

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI FEDERAL Nº. 12.736/12**  
**(“DETRAÇÃO PENAL” PELO JUÍZO SENTENCIANTE)**

A Lei Federal nº. 12.736/12 inseriu o § 2º, no artigo 387, do Código de Processo Penal (CPP), estabelecendo que o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.

Diante da inovação trazida pela lei supramencionada, algumas dúvidas surgiram acerca de sua aplicação, motivo pelo qual doutrina e jurisprudência, com os mais variados posicionamentos, foram se formando.

Preliminarmente, cabe conceituar que a detração penal, conforme o artigo 42 do Código Penal (CP), trata-se do cômputo, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e de internação, o que para parte da doutrina não se confunde com a “detração” da Lei Federal nº 12.736/12.

Segundo leciona Guilherme de Souza Nucci<sup>1</sup>, a detração do artigo 42 do CP:

---

<sup>1</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p 385.

É a contagem no tempo da pena privativa de liberdade e da medida de segurança do período em que ficou detido o condenado em prisão provisória, no Brasil ou no exterior, de prisão administrativa ou mesmo de internação em hospital de custódia e tratamento. Ex.: se o sentenciado foi preso provisoriamente e ficou detido por um ano até a condenação transitar em julgado, sendo apenado a seis anos de reclusão, cumprirá somente mais cinco. A detração é matéria da competência do juízo da execução penal, como regra. Portanto, o desconto será efetivado após o trânsito em julgado e início do cumprimento da pena.

Já no tocante à “detração” trazida pela novel lei, observa Eugênio Pacelli de Oliveira<sup>2</sup>, que não se trata de detração do tempo da pena privativa de liberdade, mas sim a sua observância para fins de fixação do regime inicial de cumprimento de pena. Para ele, o Magistrado não poderá modificar a pena definitiva e essa deverá ser considerada para todos os demais efeitos penais executórios.

Nesse sentido, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná tem se posicionado:

APELAÇÃO CRIMINAL (01). DOSIMETRIA. CAUSA DE AUMENTO DO TRANSPORTE INTERESTADUAL DE DROGAS, CUJO DESTINO ERA SÃO PAULO. MAJORAÇÃO APLICÁVEL. DETRAÇÃO PENAL QUE DEVE SER AVALIADA NESTE JUÍZO SOMENTE POR FORÇA DA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. RECURSO PROVIDO. APELAÇÃO CRIMINAL (02). TRÁFICO. DROGA ENCONTRADA NA CABINE DO CAMINHÃO CONDUZIDO PELO RÉU. TESE ERRO DE TIPO, SOB O FUNDAMENTO DE QUE O RÉU NÃO SABIA QUE SE TRATAVA DE DROGA, TENDO SIDO CONTRATADO PARA O TRANSPORTE DE CELULAR. MOTORISTA EXPERIENTE. AUSÊNCIA DE DADOS ACERCA DO CONTRATANTE. APROXIMADAMENTE 100 KG DE MACONHA.CAIXAS DE PAPELÃO QUE EXALAM O ODOR CARACTERÍSTICO DA DROGA. AUTORIA CERTA. DOSIMETRIA. QUANTIDADE DE DROGA AVALIADA NA PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA PARA AUMENTAR A PENA-BASE E COMO CAUSA DE AUMENTO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DECORRENTE DO ART. 33, § 4º DO CÓDIGO PENAL. APLICABILIDADE NO PATAMAR MÁXIMO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 2 (TJPR - 3ª C.Criminal - AC - 1314799-8 - Foz do Iguaçu - Rel.: João Domingos Kuster Puppi - Unânime - - J. 28.05.2015)<sup>3</sup>

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. PLEITO DE AFASTAMENTO DA DETRAÇÃO E RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO § 2.º DO ART. 387 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ACRESCENTADO PELA LEI N.º 12.736/12. CONSTITUCIONALIDADE DECIDIDA PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTA TRIBUNAL. APLICAÇÃO CORRETA DA DETRAÇÃO PARA FIXAÇÃO DO

---

<sup>2</sup>OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as leis 12830, 12850 e 12787, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 667.

<sup>3</sup>Destacamos.

REGIME INICIAL MAIS BRANDO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJPR - 4ª C.Criminal - AC - 1176714-7 - Região Metropolitana de Maringá - Foro Central de Maringá - Rel.: Fernando Ferreira de Moraes - Unânime - - J. 21.05.2015)<sup>4</sup>

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro quando do julgamento do Agravo de Execução Penal nº 0014669-68.2014.8.19.0000, entendeu também que com o advento da Lei Federal nº 12.736, publicada no D.O.U., em 03 de dezembro de 2012, de vigência imediata que acrescentou o § 2º ao art. 387 do CPP, foi previsto uma modalidade diferente de detração já na própria sentença condenatória. É de se observar que não se trata de detração do tempo de privação da liberdade na pena e sim a sua consideração na fixação do regime penitenciário para o início de seu cumprimento. Sendo assim, o cômputo do tempo de prisão provisória para fins de determinação do regime inicial da pena privativa de liberdade, com a vigência da mencionada alteração legislativa, passou a ser feito pelo próprio juiz da fase de conhecimento, salientando-se que essa “detração” não se confunde com o instituto previsto no artigo 42 do CP.

Insta destacar que a intenção do legislador na inserção do § 2º, do artigo 387 do CPP foi no sentido da realização e adequação do regime inicial da pena do sentenciado, quando este permanecer preso provisoriamente durante a instrução processual. Essa medida busca evitar a permanência da pessoa presa em regime que não mais corresponde à sua situação jurídica concreta.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 321.808/SP, reconheceu que o artigo ora analisado não evidencia progressão de regime, motivo pelo qual não há que se falar em exame dos critérios objetivo (lapso temporal) e subjetivo (comportamento carcerário), pois tal avaliação invadiria a competência do juízo da execução penal, prevista no artigo 66, III, “b”, da LEP.

Segundo entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro<sup>5</sup>, antes do trânsito em julgado não há pena, apenas custódia cautelar, não existindo pena não se pode falar em progressão. Desta feita, a medida não configura benefício executacional antecipado ou progressão de regime, mas medida compensatória que visa impedir excesso na execução da pena.

---

<sup>4</sup>Destacamos.

<sup>5</sup>Agravo de Execução Penal nº 0014669-68.2014.8.19.0000.

Em que pese ainda existirem entendimentos divergentes, tanto o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná como o Ministério Público do Estado do Paraná têm se filiado ao posicionamento de que não se trata de detração penal e progressão de regime, mas apenas de mera adequação de regime na sentença condenatória. No Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade nº 1.064.153-1/01, o entendimento de ambos foi no sentido de que, embora a Lei 12.736/12 faça menção expressa ao termo “detração”, este instituto não seria o mesmo daquele previsto no artigo 42 do CP. Com efeito, por se tratarem de institutos diferentes, a “detração” de competência do juízo da condenação refere-se, não a uma redução no *quantum* da pena, tampouco a progressão de regime, mas sim, à adequação do regime inicial considerando o tempo de prisão provisória, a qual deverá ser observada após a fixação da pena definitiva.

Exemplificando, José teve sua pena definitiva fixada em 08 (oito) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, sendo que ficou preso provisoriamente por 01 (um) ano e 5 (cinco) meses. Ao fixar o regime, o Magistrado deverá considerar o tempo de prisão provisória, sem, contudo, diminuir do *quantum* da pena definitiva. Sendo assim, no presente caso, a pena do sentenciado seria fixada em 08 (oito) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, podendo ser adotado o regime semiaberto, observando o artigo 387, § 2º do CPP.

Já a detração do artigo 42 do CP e a progressão de regime, de competência do juízo da execução, deverão considerar o *quantum da pena* já cumprido para fins de verificar o remanescente da pena a ser cumprida pelo sentenciado.

Dessa forma, não há que se falar em uma nova pena, pois, o *quantum* de pena não será alterado, como dito alhures. Portanto, a detração, como desconto na pena, bem como a progressão de regime continuarão sendo de competência do juízo da execução, conforme inteligência do artigo 66, III, “b” e “c” da LEP.

Em relação à data base para progressão de regime, o Relator Desembargador Siro Darlan de Oliveira, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, julgando o Agravo de Execução Penal nº 00146, assim entendeu:

[...] In casu, conforme fundamento da douta decisão guerreada, não se trata de uma progressão de regime *per saltum*, eis que a sentença penal

condenatória estabeleceu como regime inicial da execução o semiaberto, de modo que nada mais justo e razoável, para fins de aferição do lapso temporal para a progressão para o regime aberto, considerar-se o tempo de prisão cautelar, que remonta a 30/03/2011.

[...] Entendemos, pedindo vênias aos que se posicionam de modo diverso, a decisão penal condenatória, datada de 20/08/2013, não pode servir de marco inicial do prazo para a Progressão para o Regime Aberto, sob pena de odiosa afronta ao princípio da legalidade estrita [...]<sup>6</sup>.

Sendo assim, a data base a ser considerada para fins de progressão de regime, quando não existirem outros marcos interruptivos<sup>7</sup>, deverá ser a data da prisão provisória, vez que não é razoável a adoção de interpretação mais gravosa e prejudicial de fórmula de cálculo da pena propugnada pelo sentenciado, sem qualquer amparo na Lei de Execução Penal.

Outra questão que tem sido aventada a respeito da Lei Federal nº. 12.736/12, que deu nova roupagem ao artigo 387, § 2º, do CPP, é sua possível inconstitucionalidade, por violar os princípios da isonomia, do juiz natural e da individualização da pena.

No Estado do Paraná, a questão já foi objeto de análise no Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade nº 1.064.153-1/0, o qual foi julgado improcedente, pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, em data de 18 de agosto de 2014.

Quanto ao princípio da isonomia, entendeu o E. Tribunal que tal parâmetro constitucional não se encontra violado pela novel lei, pois se dois réus cometerem o mesmo crime e receberem a mesma pena, sendo que um deles permaneceu preso durante a instrução processual e o outro não, nada mais justo que a prisão provisória seja considerada para adequação do regime inicial de cumprimento da pena.

A igualdade possui duas vertentes, devendo ser buscada em seu aspecto formal e material, esta última consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. Portanto, a alteração legislativa busca justamente assegurar o respeito à isonomia material, prevendo uma situação diferenciada ao sentenciado que foi submetido a uma situação desigual (prisão provisória), durante o trâmite processual.

---

<sup>6</sup> Destacamos.

<sup>7</sup> Nova condenação no curso da primeira execução penal, cometimento de falta grave, dentre outros.

No que concerne ao princípio do juiz natural, este também não foi desrespeitado. Como já abordado, a competência para análise da detração e progressão de regime permanece com o juízo da execução penal, conforme dispõe o artigo 66, III, “b” e “c”, da LEP, conforme exarou aquele Órgão. Ainda, foi salientado que a Constituição da República não outorgou competência exclusiva ao juízo da execução penal para análise da matéria disposta na Lei Federal nº. 12.736/2012.

Já no tocante ao princípio da individualização da pena, o artigo 387, § 2º, do CPP, visa, justamente, assegurá-lo, tendo em vista que permite o desconto do tempo em que o sentenciado ficou preso provisoriamente para determinação do regime inicial de cumprimento de pena.

Por fim, destaca-se que no mesmo sentido foi o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, opinando pela constitucionalidade e aplicação do artigo 387, § 2º, do CPP.

É o estudo realizado por este Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções Penais – *Área de Execução Penal*.

Curitiba, 26 junho de 2015.