

**A APLICAÇÃO DO ARTIGO 387, §2º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMO
FORMA DE GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL DO ACUSADO AO
DEVIDO PROCESSO LEGAL**

*THE APPLICATION OF ARTICLE 387, §2º OF CODE OF CRIMINAL PROCEDURE
AS A GUARANTEE FOR THE FUNDAMENTAL LAW OF THE ACCUSED TO THE
DUE LEGAL PROCESS*

Flávio Schlickmann¹

Rafaela Borgo Koch Schlickmann²

RESUMO

A presente pesquisa teve como objetivo geral analisar a aplicação do artigo 387, parágrafo segundo do Código de Processo Penal como forma de garantia ao Direito Fundamental ao Devido Processo Legal ao acusado. Para tanto, identifica-se, como objetivos específicos, investigar a afirmação dos Direitos Fundamentais na sociedade atual; analisar a interpretação da lei processual penal e o Ativismo Judicial nas decisões da Jurisprudência Catarinense. Para atender ao objetivo da pesquisa, a mesma foi dividida em quatro momentos: primeiramente, realizou-se estudo sobre a evolução e concretização dos direitos fundamentais no globo, passando-se a discutir, em um segundo momento, em que consiste a interpretação da lei processual penal, bem como o ativismo judicial; em um terceiro momento, analisou-se o conteúdo normativo do artigo 387, parágrafo segundo do Código de Processo Penal após a alteração trazida pela Lei nº. 12.736/2012; em uma última etapa, evidenciou-se a incorreta aplicação do artigo 387, parágrafo segundo do Código de Processo Penal pela jurisprudência catarinense como forma de violação ao Direito Fundamental do acusado ao Devido Processo Legal. Com relação à

¹ Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Especialista em Ciência Penais pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professor da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI nas cadeiras de Direito Penal (Parte Geral), Direito Processual Penal, Núcleo de Prática Jurídica (Direito Penal), Estágios Especializantes (Penal). Advogado. E-mail: schlickmann@univali.br.

² Doutoranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ – UNIVALI. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e Especialista em Direito Processual Civil pela mesma instituição. Professora da Graduação nos cursos de Direito e de Gastronomia na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Advogada. Bolsista do Programa UNIEDU Pós-Graduação 2017. E-mail: rafaelabkoch@univali.br.

Metodologia empregada, adotou-se o método indutivo de pesquisa, o qual parte da análise de casos específicos para se chegar à conclusão do tema. Foram também acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

Palavras-chaves: Direitos Fundamentais. Ativismo Judicial. Devido Processo Legal.

ABSTRACT

This research has as main objective to analyze the application of article 387, §2º of the Code of Criminal procedure as a way of guaranteeing the Fundamental Right to Due Process of Law by the accused. For this purpose, was studied the affirmation of Fundamental Rights in the current society, analyzing the interpretation of criminal procedural law and Judicial Activism by the decisions of Santa Catarina Court. For the development of this scientific article, he was divided into four moments: at first, the study verify the evolution and concretization of fundamental rights on Earth; secondly, was verify in which consists the interpretation of criminal procedural law, as well as judicial activism. In a third moment, the normative content of article 387, §2º of the Code of Criminal Procedure, after Law n. 12.736/2012; finally, the incorrect application of article 387, §2º, of Code of Criminal Procedure, was evidenced by the Santa Catarina Court as a form of violation of the Fundamental Law of the accused to Due Process of Law. Regarding methodology, was adopted the inductive method of research, which part of the specific case analysis to conclude the subject. They were also triggered the techniques of the referent category, operational concepts, bibliographic research and book report.

Keywords: Fundamental Rights. Judicial Activism. Due Process of Law.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo central investigar se a aplicação do artigo 387, parágrafo segundo do Código de Processo Penal constitui forma de acesso ao Direito Fundamental ao Devido Processo Legal pelo acusado.

Inicialmente, o artigo trata de considerações sobre os Direitos Fundamentais e sua contextualização. Abordam-se, ainda, noções sobre a interpretação da lei processual penal e o Ativismo Judicial, que pode constituir violação do Devido Processo Legal.

Estuda-se o conteúdo normativo do artigo 387, parágrafo segundo do Código de Processo Penal após a alteração trazida pela Lei nº. 12.736/2012, para então analisar-se ao final a incorreta aplicação do artigo 387, parágrafo segundo do Código de Processo Penal pela jurisprudência catarinense como forma de violação ao Direito Fundamental do acusado ao Devido Processo Legal.

Nesse sentido, o problema central levanta o seguinte questionamento: A aplicação indevida do artigo 387, parágrafo segundo, do Código de Processo Penal constitui violação ao Direito Fundamental do Devido Processo Legal?

Quanto à metodologia utilizada na presente discussão, empregou-se o método indutivo, bem como as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A compreensão dos Direitos Fundamentais do homem atravessou marcos históricos e grandes mudanças na estrutura da sociedade até que fossem afirmados no Estado Democrático de Direito.³

Para suprir a objetividade da presente pesquisa, reputou-se adequada a explanação de definição e contextualização dos Direitos Fundamentais de maneira pontual, sem realizar esforço histórico pertinente ao tema.

Bobbio⁴ já ressaltava, há décadas atrás, que os direitos do homem constituem classe variável, que se modifica conforme as condições históricas e as conveniências de determinada época:

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas [...] Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época

³ GARCIA, Marcos Leite. **Efetividade dos direitos fundamentais**: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregoria Peces-Barba. In: VALE, Juliano Keller do; MARCELINO JUNIOR, Julio César. (Org.). *Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição*. 1. ed. Florianópolis: Conceito, 2008. p. 194.

⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 38.

histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e outras culturas.

Não obstante, ainda que os Direitos Fundamentais tenham se apresentado de forma distinta em momentos históricos também diferentes, os mesmos tomaram parte de um sistema de valores que se configurou no período posterior à Segunda Guerra Mundial, quando de sua afirmação na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948⁵, que se apresentou universal e positivamente, na medida em que os direitos então configurados não mais se restringiam a uma categoria de cidadãos ou a um espaço territorial específico, projetando-se a todos os homens, cuja proteção passou a se estender, inclusive, contra o próprio Estado que tenha violado tais direitos.⁶

Nesse sentido, a definição teórica de Ferrajoli⁷ acerca dos Direitos Fundamentais representa a evolução da concepção dos direitos do homem, como se vê:

[...] são 'direitos fundamentais' todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a 'todos' os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. Compreendo por 'direito subjetivo' qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) vinculada a um sujeito por uma norma jurídica, e por *status* a condição de um sujeito prevista também esta por uma norma jurídica positiva qual pressuposto da sua idoneidade a ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que estão em exercício.

Ferrajoli⁸ destaca que esta universalidade decorrente da quantificação universal dos sujeitos que de tais direitos são titulares se configura como um dos seus corolários estruturais, de modo que “tais interesses coincidem com as liberdades e com as outras necessidades de cuja garantia, conquistada a preço de lutas e revoluções, depende a vida, a sobrevivência, a igualdade e a dignidade dos seres humanos”.

⁵ ONU. Organização das Nações Unidas no Brasil. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 25 de abril de 2017.

⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 49-50.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 9.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 11.

Seguindo essa premissa, Canotilho⁹ ressalta que o Estado, enquanto poder público, é invocado como destinatário do dever de proteção de particulares, destacando que constitui prerrogativa de qualquer titular de um direito fundamental exigir do Estado a proteção jurídica adequada.

Nos tempos atuais, no entanto, tem se deparado com a inegável dificuldade de tornar prática a configuração teórica dos Direitos Fundamentais pelo Estado, conforme elucida Garcia¹⁰:

É evidente a distância entre a prática e a teoria com relação à realidade dos direitos fundamentais em nossa sociedade. Da mesma maneira é de fácil constatação, por qualquer cidadão minimamente instruído, que existe uma enorme discrepância, um *abismo*, entre a realidade social e os textos positivos referentes aos direitos fundamentais em nossa nação. Esse *abismo* existente, certamente devido a muitos fatores, deveria ser considerado um dos mais urgentes objetos de estudo em nossa universidade.

Trata-se da grande questão referente aos Direitos Fundamentais, afirmada por Bobbio¹¹ no sentido de que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*”; e é por meio dessa análise que se passa a discutir, com maior acuidade, o tema proposto pelo presente artigo.

2. O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, A INTERPRETAÇÃO DA LEI PROCESSUAL PENAL E O ATIVISMO JUDICIAL

O Princípio do Devido Processo Legal, como recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro, advém dos preceitos da Declaração Universal dos Direitos do Homem¹², que assim destaca em seu artigo 11:

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 76-77.

¹⁰ GARCIA, Marcos Leite. **Efetividade dos direitos fundamentais**: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregoria Peces-Barba. In: VALE, Juliano Keller do; MARCELINO JUNIOR, Julio César. (Org.). *Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição*. 1. ed. Florianópolis: Conceito, 2008. p. 191.

¹¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 43.

¹² ONU. Organização das Nações Unidas no Brasil. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 25 de abril de 2017.

Artigo XI. 1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. 2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Referido princípio está consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil¹³, no inciso LIV de seu artigo 5º, assim dispondo:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal [...]

Trata-se, pois, de prerrogativa constitucional, e como Direito Fundamental, deve ser garantido ao indivíduo no deslinde processual através de “um procedimento regular, perante a autoridade competente, tendo por alicerce provas validamente colhidas, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa”.¹⁴

Nesse sentido, o Devido Processo Legal deve ter como premissa as perspectivas processual e material, em conformidade com as lições de Távora e Alencar¹⁵:

O devido processo legal deve ser analisado em duas perspectivas: a primeira, **processual**, que assegura a tutela de bens jurídicos por meios do devido procedimento (**procedural due process**); a segunda, **material**, reclama, no campo da aplicação e elaboração normativa, uma atuação substancialmente adequada, correta, razoável (**substantive due process of law**). Portanto, não basta só a boa preleção das normas. É também imprescindível um adequado instrumento para sua aplicação, isto é, o processo jurisdicional (**judicial process**). Como indica Tucci, o **substantive due process of law** reclama “um instrumento hábil à determinação exegética das preceituações disciplinadoras dos relacionamentos jurídicos entre os membros da comunidade”. O processo deve ser instrumento de garantia contra os excessos do Estado, visto como ferramenta de implementação da Constituição Federal, como garantia suprema do **jus libertatis**. (Grifos no original)

¹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988.

¹⁴ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11 ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2016. p. 65.

¹⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11 ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2016. p. 66

Tendo por premissa a necessidade de obediência ao Princípio do Devido Processo legal, o qual constitui vetor do Processo Penal Brasileiro, principalmente pelo fato de que tal princípio constitui Direito Fundamental do cidadão, adentra-se na problemática do presente estudo, que visar analisar a interpretação da lei processual penal pela jurisprudência catarinense e o eventual Ativismo Judicial na interpretação do artigo 387, §2º do Código de Processo Penal.

Neste norte, sobre a interpretação da lei processual penal, para Távora e Alencar¹⁶, resta ultrapassado o entendimento de que a interpretação da norma processual busca tão somente extrair o sentido exato da norma, e neste ponto, destaca que a interpretação da lei processual é a sua aplicação em determinado momento.

No entanto, muito embora possa ter-se ultrapassado a questão da interpretação mecânica pela aplicação efetiva do conteúdo da norma, não está o Judiciário livre de aplicar o conteúdo normativo previsto, sob pena de incidir-se na hipótese de Ativismo Judicial. Por esta razão, a linha entre a interpretação para aplicação e deturpação do conteúdo da norma é que constitui a problematização do estudo proposto.

Quanto ao Ativismo Judicial, este fenômeno recente no Brasil consiste em uma intervenção acentuada no âmbito de outros Poderes, e como destaca Barroso¹⁷:

[...] é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Desta forma, o Ativismo Judicial se relaciona a uma ampla participação do Poder Judiciário na busca pela concretização dos valores e objetivos previstos na Constituição Federal, com maior interferência no campo de atuação dos demais Poderes. Em razão disso, o ativismo exercido pelo Supremo Tribunal Federal e

¹⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11 ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2016. p. 34.

¹⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo judicial e legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Revista (Syn)Thesis.v. 5, 2012. p. 6.

demais órgãos do Judiciário pode insurgir-se contra o disposto constitucionalmente, excedendo os limites a que cada função está direcionada.

Exatamente neste sentido é o que ensina Grau¹⁸, quando defende que todo intérprete, mesmo que não esteja submetido ao “espírito da lei” ou à “vontade do legislador”, estará sempre vinculado pelos textos normativos. Entende o autor que do rompimento desta submissão se tem a subversão do texto, e por conseguinte, de seu conteúdo. Destaca ainda que interpretar o Direito é formular juízos de legalidade.

Por todo o exposto, resta clara a vinculação do julgador com o conteúdo da norma, bem como as implicações do Ativismo Judicial como forma de violação do Princípio do Devido Processo Legal, de modo a contrariar a previsão estabelecida pela Constituição Federal no exercício do poder.

3. O ARTIGO 387, §2º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI Nº. 12.736/2012

Como dito anteriormente, a pesquisa busca analisar a interpretação indevida do disposto no art. 387, §2º do Código de Processo Penal, após a alteração trazida pela Lei 12.736/2012. Neste sentido, importante destacar o conteúdo normativo apresentado após a mudança:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (Vide Lei nº 11.719, de 2008)

[...] § 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012)¹⁹

Assim, após a alteração trazida pela Lei 12.736/2012, houve determinação legal para que o juiz, ao aplicar a pena do infrator, compute o tempo de prisão provisória, administrativa ou mesmo internação para os fins de determinação do regime inicial da pena privativa de liberdade.

¹⁸ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 56-58.

¹⁹ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Art. 387.

Portanto, a Lei de nº. 12.736/12 foi instituída no sentido de permitir ao julgador que este efetuasse o desconto da prisão provisória para fins de fixação de regime inicial de cumprimento de pena. Sobre a inovação trazida pela lei n. 12.736/2012, destaca-se que o art. 42 do Código Penal já prevê que a prisão provisória deve ser computada como pena cumprida. Ocorre que esta situação se referia a momento posterior ao início do processo executório, onde o juiz da execução descontaria o tempo da prisão provisória para obtenção de algum benefício.²⁰

Situação diferente e inovadora decorreu da modificação efetuada pela Lei n. 12.736/2012, que segundo Nucci²¹,

[...] inovou, nesse cenário, ao inserir o § 2.º no art. 387 do CPP. Permite que o julgador promova o desconto pertinente à detração para escolher o regime inicial apropriado ao réu, em caso de condenação. Não significa, de modo algum, transformar o juiz da condenação num juiz de execução penal; concede-se autorização legislativa para que o magistrado, ao condenar, leve em consideração o tempo de prisão cautelar.

Neste particular, estaria o juiz autorizado, no momento de efetuar a dosimetria da pena, a descontar o tempo de prisão provisória antes da fixação do regime inicial de cumprimento de pena, previsto no art. 33 do Código Penal, e, portanto, possibilitando uma efetiva mudança de regime antes mesmo do início do processo de execução.

Mesmo diante da letra da lei estar adstrita ao Princípio do Devido Processo Legal, a realidade tem se mostrado dissonante no que tange à interpretação e aplicação de tal dispositivo na Jurisprudência Catarinense, como se verá a seguir.

4. A INCORRETA APLICAÇÃO DO ART. 387, §2º DO CPP PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Haja vista que o Princípio do Devido Processo Legal constitui Direito Fundamental, a interpretação da lei processual penal deve se ater ao conteúdo normativo, sob pena de operar-se o Ativismo Judicial.

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 13 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.p. 720.

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 13 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.p. 720.

Neste aspecto, como visto anteriormente, o presente estudo, além de verificar a aplicação do art. 387, §2º do Código de Processo Penal, visa analisar como tem se manifestado a Jurisprudência Catarinense acerca do tema.

Assim nota-se na Jurisprudência Catarinense uma interpretação divergente do texto normativo, uma vez que resta sedimentado no Tribunal de Justiça de Santa Catarina que a aplicação do art. 387, §2º do CPP deve ocorrer em sede de execução penal, já que se ressalta que tal dispositivo se refere a possibilidade de progressão de regime, e não de fixação de regime inicial de cumprimento de pena, como até aqui defendido.

A título exemplificativo, recentes julgados do Tribunal Catarinense apontam um sentido único de interpretação de tal dispositivo, como se vê de decisão recente da Primeira Câmara Criminal:

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO SIMPLES. ART. 157, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. INCONFORMISMO APENAS COM RELAÇÃO À DOSIMETRIA. [...] 2. PLEITO DE DETRAÇÃO DO PERÍODO DE PENA JÁ CUMPRIDO PARA FINS DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL NO ABERTO. ART. 387, §2º, DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. RÉU REINCIDENTE ESPECÍFICO QUE OBSTA A FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO QUE O FIXADO NA SENTENÇA, QUAL SEJA, O SEMIABERTO. ADEMAIS, PLEITO QUE SOMENTE PODERÁ SER ATENDIDO NA FASE DE EXECUÇÃO DA PENA QUANDO DA ANÁLISE DA PROGRESSÃO DE REGIME. Ocorre que impossível a aplicação do indigitado dispositivo, porquanto ainda que se efetuasse a detração do período de pena já cumprido para fins de fixação do regime inicial, ao acusado não seria possível a aplicação do regime aberto, pois trata-se de réu reincidente (art. 33, §2º, alínea 'c', do CP). 3. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.²²

No mesmo sentido, é o entendimento da Segunda Câmara Criminal de Santa Catarina:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE RESISTÊNCIA (ART. 329, CAPUT, DO CP) E CRIME DE LESÕES CORPORAIS LEVES (ART. 129, CAPUT, DO CP), EM CONCURSO MATERIAL (ART. 69, CAPUT, DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. [...] DETRAÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ART. 387, § 2º, DO CPP. JUIZ QUE NÃO TERIA CONSIDERADO O TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA DO RÉU AO FIXAR O REGIME INICIAL PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. [...] DETRAÇÃO AO TEMPO DA SENTENÇA

²² BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Criminal nº. 0001873-25.2016.8.24.0036**. Relator: Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer. Origem: Jaraguá do Sul. Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal. Julgado em: 06/04/2017.

INVIÁVEL. ADEMAIS, MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DE EXECUÇÃO PENAL. RECURSO NÃO CONHECIDO, NO PONTO[...].²³

E na mesma linha, também é o posicionamento da Quarta Câmara Criminal de Santa Catarina:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL CONSISTENTE NA PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. ART. 217-A, CAPUT, C/C ART. 14, INC. II, AMBOS DO CP. SENTENÇA CONDENATÓRIA PELA PRÁTICA DE TENTATIVA DE ESTUPRO. RECURSO DEFENSIVO. [...] DETRAÇÃO. ART. 387, §2º, DO CPP. NÃO PRESENTE O REQUISITO OBJETIVO PARA A PROGRESSÃO DE REGIME. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.²⁴

Através julgados colacionados verifica-se claramente a interpretação divergente do verdadeiro conteúdo normativo referente a fixação de regime para cumprimento da pena privativa de liberdade pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Neste particular, nota-se que a interpretação do artigo 387 do Código de Processo Penal tem sido no sentido de utilizar o tempo de prisão provisória apenas na Execução Penal, e notadamente neste aspecto não modifica a fixação do regime inicial de cumprimento de pena.

Tal interpretação se configura prejudicial ao acusado, uma vez que não analisa a matéria no momento oportuno (prolação da sentença), e por esta razão viola o Princípio do Devido Processo Legal. Ademais, a interpretação dada pelo Judiciário ao caso concreto em relação à matéria revela-se Ativismo Judicial, em que o Judiciário se manifesta de forma contrária ao texto de lei em relação à regra processual conteúdo da norma.

Assim, a inaplicação do conteúdo da norma disposto no artigo 387, parágrafo segundo, do Código de Processo Penal pela Jurisprudência Catarinense pode-se considerar maléfica ao acusado, representando total desrespeito ao Direito Fundamental ao Devido Processo Legal.

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Criminal nº. 0010968-30.2013.8.24.0054**. Relator: Volnei Celso Tomazini. Origem: Rio do Sul. Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal. Julgado em: 21/03/2017.

²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Criminal nº. 0004455-57.2010.8.24.0052**. Relator: Cinthia Beatriz da Silva Bittencour Schaefer. Origem: Porto União. Órgão Julgador: Quarta Câmara Criminal. Julgado em: 24/11/2016.

Por todo o exposto, baseando-se no caso concreto apresentado, o presente estudo responde a problemática apresentada destacando no caso concreto que o Ativismo Judicial viola o Direito Fundamental do indivíduo ao Devido Processo Legal e a correta aplicação da norma.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Princípio do Devido Processo Legal, constitucionalmente previsto, constitui Direito Fundamental do indivíduo perante o exercício do poder pelo Estado, e sua violação pode decorrer do Ativismo Judicial.

A detração penal é instituto previsto no ordenamento brasileiro, estando consagrado no artigo 42 do Código Penal, e sua aplicação se dá há tempos sem qualquer discussão no que se refere ao desconto da pena de prisão provisória a título de início da execução penal.

A Lei nº. 12.736/2012 alterou o conteúdo do artigo 387, parágrafo segundo, do Código de Processo Penal e passou a permitir ao julgador que efetuasse o desconto do tempo de prisão no momento da prolação da sentença condenatória. Tal situação beneficiou o acusado, que passou a contar com a nova regra processual para fins de fixação de regime de cumprimento da pena privativa de liberdade.

No entanto, mesmo diante do conteúdo normativo, a jurisprudência catarinense aplicou, e aqui se pode dizer, de forma ativista, o dispositivo em total dissonância ao seu texto. O fato decorre da interpretação de que o desconto se daria para fins de progressão de regime, e por tal razão, possui julgados reiterados destacando que tal desconto deve se operar em sede de execução penal.

Diante de tal situação, nota-se pelo presente estudo, que a interpretação ativista citada, viola o Direito Fundamental do acusado ao Princípio do Devido Processo Legal, já que com tal decisão, está se cerceando um direito do acusado, em total desrespeito à regra processual estabelecida pelo comando normativo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo judicial e legitimidade democrática. Rio de Janeiro: Revista (Syn)Thesis.v. 5, 2012.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº. 0001873-25.2016.8.24.0036. Relator: Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer. Origem: Jaraguá do Sul. Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal. Julgado em: 06/04/2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº. 0010968-30.2013.8.24.0054. Relator: Volnei Celso Tomazini. Origem: Rio do Sul. Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal. Julgado em: 21/03/2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº. 0004455-57.2010.8.24.0052. Relator: Cinthia Beatriz da Silva Bittencour Schaefer. Origem: Porto União. Órgão Julgador: Quarta Câmara Criminal. Julgado em: 24/11/2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais. trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos direitos fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregoria Peces-Barba. In: VALE, Juliano Keller do; MARCELINO JUNIOR, Julio César. (Org.). Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição. 1. ed. Florianópolis: Conceito, 2008.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. 5 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 13 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ONU. Organização das Nações Unidas no Brasil. Declaração universal dos direitos humanos. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 25 de abril de 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 11 ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Editora *Juspodivm*, 2016.