A aplicação dessa operação aritmética deve acontecer em novo capítulo da sentença, após as três fases da dosimetria, obtendo-se um novo parâmetro para fixação do regime inicial diferente daquele antes usado, o total da pena. Com isso, haveria a possibilidade do juízo de conhecimento aplicar uma espécie de progressão de regime.

Após a definição da pena final, por se tratar da pena definitiva, não deve esta ser influenciada pela detração, pois significaria considerar a detração como nova última etapa da dosimetria da pena. Essa pena, que deverá ser considerada para os cálculos dos benefícios referentes à pena, deve estar perfeitamente conhecida na sentença penal. (ARAÚJO, 2012, s.p).

Cabe enfatizar que essa nova forma de detração tem finalidade de fixação do regime inicial de cumprimento da pena, conforme expresso na redação § 2º do art. 387 do CPP: [...] *será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.* (BRASIL, 2016f).

A alteração legislativa, apesar de suas falhas técnicas, busca seguir a motivação da Súmula 716, permitindo a aplicação imediata de regime menos severo ao preso provisório. Isso decorre do abuso do poder de cautela do juízo de condenação, no tocante às prisões preventivas que se tornaram regra e não exceção, e da falha dos regimes penitenciários no sistema carcerário brasileiro por falta de políticas públicas. Na prática, ela não cria uma nova forma de progressão de regime, mas uma forma compensatória que busca evitar o excesso da execução colocando o condenado em regime menos severo, para que, de forma célere, adquira a liberdade.

4.3 PROGRESSÃO CAUTELAR DE REGIME

Após a aplicação dessa forma de detração penal, será analisada a fixação do regime inicial de cumprimento da pena. Na prática, isso não equivaleria a uma progressão de regime, mas se confunde com a mesma. Deve-se ater à explicação de motivos dessa nova Lei, para que não seja desviada do seu objetivo, ou seja, o de impedir o excesso à execução ao apenado cautelar, para que não cumpra tempo excessivo de pena em regime mais gravoso frente ao qual tem direito. A lei é clara no sentido de que é destinada a fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.

Ocorre que, ao fixar o regime inicial mais brando, poderia estar antecipando o instituto denominado progressão de regime, concedendo direitos a quem não possui de acordo com a Lei Especial (LEP). Senão vejamos: um apenado condenado a 8 anos de reclusão, em regime fechado (art. 33, § 2.º, “a”), pela prática de crimes comuns, e que ficou preso provisoriamente durante 1 ano, ao ser feita a detração desse período na sentença, bem como a nova fixação de regime, iria iniciar a pena em regime semiaberto (art. 33, § 2.º, “b”). Com base nos critérios da progressão de regime, outro apenado, condenado a 8 anos de reclusão, em regime fechado, pela prática de crimes comuns, e que ficou preso provisoriamente por 1 ano, mas que não teve a pena detraída na sentença, iniciaria no regime fechado e teria direito de ser transferido ao regime semiaberto após o cumprimento de 1/6 da reprimenda (art. 112, LEP), que nesse caso equivaleria a 1 ano e 4 meses, devendo portanto cumprir mais 4 meses em regime fechado para progredir, além de ostentar bom comportamento carcerário.

Agora, em outra situação, a Lei poderia estar negando direitos ao condenado que possui tal direito. Assim: um condenado a 9 anos por crime hediondo, ficou 2 anos preso provisoriamente, com a aplicação da detração não haveria alteração no regime de cumprimento devido ao fato de se tratar de crime hediondo, porém a pena seria agora 7 anos. Para progredir de regime deverá cumprir 2/5 da pena remanescente, se tratando de primário, fração equivalente a 2 anos, 9 meses e 18 dias contados da sentença. Nesse exemplo, a detração prejudicaria o direito a progressão do apenado já que para progredir teria cumprido 4

anos, 9 meses e 18 dias. Agora se não houvesse sido feita a detração na sentença, teria que cumprir 3 anos, 7 meses e 6 dias contados da prisão.

Nesse comparativo, podemos ver que a nova lei se assemelha muito à progressão de regime, porém sem a análise dos requisitos objetivo e subjetivo, presentes no artigo 122 da Lei de Execução Penal. Observa-se, também, que ela poderá ser benéfica ou não ao apenado, sendo que não deverá ser aplicada nos casos em que prejudicar a reinserção do indivíduo na sociedade, por ser contrário ao objetivo da lei e do direito penal.

Sobre as injustiças que a Lei poderá produzir, Tassi (2013, s.p) comenta que:

Nota-se também que se com a detração o regime não restar alterado, haverá prejuízo para o réu. Como o início do cumprimento de pena remanescente será a data da sentença, o réu demorará mais para progredir do que se não houvesse sido feita a detração (e o início do cumprimento da pena fosse o primeiro dia de sua prisão). [...] Nota-se que nela também não há distinção clara entre crime comum e hediondo e as disparidades acima exemplificadas também têm espaço, o que acaba tornando-a em desarmonia com o sistema penal.

Marivaldo (2013, s.p) acrescenta que:

[...] aos que compreendem a inovação como progressão de regime, lembramos que a natureza da prisão cautelar eventualmente decretada não se confunde com a da prisão em regime fechado, esta decorrente de sentença condenatória. Ao juiz do conhecimento não caberá a análise de requisitos subjetivos para eventual progressão porque não se trata de concessão de nenhum benefício, senão de ajuste do tempo de pena já cumprido e cujo desconto apenas será antecipado. [...] A interpretação segundo a qual a nova lei fornece ao juiz do conhecimento competência para concessão do benefício de progressão de regime reflete a equivocada intenção de seus defensores de confundir prisão cautelar e pena e, bem assim, reforçar entendimento de que aquela caracteriza antecipação desta, o que, sabemos, viola o princípio constitucional da presunção de inocência.

Então, a fixação do regime através da detração não se caracteriza como progressão de regime, levando em consideração que, para haver progressão, deve-se respeitar os requisitos subjetivos e objetivos para a mesma. Por outro lado, “[...] importante registrar que esta inovação legislativa, promovendo inesperada e

repentina interação entre as jurisdições penais de conhecimento e executiva, parece partir do pressuposto de que a progressão de regime é um *mero procedimento de cálculo aritmético de cumprimento de pena, ignorando que está condicionada por lei à aferição do mérito do apenado para passar de um regime mais gravoso a outro.*” (ARAÚJO, 2012, s.p).

Vicente (2013, s.p) compartilha do mesmo pensamento, senão vejamos:

Por fim, vale ressaltar que a detração somente deverá ser levada em consideração fins de progressão de regime de pena. [...] A interpretação ora sugerida respeita a individualização da pena e o regime contemplado pelo legislador em abstrato, pelos próprios patamares do art.33 do Código Pena. Se assim não for, ou seja, não sendo observada a fixação com base no texto legal, estaria o Magistrado legislando e ferindo a separação de poderes e a individualização das penas e regime de cumprimento pela gravidade em abstrato do(s) crime(s).

Sendo considerado como progressão de regime, haveria uma afronta à legislação penal, não respeitando o processo gradual de reinserção do apenado à sociedade. Sob esse prisma, seria mais uma forma de ceder direitos, esvaziando as prisões, sem a menor observação à ressocialização do condenado, impedindo que o Direito Penal atinja sua finalidade.

A nova Lei deve ser interpretada conforme o restante do ordenamento jurídico, não podendo ser feita uma análise literal e individualizada dos dispositivos. “Como se não bastasse a gritante inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da isonomia, devemos ter em mente que a lei em comento entrou no mundo jurídico sem revogar qualquer outra, o que nos faz crer que ela veio para somar na busca de uma justiça ideal, guardando consonância com o restante do ordenamento.” (TASSI, 2013, s.p).

Quanto à denominação progressão cautelar de regime, advém do fato de se tratar de ser comparado a uma progressão, efetuada pelo juízo de conhecimento (portanto diferente daquela presente no art. 112, LEP), aos presos cautelares portanto, se tratando de medida cautelar e provisória, recebeu a denominação de progressão cautelar de regime, já que essa será posteriormente analisada pelo juiz da execução com objetivo de impedir que o condenado que não tenha merecimento permaneça em regime mais brando.

Caracterizando-a como progressão cautelar de regime, com base no poder geral de cautela, o apenado receberia a progressão após a detração e, se conseguisse se adaptar ao novo regime, poderia o juízo da execução manter tal regime na fase executória.

4.4 CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Antes da Lei nº 12736/2012, a detração era de competência exclusiva do juiz da execução penal. Dessa forma, compete ao Juiz da execução decidir sobre a detração da pena (art. 66, III, “c”, LEP), sendo que o réu está condenado, e somente na fase de execução penal, seria detraído o período que cumpriu em prisão cautelar (BRASIL, 2016c).

Com a vigência da referida Lei, como a mesma não revogou, expressa ou tacitamente, o artigo 66, inciso III, alínea “c”, da Lei de Execução Penal, torna possível que o juízo de execução analise a detração, nos casos em que o juízo de conhecimento não o fez ou nos casos em que algum tempo não tenha sido considerado.

Teixeira (2012, s.p), em análise ao conflito de competência, afirma o que segue:

A detração a ser realizada pelo juiz de conhecimento, conforme determinado pela nova lei, é apenas para fins de regime de pena, em relação tão-somente ao início de cumprimento da reprimenda. Se este não for alterado, não pode haver cálculos para diminuir a reprimenda. Nesse caso, o juiz disporá que deixa de aplicar a detração prevista no § 2º, do art. 387 do Código de Processo Penal, vez que o regime não será modificado, não obstante o período de prisão preventiva do sentenciado. Isso significa que, nas hipóteses em que a detração não é hábil a modificar o regime, não haverá cômputo inferior de pena a ser realizado, sob pena de o juízo de conhecimento invadir a competência do juízo da execução [...].

Poderá haver caso de invasão de incompetência, mas somente nos casos em que o juiz de conhecimento não seguir a determinação da Lei e extrapolar os limites estabelecidos por ela, ou seja, deverá aplicar a detração para fins de fixação de regime, não para progredir, por exemplo, já que a progressão nesse caso não respeitaria os requisitos legais, bem como estaria em dissonância com o sistema penal, mais especificamente com o sistema progressivo de cumprimento da pena.

4.5 INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.736/2012

A Lei nº 12736/2012 tem levantado questionamentos acerca da sua inconstitucionalidade, por ferir aos princípios constitucionais da individualização da pena, do juiz natural e da isonomia. Afirmando tal inconstitucionalidade, temos o posicionamento de Silva (2012, s.p), que em se manifesta nos seguintes pontos:

a) Princípio da individualização: Previsto no art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição Federal, dispõe que a lei regulará a individualização da pena. Como visto anteriormente, a individualização divide-se em três etapas, a legislativa, a judicial e a executória. Sob o argumento de que, por a terceira etapa ser regulada por lei especial (LEP), contém normas que devem ser observadas para a correta individualização da pena. “O condenado deverá cumprir a pena privativa de liberdade em etapas cada vez menos rigorosas até obter a liberdade, devendo, para tanto, ser observado seu mérito. Sem essa análise do merecimento para a progressão de regime, inclusive com a realização do exame criminológico quando necessário, está sendo violado o disposto no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal, que dispõe sobre a individualização da pena.”;

b) Princípio do Juiz natural: A Lei a ser observada no tocante aos benefícios da fase executória deve ser a Lei de Execução Penal, trazendo os requisitos para a devida concessão. Assim, o juiz da sentença não deve analisar tais requisitos, sendo exclusivos do juiz de execução, respeitando o princípio do juiz natural (art. 5º, LIII, CF), com base na competência estabelecida no artigo 66, inciso III, alínea “b”, da Lei de Execução Penal. Então, se o juízo de condenação deferir a progressão ao proferir sentença condenatória, poderia estar ferindo o princípio do juiz natural. Então, “embora o Juiz da Instrução deva fazer o cálculo da detração por ocasião da prolação da sentença, a pena a ser levada em consideração para a fixação do regime inicial deverá ser a dosada com fundamento no critério trifásico (art. 68, CP), do modo que já ocorre atualmente. A pena resultante da detração, que será calculada pelo próprio Juiz prolator da sentença em momento posterior à fixação do regime inicial, servirá tão somente para sua execução, cabendo ao Juiz

das Execuções Criminais, após a análise dos requisitos legais (art. 112, LEP), avaliar a possibilidade da progressão de regime prisional.”;

c) Princípio da isonomia: Segundo esse princípio, todos são iguais perante a Lei (art. 5º, “caput”, CF), e como visto anteriormente nos exemplos supra citados, “pessoas condenadas exatamente às mesmas penas e pelos mesmos crimes terão tratamento totalmente diferente em situações iguais”, violando, assim, o princípio da isonomia.”;

Para o autor, caberia então Ação Direta de Inconstitucionalidade por se tratar de nulidade absoluta da sentença devido à ofensa aos princípios do Direito Penal, podendo ser, inclusive, sustentado incidentalmente em sede de recurso, com objetivo da retirada do dispositivo do atual ordenamento jurídico, em face da sua dissonância.

Albuquerque (2014, s.p) ainda afirma que fere o princípio da proporcionalidade, com argumento de que “a aplicação da nova lei pode levar o magistrado a fixar como regime inicial de cumprimento de pena um que não seja o adequado para a repressão e prevenção do injusto praticado, segundo os cânones do próprio Código Penal” [...] “A fixação de regime mais brando do que aquele que o Código Penal presumiu como o mínimo necessário, e por força de uma Lei Processual (ou seja, que não se ocupa dos crimes ou das respectivas sanções), implica proteção deficiente dos bens jurídicos cuja tutela se pretende mediante aplicação do Direito Penal, o que equivale a violação do Princípio da Proporcionalidade.”

Para o autor, os limites da proporcionalidade devem ser a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente e, ao não respeitar tais limites, estaria ferindo a Constituição Federal. Tal argumento não prevalece, uma vez que a nova norma não altera a dosimetria da pena, mas acrescenta um novo capítulo na sentença.

Por outra perspectiva, tem quem defenda que a nova Lei da Detração não é inconstitucional, mas precisa ser interpretada conforme a Constituição Federal. Esse ponto de vista não exclui a falta técnica do dispositivo. Sobre esse ponto, Vicente (2013) rebate, nos seguintes pontos:

a) Princípio da individualização: Quanto ao argumento de que fere o princípio da individualização da pena, a Lei deve ser interpretada seguindo o sistema progressivo adotado no ordenamento jurídico, a progressão de que trata referida Lei, deve seguir os requisitos da Lei especial, não devendo ser realizada, como se propõe, de forma automática. “A alteração do art. 387 somente conferiu competência executiva parcial ao juiz do conhecimento para determinar o regime inicial de cumprimento de pena, não afastando a incidência da Lei nº 7.210/84.”;

b) Princípio do Juiz natural: Em face do argumento de que há inconstitucionalidade por ferir o princípio do juiz natural, não tem na Constituição Federal nenhum dispositivo que trate que a pena somente poderá ser executada pelo juízo da execução. Essa matéria afeta à Lei, pois compete a União legislar sobre matéria processual (art. 22, I, CF). “Ora, se o tema ‘competência’ possui natureza processual (e isso não se discute), nada obsta que a lei atribua ao juízo do conhecimento, total ou parcialmente, a competência para execução das penas.”;

c) Princípio da isonomia: O argumento de que fere o princípio da isonomia não deve prevalecer, pois “tal hipótese somente ocorrerá se a lei for interpretada de forma inadequada.” (VICENTE, 2013, s.p). A Lei atribui competência ao juízo de conhecimento, nada alterando os preceitos da progressão de regime, portanto, se a Lei for aplicada e interpretada com base na interpretação sistemática, seguindo a Constituição e as demais Leis, não estará ferindo quaisquer dos princípios citados. “Na técnica de interpretação sistemática, o intérprete não pode desconsiderar que os dispositivos legais se interdependem e se interrelacionam. Desse modo, não se pode analisar o novel §2º do art. 387 ignorando-se a existência da Lei de Execuções Penais.”.

Com base nessa interpretação, o juiz deve filtrar a nova lei, sem abandonar o texto literal, e extrair seu conteúdo para atender os valores adotados no ordenamento jurídico, seguindo, dessa forma, o princípio da prevalência da constituição. Desse modo, a Lei ordinária, para não ser inconstitucional, deverá ser aplicada nos limites e em conformidade com a Constituição, afastando as interpretações inconvenientes aos fins da legislação penal.

A lei em comento ainda gera divergências doutrinárias e jurisprudenciais e, conseqüentemente, é deixada de lado, atribuindo a norma um caráter facultativo. A justificativa de que tal atividade é de competência exclusiva do Juízo da Execução ainda prevalece, sendo deixada a aplicação da detração na sentença condenatória, resguardando-se, dessa forma, de promulgar eventuais decisões contraditórias. O vício interpretativo da Lei nº 12736/2012, decorrente da má redação do dispositivo, acaba gerando tais divergências, mas deve ser interpretado com um ajuste hermenêutico a fim de garantir o objetivo a que se propõe, sem que contrarie as normas maiores.

5 CONCLUSÃO

No primeiro capítulo foi trabalhado um breve histórico das sanções penais para poder entender os caráteres retributivo e ressocializador da privação da liberdade. Dessa forma, o início da história da humanidade, era caracterizado pela reação à qualquer ofensa na forma da vingança, tendo limites apenas na perversidade humana. Foi necessário, então, a edição de Leis por um poder soberano, com base no direito de punir, para limitar tais atrocidades. A partir da criação de Leis que definiam as sanções, a pena de morte se torna a pena como regra, não existindo nessa época o conceito de privação de liberdade como sanção, mas como garantidor da preservação do acusado para que fosse aplicada a execução da pena.

Passa-se a provocar o medo na sociedade como um dos objetivos da pena, não se limitando a retribuição do mal causado, estando presente em nossa sociedade atual, denominada como política do medo. Dessa forma, a pena passa a adquirir uma característica, a de constituir espetáculos através da tortura e mutilação do condenado até a sua morte.

Com as revoluções burguesas, no sec. XVIII, é possível observar que as penas começam a se preocupar com a saúde física e mental do homem criminoso, com base nas influências dos ideais humanitários. A partir dessa preocupação, os suplícios perdem espaço para a pena privativa de liberdade ferindo um dos maiores bens da humanidade, que, após a revolução francesa, passa a ser o direito à liberdade.

Com as preocupações humanitárias nasce a ideia de recuperar o indivíduo criminosos para que o mesmo possa retornar à sociedade. Dessa forma surge um dos sistemas penitenciários denominado sistema progressivo, analisado no segundo capítulo que trata da execução da pena. Esse sistema consiste na busca pela reinserção do criminoso na sociedade, através da transferência à regime penitenciário menos rigoroso como retribuição ao seu merecimento (bom comportamento e obediência). A transferência aos regimes menos severos é de forma gradual, para que o indivíduo possa ser avaliado em regime mais brando, até que atinja a total liberdade, demonstrando que está pronto para voltar ao convívio social, não apresentando riscos à sociedade.

O Brasil sofreu um processo de codificação do Direito Penal de forma lenta e absorvida dos sistemas positivos pré-existentis (Europeus), devido ao processo de colonialismo sofrido no nosso continente. Na prática, vemos uma Lei Penal que diverge dos casos concretos, não transmitindo a realidade em que vivemos. O Código Penal brasileiro, de 1940, incorporou o sistema progressivo e, com a grande reforma da sua parte geral, de 1984, em conjunto com a criação da Lei de Execução Penal, também de 1940, passa a dar autonomia legislativa à execução da pena, regulando o sistema progressivo de cumprimento.

A grande crítica a esse modelo, no Brasil, é a falta anterior de uma socialização do indivíduo, ou seja, não há políticas públicas suficientes que garantam primeiramente a educação dessas pessoas para posteriormente resgatar esses valores através de uma ressocialização. No presente momento histórico, só consegue educação e, conseqüentemente socialização, quem tiver dinheiro para pagar um colégio particular. Dessa forma, fica o questionamento: como se ressocializa e reeduca alguém que nunca foi socializado ou educado? A falha das políticas públicas inicia aqui, onde há uma exclusão de uma parcela da sociedade, tida como estranha a sociedade e, suas condutas são tipificadas para que haja uma exclusão desses indivíduos, retirando-os do meio social através do cárcere.

A pena privativa de liberdade, devido à falta de políticas públicas e falta de locais adequados para o cumprimento dos três regimes, faz com que o Direito Penal perca sua característica humanitária de reinserção do indivíduo na sociedade e, é tida como simples exclusão do mesmo assegurando uma falsa e rápida impressão de segurança. Dessa forma, o sistema carcerário brasileiro, falido, não consegue concretizar seu objetivo ressocializador, observado aqui pelo alto grau de reincidência dos criminosos.

Com base na falha do Estado para com o Direito Penal, há a interferência, tanto do Judiciário como do Legislativo, que buscam suprir essa inércia do Executivo. O terceiro capítulo busca analisar a criação da Lei 12.736/2012, que é um exemplo disso, pois seu objetivo é colocar o indivíduo criminoso mais rápido de volta à sociedade contribuindo com a redução da população carcerária, conforme a exposição de motivos da própria Lei.

Tal dispositivo possui falhas técnicas devido à sua má redação pelo uso indevido de normas para tentar sanar os problemas do Direito Penal. Observa-se

aqui uma afronta ao Estado Democrático de Direito, com a invasão do Poder Legislativo no Executivo, ferindo a divisão dos poderes presente na Constituição.

O vício interpretativo da Lei causa sua inaplicabilidade prática, já que o juiz de conhecimento se abstém de aplicá-la para evitar conceder direitos a quem não possui ou negar direitos a quem os possui. Para aplicá-la em conformidade com a CRFB/88, não ferindo os princípios constitucionais e penais, cabe aos operadores do direito fazer uma análise crítica dessa nova norma, através da hermenêutica. Então, para garantir a execução da pena de forma mais célere, deverá ser feita uma correta interpretação da emenda pelos aplicadores do direito.

A Lei deve ser interpretada da seguinte forma: apenas detrair o tempo de pena cumprida na sentença não traz qualquer diferença para a execução penal ou para o apenado, porém tal dispositivo tem como objetivo alterar o regime inicial de cumprimento da pena. Dessa forma, a lei somente poderá ser aplicada quando o tempo de prisão provisória, prisão administrativa ou internação, puder interferir na fixação do regime inicial, resguardando a competência do juízo de execução para a análise dos benefícios da fase executória da pena, mais especificamente no tocante à progressão de regime.

A pena definitiva, ou seja, aquela determinada pela segunda fase da individualização da pena, através da dosimetria, deve permanecer inalterada, pois ela que servirá de referência para os cálculos dos benefícios da fase executória. Logo, deverá o juiz realizar o cálculo no modelo trifásico para, posteriormente, em nova fase, aplicar a detração e a fixação de novo regime, não sendo possível a interpretação de que originaria uma quarta fase da dosimetria. Não interpretada dessa forma, a execução penal perderia sua essência de terceira etapa da individualização da pena, podendo ocasionar a miscigenação dos juízos de conhecimento e de execução, indo de encontro à ressocialização gradual e à retribuição a que o direito penal se propõe.

Ao contrário do que se tem discutido, a legislação em comento não tem objetivo de proporcionar uma automática progressão de regime, devido ao fato de que uma mera detração penal não pode ser suficiente para uma transferência a um regime menos gravoso, devendo a mesma ser analisada pelo juízo de execução posteriormente, com base nos requisitos objetivo e subjetivo. A interpretação de que seria uma nova forma de progressão de regime, de forma cautelar, deriva da

confusão que há no sistema carcerário brasileiro entre os institutos de prisão processual e prisão pena.

Quanto à inconstitucionalidade, motivo não há para considerar a lei de tal forma se a lei for interpretada em conformidade com a CRFB/88, nossa norma maior. Sendo assim, não poderá ser interpretada como uma nova forma de progressão de regime, nem desrespeitar o critério trifásico da dosimetria da pena, assim como não poderá desrespeitar a competência da execução penal para análise dos benefícios da execução penal.

A lei entrou em vigor em 2012, mas é pouco aplicada, devido aos vícios interpretativos do dispositivo que, conseqüentemente, geram a interpretação de que a aplicação dela poderia conceder (ou não) direitos. A lei existe e deverá ser aplicada para conceder os benefícios a que se propõe, porém, com ressalvas à sua má redação, devendo, portanto, ser analisada pelo aplicador da lei com base na hermenêutica e respeitando os preceitos da norma maior, das normas penais e da norma específica (LEP). A não aplicação dela fica a mercê da livre interpretação normativa, ou seja, dependentes da liberdade interpretativa do poder de punir.

Por fim, a falha estatal pela demora em julgar uma pessoa não deve ser corrigida de maneira grotesca, trazendo risco à sociedade. Primeiramente, o Executivo deverá cumprir aquilo que é responsável, ou seja: a) educar a sociedade através da construção e evolução de escolas; b) criar número suficiente de locais de cumprimento de pena para poder ser aplicado corretamente o sistema progressivo; c) implementar políticas públicas suficientes para a reinserção do apenado na sociedade; em segundo plano, deve o Legislativo se abster de interferir na demora em julgar, bem como se recusar a tentar resolver a falha de um sistema falido através de Leis dispersas, desconexas e mal redigidas; e, por último, cabe ao judiciário aplicar a Lei com base na interpretação conforme a Constituição, devendo rejeitar interpretação contrária. Pode-se observar que a Lei é resultante de uma crise entre os três poderes derivado de um sistema penal falido, motivando uma livre interferência entre eles, com a justificativa de suas inércias.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **DETRAÇÃO NA SENTENÇA PENAL: da inconstitucionalidade do art. 387, §2º, CPP.** Disponível em: <<http://eugeniopacelli.com.br/artigos/detracao-na-sentenca-penal-da-inconstitucionalidade-do-art-387-%C2%A72o-cpp/>> Acesso em 09. mai. 2016;

ARAÚJO, Antônio Cláudio Linhares. **A nova lei de detração penal: dúvidas interpretativas e o "jeitinho brasileiro".** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI168482,41046-A+nova+lei+de+detracao+penal+duvidas+interpretativas+e+o+jeitinho>> Acesso em 09. mai. 2016;

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 8 ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001;

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** São Paulo, SP: Hunter Books, 2015;

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas.** 2.ed São Paulo: Saraiva, 2001;

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988a. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 01. mai. 2016;

_____. **Decreto-lei nº 2.848**, de 07 de dezembro de 1940b. Código Penal. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 01. mai. 2016;

_____. **Lei 7.210**, de 11 de julho de 1984c. Institui a Lei de Execução Penal. Presidência da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 01. mai. 2016;

_____. **Resolução Nº 113**, de 20 de abril de 2010d. Disponível em <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_113_20042010_17092014151511.pdf>. Acesso em : 12. mai. 2016;

_____. **SUMULA 716, STF**, de 24 de setembro de 2003e. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=716.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 13. mai. 2016;

_____. **Lei Nº 12.736**, de 30 de novembro de 2012f. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12736.htm>. Acesso em: 09. mai. 2016;

_____. **Exposição de motivos da Lei Nº 12.736**, de 30 de novembro de 2012g. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/MJ/2011/176.htm>. Acesso em: 09. mai. 2016;

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Comentários à Lei 12.736/2012, que antecipa, para a sentença condenatória, o momento adequado para realizar a detração da**. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2012/12/comentarios-lei-127362012-que-antecipa.html>> Acesso em 09. mai. 2016;

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013;

FARIAS JUNIOR, João. **Manual de criminologia**. Curitiba, PR: Juruá, 2001;

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 15 ed. Petrópolis, RJ: Ed. Vozes, 1997;

LUSTOSA, Luciana Miranda Toledo. **Comentários ao artigo 387 do Código de Processo Penal, com as alterações trazidas pela Lei n.º 12.736/12**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,comentarios-ao-artigo-387-do-codigo-de-processo-penal-com-as-alteracoes-trazidas-pela-lei-no-1273612,46853.html>> Acesso em 09. mai. 2016;

MIOTTO, Armida Bergamini. **Temas penitenciários**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992;

NICOLITT, André Luiz; NICOLITT, Cipriana. **Lei 12.736/2012: Progressão cautelar de regime e uso incorreto da detração penal**. Revista: Boletim IBCCRIM. Ano 2015. v. 23. n. 268. mar;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 5ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009;

_____. **Manual de direito penal**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013a;

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b;

_____. **Código penal comentado**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013c;

PEREIRA, Marivaldo. **A nova lei de detração na sentença penal condenatória**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-22/lei-127362012-detracao-sentenca-penal-condenatoria>> Acesso em 09. mai. 2016;

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**. 13.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014;

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo, SP: Hunter Books, 2015;

SILVA, César Dario Mariano da. **A nova disciplina da detração penal**. Disponível em: <http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/INF_304_artigos_A_nova_disciplina_da_detracao_penal_ANEXO_2.pdf> Acesso em 09. mai. 2016;

TASSI, Felipe Rodrigues. **Análise da Lei 12.736/2012 e a (in)aplicabilidade do § 2º do art. 387 do CPP**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25171/analise-da-lei-12-736-2012-e-a-in-aplicabilidade-do-2-do-art-387-do-cpp>> Acesso em 09. mai. 2016;

TEIXEIRA, Rejane Zenir Jungbluth. **LEI 12.736/12 E A NOVA DETRAÇÃO PENAL**. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2012/lei-12-736-12-e-a-nova-detracao-penal-juiza-rejane-zenir-jungbluth-teixeira>> Acesso em 09. mai. 2016;

VALOIS, Luís Carlos. **Progressão de regime cautelar**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,progressao-de-regime-cautelar,38490.html>> Acesso em 09. mai. 2016;

VICENTE, Juliano Augusto Dessimoni. **Lei nº 12.736/12: A detração penal, sincretismo (parcial) no processo penal e um novo capítulo de sentença**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,lei-no-1273612-a-detracao-penal-sincretismo-parcial-no-processo-penal-e-um-novo-capitulo-de-sentenca,45893.html>> Acesso em 09. mai. 2016;

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 10. ed., rev. atual São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013;