

MATHEUS HENRIQUE BERMONTTE BELÉM

**A FIXAÇÃO DA DATA-BASE PARA FINS DE PROGRESSÃO DE
REGIME: reflexos na lei de execução penal**

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2019

MATHEUS HENRIQUE BERMONTE BELÉM

**A FIXAÇÃO DA DATA-BASE PARA FINS DE PROGRESSÃO DE
REGIME: reflexos na lei de execução penal**

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho Científico do curso de Direito da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da professora M.e Karla de Souza Oliveira.

MATHEUS HENRIQUE BERMONTTE BELÉM

**A FIXAÇÃO DA DATA-BASE PARA FINS DE PROGRESSÃO DE
REGIME: reflexos na lei de execução penal**

Anápolis, _____ de _____ de 2019.

Banca Examinadora

RESUMO

A presente pesquisa refere-se à fixação da data-base para fins de progressão de regime, e tem por objetivo principal explicitar instituto jurídico da data-base, especificamente no que tange seus reflexos na progressão prisional, demonstrando a importância atual da pesquisa. A metodologia empregada consistiu, inicialmente, no levantamento bibliográfico, onde foram consultados livros, artigos publicados em periódicos, documentos eletrônicos e a legislação pertinente ao tema, tendo sido exposto o posicionamento de vários autores a respeito da matéria. Posteriormente, buscou-se decisões e posicionamentos dos tribunais superiores pátrios, como forma de embasar a importância e atualidade do tema. No primeiro capítulo foram apresentados os aspectos históricos do instituto, bem como sua relação com a Lei de Execução Penal. No segundo capítulo foram demonstrados os efeitos na progressão de regime, os termos iniciais adotados na fixação da data-base, bem como os princípios constitucionais aplicáveis à matéria e, por fim, no terceiro capítulo, apresentou-se o posicionamento atual das instâncias superiores brasileiras. Neste sentido, este estudo buscou uma melhor compreensão do assunto em tela, apresentando visões doutrinárias e jurisprudenciais importantes no que concerne o tema, a fim de promover a discussão e facilitar o entendimento de seus operadores.

Palavra-chave: Data-Base. Execução Penal. Progressão Prisional.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – LEI DE EXECUÇÃO PENAL E A DATA-BASE	3
1.1 Evolução histórica	3
1.2 Conceito e características	7
1.2.1 Execução penal	7
1.2.2 Natureza jurídica	9
1.2.3 Objeto da execução penal	10
1.2.4 Processo de execução e seus sujeitos	11
CAPÍTULO II – TERMO INICIAL PARA A FIXAÇÃO DA DATA-BASE	17
2.1 Termo inicial adotado	17
2.2 Efeitos para a progressão de regime	20
2.3 Princípios constitucionais aplicáveis à matéria	25
2.3.2 Princípio da legalidade	26
2.3.3 Princípio da proporcionalidade	27
2.3.4 Princípio da individualização da pena	27
2.3.5 Princípio da humanidade ou humanização da pena	28
2.3.6 Contraditório e ampla defesa	28
CAPÍTULO III – POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES	30
3.1 Reflexões sobre os direitos e benefícios na execução penal	30
3.2 Nova condenação durante o curso da execução penal	35
3.3 Posicionamentos dos tribunais superiores	38
CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS	45

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa monográfica tem por objetivo analisar o instituto da data-base, no âmbito da execução penal, bem como definir o dia a ser utilizado como marco inicial na contagem de prazo para a progressão do regime mais severo ao menos gravoso.

De início, vale ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema progressivo na execução das penas privativas de liberdade, possibilitando desta forma, a progressão de regime ao reeducando, desde que cumpridas as exigências legais. Neste sentido, a norma legal elencou dois requisitos a serem preenchidos pelo sentenciado, quais sejam, um objetivo e outro subjetivo.

Neste viés, a fixação da data-base ganha papel de destaque no âmbito da execução penal, pois se refere ao dia inicial na contagem do prazo, no intuito de se verificar a data em que o reeducando alcançará o seu direito de progredir a um regime mais brando. Contudo, acontecimentos durante o curso da execução criminal podem modificar a referida data, ocasionando a fixação de novo marco inicial e, por consequência o reinício da contagem, a qual verificará o preenchimento do requisito objetivo.

Deste modo, verifica-se a importância deste tema para os operadores do direito, pois em que pese tenhamos uma Lei de Execução Penal já consolidada dentro do ordenamento jurídico brasileiro, o instituto da data-base é um tema controverso, com possibilidades de debates e estudos, sendo necessárias análises mais profundas e minuciosas, particularmente porque certos pontos do tema refletem diariamente em casos práticos, os quais ainda não possuem uma resposta definitiva.

O método utilizado na elaboração da presente monografia foi o de levantamento bibliográfico, que consiste na exposição do pensamento de vários autores que escreveram sobre o tema escolhido. Desenvolveu-se uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se como apoio e base contribuições de diversos escritores sobre o assunto em questão, por meio de consulta a livros, periódicos, artigos, documentos eletrônicos e legislações aplicáveis à matéria. Ademais foram utilizados entendimentos jurisprudenciais para o embasamento do estudo.

A pesquisa é constituída por três capítulos, no primeiro é abordada a evolução histórica do tema, perfazendo todo o caminho anterior à edição da atual Lei de Execução Penal. Após, será apresentado os conceitos e características da matéria, passando por seus sujeitos, natureza jurídica e objeto. Em seguida, para dar maior fundamento ao conteúdo proposto, se dará ênfase à relação da data-base com a Lei de Execução Penal.

O segundo capítulo demonstrará os termos iniciais adotados para a progressão de regime, explicitando seus efeitos e consequências sociais e jurídicas, além de abordar os princípios constitucionais aplicáveis à matéria, como o da legalidade, personalidade, proporcionalidade, individualização, contraditório e ampla defesa, dentre outros.

Por fim, chegando ao ponto chave e ao real objetivo do presente tema, no terceiro capítulo será descrito o posicionamento dos tribunais superiores frente ao tema, demonstrando as divergências de entendimento, suas razões e embasamento. Visto isso, pretende-se concluir o presente trabalho mostrando recentes julgados como forma de exemplificar a importância e atualidade do tema, além de facilitar a sua compreensão.

CAPÍTULO I – LEI DE EXECUÇÃO PENAL E A DATA-BASE

Esse capítulo trata sobre a origem e evolução histórica da Lei de Execução Penal (LEP). Em seguida, apresenta aspectos conceituais, bem como as características daquela norma legal. E, por fim, apresentar-se-á sobre o instituto da data-base e sua interface com o referido Diploma Legal.

1.1 Evolução histórica

Importante destacar que até meados de 1984, a matéria execução penal era atrelada ao Direito Processual Penal. Era necessária a criação de uma Lei específica, a fim de criar institutos próprios e dar autonomia à matéria. Neste sentido, no dia 11 de julho de 1984, foi promulgada a Lei nº 7.210, conhecida atualmente como Lei de Execução Penal.

Renomados juristas ao discorrerem sobre o assunto afirmam que “a execução penal é o procedimento destinado à aplicação de pena ou de medida de segurança fixada por sentença.” Sendo assim, trata-se, portanto, de um ramo autônomo do direito, com seus próprios princípios e institutos. É, em suma, uma fase de cumprimento da sentença penal e não uma subsequente ao processo penal propriamente dito (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 1281).

Segundo Avena (2017, p. 1), “a doutrina internacional, buscando uma denominação para o ramo do direito destinado a regular a execução penal, consagrou a expressão direito penitenciário”. No entanto, o autor explica que a referida expressão não foi adotada no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que,

a Lei de Execução Penal, estabelece como um de seus objetivos o estabelecimento de medidas que proporcionem a reabilitação do condenado. Assim, a expressão estaria em descompasso com os princípios do referido diploma legal.

Desta forma, esclarece o autor que, por não se limitar a questões relativas ao cárcere, o termo mais adequado para denominar o ramo responsável pelo estudo do processo de cumprimento da sentença penal e seus objetivos seria “Direito de Execução Penal”. Expressão esta consagrada pelo legislador nos itens 8 e 9 da Exposição de Motivos da Lei nº 7.210/1984 (AVENA, 2017).

A execução da pena, em tempos remotos, utilizava-se de reprimendas corporais, as quais, em muitos casos, ocasionavam a morte do executado. Nas palavras de Álvaro Mayrink da Costa (2016, p. 139), “No velho sistema, estavam presentes, como formas de execução da pena, a decapitação, a crucificação e o afogamento”. Atualmente, este velho sistema deu lugar a uma moderna forma de aplicação das penas, pautada em princípios como o da dignidade da pessoa humana, individualização, humanização da pena, proporcionalidade, dentre outros.

Durante o processo de abandono do antigo sistema, foi necessária a edição de normas que resguardassem direitos fundamentais aos condenados. No Brasil, as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas ainda se pautavam em um sistema obsoleto, baseado em sanções corporais e violações aos direitos fundamentais dos presos. O processo de humanização das penas ocorreu simultaneamente à evolução da execução penal como ramo autônomo.

Ainda no Império, em 1830, foi introduzido um Código Criminal, inspirado em pensamentos liberais que tomavam conta da Europa e dos Estados Unidos, o qual, posteriormente deu lugar a dispositivos legais ainda mais modernos, como o Código Penal da República, de 1890. Entretanto, com o passar dos anos, a situação prisional no Brasil acabou se deteriorando em função da falta de um código específico que disciplinasse a matéria (ASSIS, 2007).

Grandes especialistas já apontavam a necessidade de instituto específico para a execução penal. Até o ano de 1933, a matéria era tratada dentro do Código

Criminal do Império. Segundo Mirabete (2007, p. 23), “No Brasil, a primeira tentativa de uma codificação a respeito das normas de execução penal foi o projeto de Código Penitenciário da República, de 1933”. O projeto foi presidido por Cândido Mendes de Almeida, juntamente com José Gabriel de Lemos Brito e Heitor Carrilho, os quais apresentavam algo inovador, com uma noção de princípios fundamentais, como individualização e humanização das penas, promovendo, inclusive, a distinção de tratamentos penais.

Entretanto, em meio às discussões do referido projeto, no ano de 1937, se instalou no Brasil o Estado Novo e, três anos depois, em 1940, foi promulgado o Código Penal, o qual diferenciava da proposta de uma lei penitenciária apresentada sete anos antes. Desta forma, o plano de instituir uma normativa tratando especificadamente de execuções criminais foi suprimido (BRASIL, 1940).

De acordo com Haroldo Caetano da Silva (2001, p. 37), “Em 2 de outubro de 1957, foi sancionada a Lei nº 3.274, que dispunha sobre as normas gerais de regime penitenciário, instituída a partir do projeto de 1951, do Deputado Carvalho Neto.” A referida Lei, no entanto, se tornou ineficaz, pois não possuía sanções em caso de descumprimentos de seus princípios e regras estabelecidas. Assim, o país ainda carecia de normas específicas e uma reformulação da matéria.

Ainda no ano de 1957, um novo anteprojeto de Código Penitenciário foi apresentado ao então Ministro da Justiça, Nereu Ramos, elaborado por uma comissão de juristas. O projeto instituía uma divisão entre o Código Penal e a execução penal. Ademais, previa também, a distribuição da competência da execução penal em vários órgãos. Contudo, conforme aponta Mirabete (2007, p. 24), “[...] por motivos vários, o projeto foi abandonado”.

Após alguns anos de esquecimento do tema, em 1963, Roberto Lyra apresentou um anteprojeto sob o título Código de Execuções Penais. Era uma proposta ainda mais inovadora para a época, uma vez que previa formas distintas de tratar as detentas. Além disto, prezava por princípios humanitários e pela legalidade no cumprimento das penas privativas de liberdade. Contudo, em razão do golpe militar de 1964, e por desinteresse do próprio redator, o anteprojeto nunca foi transformado em um projeto de lei, ficando a matéria mais uma vez deixada de lado (ASSIS, 2007).

Em mais uma tentativa de criar uma lei específica que tratasse o assunto, no ano de 1970, Benjamin Moraes Filho criou um novo anteprojeto, o qual novamente foi intitulado de Código de Execuções Penais. Este, por sua vez, teve a participação de juristas importantes, como José Frederico Marques. Inspirado na Resolução das Nações Unidas, de 30 de agosto de 1953, o qual se refere a regras mínimas de tratamento aos reclusos, o anteprojeto não chegou a ser utilizado (ASSIS, 2007).

Conforme pontua Silva (2001, p. 37), “No ano de 1975, a Câmara dos Deputados instituiu Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para apurar a situação penitenciária do país”. A partir desta CPI, foi construído um relatório, no qual se pontuava a urgência em criar um estatuto legal próprio para a execução penal. Ademais, se reforçou a ideia de que a competência para legislar sobre o tema era da União.

Apesar da dificuldade de aprovar uma lei própria para a execução penal, a matéria ganhava força como ciência autônoma, se distanciando cada vez mais do direito penal e processual penal. Assim, finalmente no ano de 1981, uma comissão designada pelo então Ministro da Justiça, Ibrahim Abi-Ackel e integrada por Miguel Reale Júnior, Negi Calixto entre outros, criou um anteprojeto da Lei de Execução Penal (MIRABETE, 2007).

A comissão ainda tinha a participação e colaboração dos professores Everaldo da Cunha Luna e Sérgio Marcos Moraes Pitombo e foi finalizada em 1982, com a apresentação dos resultados ao Ministro da Justiça. No ano seguinte, em 29, de junho de 1983, o então Presidente da República, Sr. João Baptista de Oliveira Figueiredo, por meio da mensagem nº 242 encaminhou o projeto ao Congresso Nacional (MIRABETE, 2007).

Nas palavras de Silva (2001, p. 38), “Aprovada a Lei de Execução Penal, que levou o nº 7.210, foi promulgada a 11 de julho de 1984 e publicada no dia 13 seguinte, para vigorar concomitantemente com a Lei de reforma da Parte Geral do Código Penal, o que ocorreu em 13 de janeiro de 1985”. Desta forma, 50 anos após a primeira ideia de uma codificação de leis inerentes, exclusivamente, à execução penal, entrava em vigor no Brasil a LEP.

A Lei nº 7.210/1984 é considerada pioneira por suas características inovadoras e por não se limitar a questões relativas exclusivamente ao cárcere. Seu texto é filosófico e busca a real efetivação da reinserção do condenado à sociedade. Apesar dos longos anos de debates sobre o assunto, ainda hoje a marca principal do texto legal é sua inefetividade no que tange o real cumprimento de seus preceitos e em sua aplicação aos casos concretos.

Não obstante o caráter vanguardista da Lei de Execução Penal e sua falta de efetividade, discussões sobre os seus institutos ainda surgem, mesmo após mais de 30 anos de sua promulgação. Discussões estas válidas para uma correta interpretação da vontade do legislador ao promulgar o referido diploma. Neste sentido, tais discussões serão abordadas em tópicos próprios dentro do presente trabalho.

1.2 Conceito e características

1.2.1 Execução penal

A Lei de Execução Penal, como foi apresentada, é fruto de discussões legislativas ao longo dos anos, que culminou na edição e promulgação da Lei 7.210/84. Um preceito legal criado para regular não apenas questões penitenciárias, mas estabelecer direitos aos condenados e proporcionar aos sentenciados meios para uma efetiva ressocialização na sociedade.

De acordo com Nucci (2018, p. 2), execução penal “Trata-se da fase processual em que o Estado faz valer a pretensão executória da pena, tornando efetiva a punição do agente e buscando a concretude das finalidades da sanção penal.” Segundo entendimento do referido autor, a execução penal seria uma fase processual, em que, o Estado, detentor da pretensão punitiva, faz valer também a sua pretensão executória.

Norberto Avena (2017), fazendo uma relação com o artigo 1º, da LEP, compreende a execução penal como o conjunto de diretrizes normativas e principiológicas, as quais possuem a finalidade de efetivar uma instrução judicial

presente nas sentenças penais, sejam aquelas que impõem ao sentenciado uma pena ou estabelecem o cumprimento de uma medida de segurança.

Assim, observa-se que para o desenvolvimento da execução criminal, necessário faz se o preenchimento de um requisito indispensável, qual seja, a existência de uma sentença penal. Nas palavras de Avena (2017, p. 3), “O pressuposto fundamental da execução penal é a existência de uma sentença condenatória ou absolutória imprópria (absolvição com imposição de medida de segurança) transitadas em julgado”.

Renato Marcão (2016) defende ainda a ideia de que as decisões homologatórias a respeito da transação penal, proferidas no âmbito dos Juizados Especiais Criminais deveriam, por consequência, serem sujeitas à execução. Contudo, o posicionamento dos tribunais superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) é no sentido diverso, tendo sido inclusive editada a Súmula Vinculante nº 35, a qual preceitua que a homologação de transação penal não faz coisa julgada material, e seu descumprimento gera a retomada do *status quo ante*, podendo o Ministério Público dar continuidade a persecução penal, seja através do oferecimento da denúncia ou requisitando o inquérito policial.

Portanto, depreende-se dos conceitos expostos acima, que a normativa executória criminal, é compreendida como um instrumento utilizado pelo Estado, a fim de se fazer valer seus comandos judiciais, determinados por uma sentença. Entretanto, a LEP, não se limitou exclusivamente ao assunto, pelo contrário, em seu primeiro artigo estabelece que a execução penal tem por finalidade proporcionar condições de integração social ao condenado e internado. Desta forma, o objetivo da execução é composto do binômio punir e humanizar, como assevera Renato Marcão (2016).

De outra forma não poderia ser, haja vista, ser a pena um instrumento não só punitivo, mas, educativo, proporcionando ao condenado à oportunidade de se integrar à sociedade de forma progressiva. Ademais, durante o curso do cumprimento de pena, deve ser oferecido ao reeducando oportunidades de ressocialização, como bem prevê a LEP.

1.2.2 Natureza jurídica

A natureza jurídica da execução penal é um tema discutido entre os renomados juristas que dedicam suas escritas sobre o assunto. A doutrina e jurisprudência atual tem divergido em torno do assunto, criando-se posicionamentos, muitas vezes antagônicos. Há correntes doutrinárias que defendem seu caráter eminentemente administrativo, outras apontam para uma perspectiva jurisdicional do tema.

Renato Marcão (2016) apresentando o tema sustenta que a natureza jurídica da execução penal seria de atividade jurisdicional, embora tenha uma forte atividade administrativa, presente em atividades cotidianas no cumprimento das sentenças penais. Ademais, o autor defende que, embora se trate de uma atividade complexa, a natureza da matéria não se transmudaria, prevalecendo, por consequência, o caráter jurisdicional, não somente nas soluções dos incidentes da execução.

Ada Pellegrini (1987, p. 7) corrobora com a ideia de complexidade da atividade executória, afirmando, “Na verdade, não se desconhece que a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicionais e administrativo.” Para o autor, na composição da referida atividade, há a participação de dois poderes estaduais distintos, quais sejam, o Judiciário e o Executivo, por intermédio dos órgãos jurisdicionados e dos estabelecimentos penais.

Na visão de Avena (2017), a atividade exercida pela execução se consumaria em dois planos distintos, um administrativo e outro jurisdicional. Contudo, para o autor, a prevalência do último deve ser reconhecida, pois, conforme pontua, apesar da execução penal ter providências praticadas por autoridades penitenciárias, estas se fundam sempre em títulos judiciais, quais sejam, a sentença penal condenatória, sentença absolutória ou uma decisão homologatória de transação penal.

Ademais, ainda nos momentos de atuação administrativa, o Poder Judiciário está presente, tendo o condenado acesso a garantias como ampla defesa,

devido processo, contraditório, direito de audiência, imparcialidade do juiz, dentre outros. Desta forma, deve ser reconhecida a complexidade da atividade, ao apontar, entretanto, para o predomínio de sua natureza jurisdicional, porquanto é inquestionável a presença do Judiciário, mesmo nas atuações de caráter administrativo (AVENA, 2017).

Embora o tema ainda não seja pacífico, a doutrina majoritária, defende que a natureza da execução é de atividade complexa, haja vista sua ambiguidade. E de fato, não se pode negar tal aspecto, pois embora a administração penitenciária se repouse no Poder Executivo, os incidentes da execução são dirimidos no Judiciário, onde os sentenciados podem ter acesso aos seus princípios e garantias.

1.2.3 Objeto da execução penal

Diferentemente da natureza jurídica, o objeto da execução penal não comporta posicionamentos divergentes ou debates doutrinários, fato que encontra respaldo no artigo 1º, da LEP, o qual define como fins essenciais da matéria a efetivação das disposições da sentença ou decisão criminal e a reintegração do condenado ou internado na esfera da sociedade.

Avena (2017) referindo-se ao assunto, diz que o primeiro objetivo da execução é concretizar o *jus puniendi* do Estado, cumprindo o mandamento constituído na sentença criminal. No segundo momento, deve-se buscar, no curso do cumprimento da pena, meios e formas para que os apenados e os sujeitos à medida de segurança tenham condições de se reintegrarem socialmente.

Mirabete (2007) afirma que a reinserção social estabelecida na Lei nº 7.210/1984 deve ser compreendida como a assistência e ajuda aos apenados e internados, sendo necessário oferecer meios eficazes que permitam o retorno destes ao convívio social. Segundo o autor, não se pode confundir o estabelecimento de condições favoráveis para a integração do sentenciado com qualquer tipo de sistema que imponha uma hierarquia de valores, os quais se contradizem com os direitos da personalidade do condenado.

Desta forma, devem-se reconhecer as duas finalidades da execução penal. Não se pode apenas tratar o condenado como um sujeito sobre o qual irá

recair uma punição pelo delito praticado, mas é necessário viabilizar formas pelas quais esse sentenciado irá se reinserir no seio da sociedade, de maneira que, ao término de sua pena, ele esteja regenerado e não volte às suas práticas criminosas.

1.2.4 Processo de execução e seus sujeitos

A execução ocorrida no âmbito penal, diferentemente do que ocorre no cível, é feita de ofício pelo juiz, ou seja, não há necessidade de provocação para que o magistrado instaure o processo de cumprimento de sentença. Outra importante diferença está no sujeito ativo da execução penal, o qual sempre será o Estado, que irá exercer seu *Jus Puniendi, ex officio*, mediante a expedição de guia para o cumprimento de pena ou medida de segurança, após a formação de um título executivo.

Avena (2017, p. 4) diz que independentemente da natureza da ação penal que deu origem à sentença, o Estado sempre estará no polo ativo da relação processual. O particular que tenha atuado na fase de conhecimento não poderá em sede de execução pleitear sua participação, ou conforme o autor pontua, “não podendo o particular nela se imiscuir com o objetivo de fazer cumprir o comando incorporado à decisão penal transitada em julgado”.

Demais disso, ao particular não é facultado nem a possibilidade de reclamação ante a concessão de benefícios ao condenado durante seu cumprimento de pena ou até mesmo intervir em incidentes na execução, haja vista a sua natureza pública. Assim, se pode inferir que o exequente sempre será o Estado, não se verificando neste momento a possibilidade substituição processual, que ocorre nas ações penais privadas, cabendo ao Ministério Público intervir no transcorrer do processo, requerendo providências necessárias para o seu regular cumprimento (AVENA, 2017).

Renato Marcão (2016) faz uma crítica ao assunto, ao afirmar que em razão do princípio da imparcialidade do juiz, combinado com o da iniciativa das partes, o legislador deveria ter atribuído a deflagração do processo de execução, *ex lege*, ao Ministério Público, ou atribuir tal função à defesa, mas não deixar o encargo nas mãos do Judiciário. Segundo o autor, há neste ponto uma desarmonia

sistêmica, entretanto, não há elementos suficientes para se alegar uma possível inconstitucionalidade dos dispositivos legais que determinam a iniciativa judicial *ex officio*.

Tendo em vista o princípio da personalidade ou intranscendência, pelo qual o processo, a pena cominada ou medida de segurança imposta não podem ultrapassar a pessoa do condenado, o executado na execução penal sempre será aquele que tiver uma sentença criminal em seu desfavor. Importante destacar que em caso de pena privativa de liberdade e, se tratando de condenado preso, este poderá ser provisório ou definitivo.

Conforme pontua Renato Marcão (2016, p. 36), o executado também poderá ser “aquele que estiver submetido ao cumprimento de pena restritiva de direitos, sursis, livramento condicional; o internado ou o submetido a tratamento ambulatorial, nas hipóteses de medida de segurança.” Outrossim, o autor ainda aponta que poderá figurar no polo passivo da execução aquele que deixar de cumprir com a transação penal levada a efeito e homologada em juízo. Contudo, sobre este assunto prevalece o entendimento do Supremo Tribunal Federal, previsto na Súmula Vinculante nº 35.

Desta feita, podemos sintetizar que no curso da execução penal, o exequente sempre será o Estado, que de ofício irá determinar o cumprimento da pena imposta por sentença ou decisão criminal, cabendo ao *Parquet* intervir em seus termos, fazendo requerimentos e suscitando incidentes. Lado outro, no polo passivo, o executado sempre será o autor de fato criminoso, que possuir uma sentença condenatória ou absolutória imprópria.

1.3 Data-Base e sua relação com a LEP

Em que pese a Lei nº 7.210/1984 ser um diploma legal vasto, com inúmeros dispositivos, os quais buscaram respaldar todas as situações em sede de execução criminal, existem institutos que foram pouco explorados pelo legislador, abrindo margem para interpretações doutrinárias e jurisprudenciais. A data-base é um exemplo desta falha legislativa. Este instituto é amplamente utilizado pelos operadores da execução, embora sua previsão legal esteja resumida e insuficiente.

Mirabete (2007) afirma que a partir do século XVIII buscou-se uma nova filosofia penal, de maneira que fosse criado um sistema penitenciário alinhado aos novos ideais surgidos no referido século. Deste modo, do Sistema de Filadélfia, o qual pregava o isolamento carcerário absoluto do condenado passou-se ao Sistema de Auburn, o qual estabelecia o trabalho em comum, mas em completo silêncio. Por fim, chegou-se ao Sistema Progressivo.

Este sistema, também conhecido como sistema inglês ou irlandês, consistia na execução da pena privativa de liberdade em estágios progressivos e diferentes, onde o apenado passava do recolhimento celular absoluto ao isolamento noturno e posteriormente o período de semiliberdade, trabalhando fora da prisão. Por fim, alcançava o livramento condicional. Atualmente, este sistema é adotado em diversas legislações (MIRABETE, 2007).

O Brasil adotou o sistema progressivo, conforme se observa do artigo 33 e parágrafos do Código Penal, bem como artigo 112, da Lei de Execução Penal. A legislação pátria prevê três regimes para a execução das penas privativas de liberdade, sendo estes, o regime fechado, semiaberto e aberto. Destacando-se que quanto à reclusão, poderá ser executada nos três regimes, ao passo que na detenção, se aplica os dois últimos, com ressalvas quanto a hipótese de regressão de regime.

Assim, conforme pontua Silva (2001), uma vez adotado o sistema progressivo pelo ordenamento nacional, o reeducando poderá ser transferido do regime mais gravoso para o mais brando, desde que sejam preenchidos determinados requisitos estabelecidos na lei. De outro lado, poderá também ser determinada a regressão de regime, passando o condenado para o regime mais severo, quando não demonstrar capacidade em permanecer na forma mais branda de cumprimento de pena.

Avena (2017), entretanto, diz que a Lei de Execução Penal conferiu certas adaptações a este sistema, com o objetivo de ajustá-lo à moderna execução criminal. Deste modo, o diploma legal trouxe a necessidade de classificar o reeducando, criou estabelecimentos distintos para o cumprimento das penas

privativas em regimes diferentes e instituiu a análise do mérito, a fim de se conceder a progressão de regime prisional ao condenado.

A partir da adoção do sistema progressista, o legislador buscou oferecer condições pelas quais o condenado pudesse ser reinserido na sociedade de forma gradual e eficaz. Contudo, sendo necessário passar por estágios, os quais permitem sua ressocialização, saindo do ambiente agressivo do cárcere, no regime fechado, indo à colônia penal, no semiaberto e por fim, à casa do albergado, onde irá cumprir sua pena em regime aberto.

É importante destacar que o reeducando deverá cumprir determinadas exigências legais, a fim de se tornar apto à progressão. Atualmente, é necessário o preenchimento de requisitos objetivos e subjetivos, no intuito de sair do regime mais gravoso ao mais brando. O subjetivo consiste no mérito, ou seja, no merecimento. É importante que o juiz analise se o apenado possui condições subjetivas de progredir e, caso ache necessário poderá requerer laudos criminológicos ou pareceres da Comissão Técnica de Classificação, como bem assevera o artigo 112, da LEP (SILVA, 2001).

Ademais, quanto ao requisito objetivo, deverá o magistrado verificar o tempo de cumprimento de pena do reeducando, a fim de concluir se este possui ou não o direito à progressão. Tratando-se de condenados primários ou reincidentes em crimes comuns, a fração a ser cumprida será de 1/6. Contudo, em caso de sentenciado primário em crimes hediondos e equiparados, a fração será de 2/5, e sendo reincidente será de 3/5 (AVENA, 2017).

Neste contexto é necessário se fixar um dia ou um marco inicial, a partir do qual se contará o prazo para que o reeducando alcance seu requisito objetivo. Assim sendo, o instituto da data-base se estabelece como uma forma de se aferir de forma objetiva, o *quantum* de pena o apenado já cumpriu e o restante que lhe falta para que consiga a progressão de regime.

Entretanto, como dito acima, a data-base carece de maiores dispositivos legais, haja vista a existência de uma omissão legislativa sobre o assunto, embora

seja este de fundamental importância, uma vez que sem um marco inicial, o condenado suportaria uma insegurança jurídica no que tange sua expectativa de alcançar um regime mais brando no cumprimento de sua pena.

Não obstante a insuficiência legal, a doutrina tampouco explora um conceito acerca de tal instituto. Cappellari (2018, *online*) discorrendo sobre o assunto, afirma que “a data-base é o dia do início ou do reinício da contagem dos prazos durante o cumprimento de uma pena de prisão, como, por exemplo, na progressão de regime.” Assim, podemos inferir que o referido instituto trata-se de um marco inicial, utilizado como termo na contagem dos prazos para a concessão de futuros benefícios ao reeducando condenado à pena privativa de liberdade.

Poucos artigos da Lei de Execução Penal se dedicam ao estudo do assunto, exigindo da doutrina e jurisprudência interpretações necessárias para o desenvolvimento da temática no dia a dia. A omissão legislativa é tamanha, que não existe um marco inicial apontado pelo diploma legal. De tal modo, que ao longo dos anos se aplicou o dia da prisão como o termo inicial, ou seja, como a data-base.

Comumente passou-se a adotar como data-base o dia da prisão do reeducando, podendo ser uma prisão em flagrante, preventiva ou até mesmo definitiva. Quando se fala na situação de flagrância, deve ser observada a falta de interrupções. Desta forma, pacificou-se como dia de início para a contagem do requisito objetivo, a data inicial de cumprimento de pena, seja ela estar sendo cumprida de forma provisória ou definitiva.

Ademais, a doutrina e jurisprudência interpretando a Lei nº 7.210/1984, começaram a considerar possíveis alterações na data-base, como por exemplo, em situações de cometimento de falta grave e a superveniência de condenação com trânsito em julgado. Sobre o assunto, Silva (2001) afirma que a falta disciplinar ocorrida no cumprimento de pena, não pode ser considerada como marco interruptivo da data-base, de modo que sua análise só poderá ser feita no mérito do condenado, ou seja, no requisito subjetivo.

Em sentido diverso, Mirabete (2007) afirma que nos casos de falta grave, deverá ser interrompido o prazo, procedendo assim o reinício da contagem, a fim de se verificar a possibilidade de promoção ao regime mais brando. No mesmo sentido,

pontua o autor que em caso de regressão de regime determinada pelo juiz, a data-base a ser fixada será a da regressão, devendo o reeducando satisfazer o requisito temporal a partir desta.

Prevalece atualmente na jurisprudência o entendimento de que o cometimento de falta grave é motivo ensejador da interrupção do requisito objetivo, para fins de progressão, incidindo a projeção sobre o restante de pena que o apenado deve cumprir e não sobre o total de sua condenação. Fundamenta-se este entendimento em duas circunstâncias, primeiro, a falta grave afasta o mérito do acusado e segundo, ela proporciona a regressão de regime, o que por óbvio, não pode acontecer no regime fechado, assim deverá ser sujeitado o preso à interrupção do prazo de cumprimento de pena e seu respectivo reinício (AVENA, 2017).

Outra importante omissão da LEP é quanto a superveniência de nova condenação, ficando mais uma vez a cargo dos operadores do direito interpretar o assunto. No cumprimento de sua pena privativa de liberdade, o reeducando pode ser condenado por novo crime, cometido antes ou depois do delito que ensejou sua execução. Neste caso, há divergências sobre qual a data-base a ser fixada, se a da última prisão ou do último trânsito em julgado.

Verifica-se, portanto, a importância do instituto na prática da execução penal, pois a sua fixação acarretará no surgimento de efeitos práticos, os quais refletirão em benesses a serem alcançadas pelo reeducando. Esses efeitos, bem como as divergências doutrinárias sobre os marcos iniciais e interruptivos da data-base serão analisados em capítulo próprio e posterior, onde se discutirá também sobre as recentes modificações do tema nos tribunais superiores pátrios.

CAPÍTULO II – TERMO INICIAL PARA A FIXAÇÃO DA DATA-BASE

Esse capítulo trata sobre a data inaugural, ou seja, o termo inicial utilizado para a fixação da data-base. Em seguida, apresenta os efeitos práticos da referida fixação no dia a dia dos operadores do direito, em especial no que tange o benefício da progressão de regime. E, por fim, apresentar-se-á os princípios inerentes à matéria previstos na Constituição Federal.

2.1 Termo inicial adotado

Como explorado anteriormente, a data-base é um instituto pouco abrangido pela Lei de Execução Penal (LEP), embora sua utilização no âmbito da rotina da execução penal seja de fundamental importância, haja vista, os efeitos práticos decorrentes de sua fixação. Ademais, a omissão legislativa no que se refere à matéria alcança até mesmo aspectos simplórios, uma vez que o referido Diploma Legal não estabelece, ao menos, uma data específica, da qual se computará os cálculos para os benefícios no cumprimento da reprimenda imposta.

No intuito de compreender as datas utilizadas como marco inicial na contagem de prazos para a concessão de progressão de regime, necessário se faz compreender, inicialmente, uma distinção na forma de execução das penas impostas ao sentenciado, uma vez que a referida diferença acarretará efeitos e discussões práticas, as quais irão incidir sobre o instituto da data-base.

A execução da pena privativa de liberdade pode se dar de forma provisória ou definitiva. A primeira hipótese é aquela em que o sentenciado já está preso, embora não haja o trânsito em julgado da sentença condenatória. Referida

hipótese é possível em relação àquele indivíduo preso preventivamente, ou mantido nesta situação, por força da decisão condenatória de Primeiro Grau. Ademais, destina-se aos sentenciados que tiveram sua condenação mantida ou determinada em sede de Segundo Grau, posteriormente ao julgamento de recursos dos sujeitos processuais. E, por fim, aplica-se aos condenados que interpõem recursos meramente protelatórios (AVENA, 2017).

Por consequência, a execução definitiva das penas privativas de liberdade ocorre na situação em que já houve o trânsito em julgado da sentença condenatória. Para Renato Marcão (2016), transitado em julgado o referido comando judicial é preciso “cobrar” do sentenciado o cumprimento de sua pena e para tanto, se mostra imprescindível a expedição da guia de recolhimento para a execução, nos casos em que o reeducando estiver preso.

Avena (2017) tratando do assunto afirma que a guia de recolhimento é o marco inicial formal na execução da pena. Na visão do autor há a exigência de dois requisitos para sua expedição, primeiro o trânsito em julgado da decisão condenatória e segundo que o réu esteja preso, tanto à época da prolação da sentença, como posteriormente, por força do cumprimento do mandado de prisão. Para o autor, a referida guia é indispensável para que se ocorra a execução das penas privativas de liberdade, uma vez que é esta a materialização do título executivo judicial.

Desta forma, deve ser observada a forma de execução das penas, a fim de se fixar qual o termo inicial a ser adotado, ou seja, a data-base, para que o reeducando possa, satisfazendo o requisito objetivo, progredir a um regime mais brando. Tratando-se de uma execução provisória, a data-base será o dia da efetiva prisão do acusado, seja em situação de flagrância, ou mesmo em virtude do cumprimento do mandado de prisão em caráter preventivo.

Na referida hipótese, sobrevindo o trânsito em julgado da sentença condenatória, o marco inicial já adotado, não será alterado, embora tal entendimento esteja pautado em recentes jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça (STJ), as quais serão abordadas em momento próprio e posterior neste trabalho.

Posicionamento este, que coaduna com o pensamento de Renato Marcão (2016), para o qual, pena efetivamente cumprida é pena extinta.

Contudo, nas situações em que o reeducando, por algum motivo, é agraciado com a possibilidade de responder ao processo em liberdade e, já há a execução definitiva das penas, o termo inicial utilizado não poderá ser o da prisão em flagrante ou o dia de início da prisão preventiva, isto porque, uma vez solto, o reeducando não está efetivamente cumprindo sua pena.

Assim sendo, com o trânsito em julgado, a data-base a ser adotada será o dia designado para a audiência admonitória, tratando-se de sentenciado condenado no regime semiaberto, ou o dia de sua prisão, nos casos em que for fixado o regime fechado para o cumprimento de pena. Observa-se assim que, o tempo cumprido em prisão preventiva não é considerado para fins de fixação da data-base, embora este seja excluído do restante de pena a ser resgatado, por meio do instituto da detração.

Outra importante menção que deve ser feita quanto ao termo inicial adotado na fixação da data-base, ocorre quando o condenado sofre uma nova condenação no curso de sua execução. Neste caso, deverá o magistrado aplicar o disposto no artigo 111, parágrafo único, da Lei de Execução Penal. Para Avena (2017), o dispositivo refere-se àquelas situações em que, são proferidas novas condenações contra o reeducando e este já teve iniciada sua execução em função de condenação anterior.

Assim sendo, cumprido o comando contido no referido artigo, deverá o Juiz manter o regime de cumprimento de pena imposto ao reeducando ou promover a regressão de regime, em função do resultado da soma das penas ter excedido o limite fixado para o regime atual do condenado. Aqui, mais uma vez se encontra uma omissão legislativa, pois, não há uma definição legal de qual seria a data-base a ser adotada nos casos de regressão ou mesmo nas hipóteses de manutenção do regime de cumprimento de pena.

Segundo Rodrigues; Rodrigues (2016, *online*) “a Lei de Execuções Penais não esclarece qual data deve ser usada para calcular os referidos benefícios, ficando obrigada a jurisprudência a interpretar e estabelecer um marco temporal

para a obtenção das benesses”. Assim, se pode concluir que na referida situação caberá aos sujeitos processuais do caso concreto recorrerem às fontes subsidiárias do direito para a solução do problema apresentado.

Ainda tratando do tema, vale ressaltar que na rotina da execução penal comumente passou-se a fixar como data-base o dia da última prisão sofrida pelo reeducando, ou a data do trânsito em julgado da sentença condenatória superveniente. Contudo, recentemente o Superior Tribunal de Justiça, adotou a data do último cárcere como termo inicial no que tange a fixação do instituto da data-base. Entendimento este, que acarretou em efeitos e consequências práticas, as quais serão abordadas em momento posterior.

2.2 Efeitos para a progressão de regime

A Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi concebida sob a ótica de promover a ressocialização, por meio da imposição de penas, não só dos condenados definitivos, mas também dos presos provisórios, com o intuito de prevenir a reincidência criminal. Neste sentido, em seu texto há institutos que são utilizados para alcançar a referida finalidade, um destes é a progressão de regime, a qual possibilita ao preso a oportunidade de, paulatinamente, voltar ao seio da sociedade.

Como analisado anteriormente, o Brasil refutou os sistemas de Filadélfia e *Auburn*, aquele baseado no isolamento total e este fundamentado no trabalho diurno e isolamento absoluto e, em silêncio noturnamente. Apesar disso, o Código Penal Pátrio adotou o sistema progressivo, conforme pontua Avena (2017, p. 226), “No Brasil, adota-se na atualidade o *sistema progressivo*”. O referido sistema passa por um retiro absoluto inicial, após segue-se a fase de trabalhos diurnos e recolhimento noturno e, por fim a liberdade condicional.

Ainda segundo o autor, a progressão de regime prisional se fundamenta especialmente na necessidade de individualização da pena e de sua execução, bem como no cumprimento do comando judicial de ressocialização do reeducando, assegurando assim o efetivo cumprimento do objetivo da pena. Desta forma, ao

demonstrar-se apto a se adaptar ao regime mais brando, deverá o apenado ser agraciado com a progressão prisional (AVENA, 2017).

Para Renato Marcão (2016), a progressão de regime constitui, em sua essência, um direito subjetivo público do sentenciado, integrando-se assim ao rol dos direitos materiais penais. Assim sendo, uma vez preenchidos os requisitos exigidos por lei, deverá o Juiz da execução, após oitiva do Ministério Público, determinar a transferência do reeducando do regime mais severo ao mais brando.

O instituto aqui tratado tem suas bases legais previstas em dois diplomas principais, quais sejam o Código Penal Brasileiro e a Lei de Execução Penal. O artigo 33, § 2º, daquela legislação prevê que “as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado.” Desta forma, é possível inferir que há necessidade de que o condenado preencha requisitos para alcançar o seu direito à progressão, os quais serão analisados posteriormente (BRASIL, 1940).

Por sua vez, a LEP, no seu artigo 112 estabelece que “a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso.” Importante destacar que, a Lei 7.210/84, conferiu adaptações ao sistema progressista, procurando realizar ajustes à moderna execução criminal. Assim, estabelece meios para classificar o condenado, estabelecendo locais distintos para o cumprimento da sanção penal imposta, de acordo com o regime no qual se encontra o reeducando (BRASIL, 1984).

Renato Marcão (2016) defende que a progressão de regime repousa no binômio tempo e mérito, sendo necessário, portanto, a satisfação de dois requisitos para a sua concessão, um de ordem objetivo e o outro subjetivo. Ademais, vale registrar que os dois requisitos devem coexistir e, portanto, são cumulativos, condicionando a progressão ao atendimento de ambos.

O requisito objetivo é o cumprimento mínimo de uma fração da pena imposta ao reeducando. A fração da reprimenda a ser cumprida é de 1/6 (um sexto) do total imposto ao sentenciado. Contudo, importante destacar que se tratando de

crimes hediondos ou equiparados a estes, o reeducando deverá cumprir 2/5 (dois quintos), caso seja primário e, 3/5 (três quintos) para os reincidentes.

Por sua vez, o requisito subjetivo consiste no mérito do reeducando, auferido através do bom comportamento carcerário durante a execução da pena privativa de liberdade. Conforme determina a Lei de Execução Penal, este bom comportamento deve ser constatado pelo Juiz da execução por meio de atestado fornecido pelo diretor do estabelecimento penal, no qual o condenado cumpre sua reprimenda.

Posto isto, conclui-se que a fixação da data-base acarreta efeitos práticos na progressão de regime prisional, uma vez que é a determinação do termo inicial, a partir do qual se computarão os dias, meses e anos que o reeducando deverá cumprir para a satisfação de seu requisito objetivo. Assim sendo, qualquer mudança no início da contagem do referido prazo gera um aumento, ou diminuição no *quantum* de pena que o apenado deverá cumprir para alcançar o direito de pleitear sua progressão.

O primeiro termo inicial adotado na prática da execução penal é o dia da prisão do condenado, seja esta em flagrante, ou mesmo por força de um mandado judicial posterior ao período de flagrância do delito. Conforme aponta Avena (2017) esta situação só ocorrerá nos casos em que o reeducando permanecer preso provisoriamente, sem interrupções, durante o transcorrer do processo criminal.

No referido caso, o efeito mais nítido da fixação da data-base no dia do enclausuramento do sentenciado, será o aproveitamento do tempo de prisão provisória para a aferição do requisito objetivo. Neste caso, podendo ocorrer situações em que o reeducando, ao ser efetivamente condenado no regime fechado, com o trânsito em julgado da sentença condenatória, já possuir o direito à progressão de regime, ou ter cumprido boa parte de seu requisito temporal.

Vale ressaltar que, caso o regime da condenação seja o semiaberto, o juiz sentenciante deverá colocar em liberdade o reeducando, e deverá expedir a guia de recolhimento definitiva, encaminhando esta para o magistrado da execução que designará dia e hora para a realização da audiência admonitória, data que será

utilizada como marco inicial para preenchimento do requisito temporal, a fim de se obter posterior progressão do regime semiaberto ao aberto.

Contudo, existem situações específicas relacionadas à estipulação da data-base que merecem um maior estudo e atenção. Um destes casos é a fixação do referido instituto no dia do trânsito em julgado da sentença condenatória. Nas hipóteses que o reeducando responde ao processo penal em liberdade, não há nenhum óbice a esta fixação, uma vez que o condenado não cumpriu efetivamente sua pena no curso da persecução, devendo, portanto, ser considerado o dia inicial de sua reprimenda o do trânsito em julgado.

Entretanto, referida situação é de pouca praticidade, pois raras às vezes o sentenciado irá realmente iniciar o cumprimento de sua pena no dia do trânsito em julgado. Na prática da execução, o mais comum nesses casos é a fixação da data-base no dia da audiência admonitória, oportunidade que o reeducando tomará ciência das condições de cumprimento de sua sanção e, portanto, um marco inicial no resgate de sua reprimenda.

Situação mais controversa no que tange o tema é a fixação da data-base no dia da superveniência de condenação no curso da execução, ou seja, o reeducando que efetivamente já cumpre sua pena é novamente condenado em processo afeto à sua execução. Nestes casos, a fixação do instituto no dia do trânsito em julgado é considerada por muitos um prejuízo ao sentenciado, já que o tempo cumprido até a nova sanção será desconsiderado para efeitos de verificação do requisito objetivo.

Interpretação mais favorável ao reeducando e atual posicionamento dos tribunais superiores, em específico o julgamento no STJ, do REsp nº 1.557.461, o qual pacificou o entendimento de que se deve desconsiderar o novo trânsito, passando-se a fixar a data-base no dia da última prisão do condenado. Assim, se pode afirmar que o efeito do trânsito em julgado para a progressão de regime é de suma importância, haja vista que a depender da situação o condenado poderá ter adiada sua progressão, como nos casos de nova condenação em que se altera a data-base. Lado outro, pode ter seu requisito temporal encurtado, caso o marco inicial seja fixado no dia de sua derradeira prisão (STJ, 2018).

Outra importante situação a ser analisada nos efeitos da fixação da data-base para a progressão de regime é o cometimento de falta grave pelo reeducando, referida situação está prevista no artigo 50, da Lei de Execução Penal. Segundo Renato Marcão (2016) a prática de falta grave revela uma absoluta ausência do mérito do reeducando e, por consequência deve interromper o lapso temporal para a progressão de regime, afetando desta forma ambos os requisitos, o subjetivo e o objetivo.

A prática de falta grave mostra o completo desrespeito do reeducando com as regras impostas no cumprimento de sua reprimenda, desta forma é necessário que o sentenciado seja punido por tal conduta. Como dito, o cometimento de alguma das hipóteses do artigo 50, da LEP gera a interrupção do prazo temporal para a progressão de regime. Assim, a data-base para a concessão do benefício sofre uma alteração, haja vista que o marco inicial passará a ser o dia do cometimento da falta grave (BRASIL, 1984).

Esta mudança é pacificada na doutrina e jurisprudência. Segundo Avena (2017) a alteração da data-base é um efeito inerente do cometimento da falta grave. E, no caso de presos do regime fechado, por não haver a possibilidade de regressão de regime, a citada consequência é um efeito secundário, devendo ter reinício da contagem do lapso aquisitivo da progressão.

A propósito, vale destacar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já editou uma Súmula, de número 534, que pacifica o referido entendimento. Ademais, a Corte Máxima Pátria já enfrentou o tema e também decidiu no mesmo sentido, afirmando que caso não houvesse a interrupção do lapso temporal, haveria de se considerar o absurdo do reeducando pleitear o seu direito a progressão mesmo tendo praticado condutas incompatíveis com o caráter ressocializador da pena.

Assim sendo, é de se notar que o cometimento de falta grave gera efeitos práticos na fixação da data-base e posterior progressão de regime, uma vez que sua prática altera o marco inicial do referido instituto e, provoca uma nova contagem do quantum de pena a ser resgatado pelo condenado para sua progressão a um regime mais brando.

Desta feita, pode-se sintetizar que no curso da execução penal diversas situações podem modificar a data-base e provocar efeitos práticos na progressão de regime prisional, haja vista que a depender da situação o reeducando deverá cumprir um lapso maior de sua pena, ou um tempo menor. Há ainda situações que por sua especificidade não foram analisadas no presente trabalho, mas de igual forma podem provocar efeitos diretos na progressão de regime.

2.3 Princípios constitucionais aplicáveis à matéria

A Constituição Federal em seu texto elenca inúmeros princípios que norteiam todo o ordenamento jurídico brasileiro. No âmbito do processo penal, com enfoque na execução penal, não poderia ser diferente. A matéria é regida por normas constitucionais, as quais são as bases para o entendimento dos institutos pesquisados neste trabalho, bem como seus reflexos aqui analisados.

Nas palavras de Renato Marcão (2016), “afirmar a natureza jurisdicional da execução penal implica admitir sua sujeição aos princípios e garantias constitucionais incidentes”. O objetivo aqui não será esgotar toda a carga de princípios relacionados à matéria, mas apontar os pontos principais, sobre os quais a execução penal e seus institutos se baseiam e desenvolvem.

Para Paulo Lúcio Nogueira (1993) no processo de execução devem ser observados princípios e garantias constitucionais, os quais são indispensáveis à matéria, devendo, portanto, serem estudados e aplicados ao caso concreto. Dentre as normas de caráter constitucional, podem-se destacar a legalidade, jurisdicionalidade, devido processo legal, imparcialidade do juiz, igualdade das partes, contraditório e ampla defesa, publicidade, duplo grau de jurisdição, entre outros.

Ademais, não se pode esquecer-se de princípios de fundamental importância, como o da humanização da pena e da personalidade, norma esta também denominada de intranscendência, segundo o qual a pena não poderá passar da pessoa do acusado, ou seja, do reeducando, sujeito passivo no processo de execução. Desta forma, se faz necessário um aprofundamento em alguns destes princípios para melhor elucidação da temática.

2.3.1 Princípio da personalidade ou da intranscendência

Previsto no artigo 5º, XLV, da Constituição Federal, o qual prescreve que a pena ou a medida de segurança não deverá passar da pessoa do autor da infração, ou seja, do acusado/condenado. Segundo Haroldo Caetano Silva (2001), o referido artigo estabelece a responsabilidade penal personalíssima, na qual aquele que não incorrer em ilícito penal não poderá ser punido.

Ademais, o artigo de forma implícita veda a responsabilidade penal objetiva, de forma que somente pode responder pelo delito aquele que agiu com dolo ou culpa, havendo nexo de causalidade entre a conduta do acusado e o resultado de sua ação. Desta forma, uma vez condenado, o reeducando deverá cumprir sua pena, não havendo a possibilidade de que outra pessoa possa resgatar a reprimenda em seu lugar e, sobrevivendo à morte do sentenciado, deverá ser declarada extinta a punibilidade do agente.

2.3.2 Princípio da legalidade

Avena (2017) afirma que o princípio em comento significa que nenhum comportamento pode ser considerado crime se a Lei assim não determinar. No âmbito da execução, a referida norma preceitua que nenhuma pena pode ser aplicada, tampouco executada, caso não haja um preceito legal anterior que assim determine. Sua previsão se encontra no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal e no artigo 1º, do Código Penal.

Comumente a doutrina subdivide o referido preceito em duas regras, o da anterioridade e o da reserva legal, aquele definido pela expressão “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, este podendo se resumir na necessidade de a lei respeitar os trâmites previstos na Constituição Federal. Conforme aponta Júlio Fabbrini Mirabete (2007), da exposição de motivos da LEP, se pode observar que o princípio da legalidade domina o corpo e o espírito da referida Lei.

Princípio este consagrado nos artigos 2º e 3º da Lei de Execução Penal e, que se dirige a todas as ações dentro do processo de execução, bem como é

voltada para todas as autoridades que atuam de alguma forma no feito, seja esta judicial ou administrativa. Na lição de Capez (2011), o sentenciado terá a execução de sua pena de acordo com o que a lei dispuser não se podendo negar ao preso sua liberdade, se assim a lei determinar.

2.3.3 Princípio da proporcionalidade

Este princípio preceitua que a pena aplicada ao infrator deve ser proporcional ao delito praticado, devendo, portanto, existir um equilíbrio entre a infração e a sanção imposta. Com previsão constitucional no artigo 5º, inciso XLVI, o preceito é basilar na execução penal, uma vez que o regime de cumprimento a ser aplicado ao reeducando deve ser proporcional ao crime cometido.

Até mesmo na antiguidade, por volta do ano de 1780 a.C., a presente norma já era utilizada, como na Lei de Talião e, pelo presente princípio não se pode admitir, por exemplo, que o sentenciado primário, de bons antecedentes e condenado por penas pequenas, seja submetido à um regime mais gravoso que aquele proporcional ao seu delito. No entendimento de Avena (2017) é esta regra, a busca do justo.

2.3.4 Princípio da individualização da pena

Prevista no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, este princípio é desenvolvido em três etapas diversas, a primeira no âmbito legislativo, quando se cria os tipos penais incriminadores. A segunda fase alcança o âmbito judicial, no momento em que o magistrado, baseando-se nos critérios estabelecidos pela legislação fixa a reprimenda ao condenado.

Por fim, a terceira atinge o âmbito executório, quando o juiz, tendo por base a pena aplicada, promove adaptações para a pessoa do condenado, concedendo-lhe ou negando-lhe benefícios como progressão de regime, livramento condicional, remição, dentre outros. Na execução se deve destacar que o Juiz deverá aplicar uma pena justa ao réu, e executá-la de acordo com sua culpabilidade.

Para Silva (2001), a individualização da pena passa pela classificação do reeducando para ingresso no estabelecimento penal, indo aos programas de

recuperação e reinclusão social e por todos os incidentes que possam ocorrer durante a execução, sejam administrativos ou judiciais. Exemplo prático da aplicação deste princípio é o artigo 5º, da Lei de Execução Penal, o qual determina, com base na individualização da pena, a classificação dos reeducandos segundo seus antecedentes e personalidade.

2.3.5 Princípio da humanidade ou humanização da pena

O princípio da humanização da pena encontra-se previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXVII, de onde se conclui que toda e qualquer pena degradante ou humilhante não pode ser executada. Desta forma, as penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis estão proibidas pela Carta Magna.

Segundo Avena (2017) o princípio da humanidade preconiza a prevalência dos direitos humanos, motivo pelo qual, há a proibição de penas com caráter insensível ou dolorosas. Assim, se infere do referido preceito principiológico que as penas e, por consequência, toda a execução, devem ser sujeitadas à parâmetros modernos de humanidade, mantendo-se a dignidade do sentenciando.

2.3.6 Contraditório e ampla defesa

O princípio do contraditório encontra-se previsto no texto constitucional, em seu artigo 5º, inciso LV, o qual deve estar presente em todos os processos judiciais e administrativos. Significa dizer que o processo se pautará em uma bilateralidade, ou seja, para cada ação deverá existir uma reação da outra parte, não necessariamente atacando a manifestação anterior, mas apenas se manifestando logo em seguida à parte contrária (BRASIL, 1988).

Desta forma, na execução penal, em específico os seus institutos, deverão ser oportunizados momentos ao reeducando para que este se manifeste sobre qualquer decisão do magistrado ou manifestação do Ministério Público, sob pena de ferir norma constitucional. Segundo Capez (2008) este princípio é identificado na doutrina pelo binômio ciência e participação.

Previsto no mesmo artigo, a ampla defesa se refere à possibilidade das partes no processo penal utilizarem de todos os meios de prova admitidas em direito. No que tange ao acusado, referido preceito possibilita a utilização de todas as formas de defesa, sejam estas por meio de seu procurador ou mesmo a autodefesa.

Na prática da execução penal, a ampla defesa é de suma importância, haja vista que o reeducando poderá se defender de todos os atos praticados no transcorrer do processo, bem como dos efeitos decorrentes destes. Exemplo disto é a possibilidade do sentenciado se defender de uma possível alteração da data-base decorrente de cometimento de falta grave, ponto este já abordado no presente trabalho.

Conclui-se assim que, a legislação pátria consagrou ao Estado, o *jus puniendi*, ou seja, o direito do Estado de punir o condenado pela prática de um ilícito penal, tendo esta punição um caráter repressivo e preventivo, com a finalidade de se evitar novos crimes, bem como ressocializar o autor do delito. Contudo, conforme aponta Renato Marcão (2016), ante a natureza jurisdicional da execução, necessário se faz a adoção de princípios e garantias fundamentais.

Tais princípios estão previstos expressamente, ou implicitamente na Constituição Federal e devem ser o norte de toda a execução penal, sendo imprescindível o seu cumprimento. A Lei nº 7.210/1984 instrumentaliza todos estes princípios, visando a legitimidade, não só da pena imposta, mas também de todos os institutos inerentes à execução, dentre estes a data-base.

São estes princípios que norteiam todas as discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da matéria, de modo que, atualmente os tribunais superiores buscam cada vez mais pautar suas decisões nestes preceitos. Essas discussões e atuais decisões serão analisadas em capítulo próprio e posterior na presente pesquisa.

CAPÍTULO III – POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Esse capítulo traz uma reflexão sobre os direitos e benefícios dos reeducandos no tocante ao processo executório criminal. Em seguida, apresenta a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da condenação superveniente no curso da execução penal. E, por fim, apresentar-se-á o posicionamento dos tribunais superiores pátrios, no que tange a matéria.

3.1 Reflexões sobre os direitos e benefícios na execução penal

Como abordado anteriormente, o reeducando é o sujeito passivo na execução penal e sobre o qual recai a obrigação de cumprimento de uma reprimenda estatal, haja vista possuir em seu desfavor uma sentença condenatória ou absolutória imprópria, que deverá ser executada pelo Estado através de seu *JusPuniendi*. Contudo, este mesmo sentenciado é detentor de direitos e benefícios, os quais são conferidos pela Lei de Execução Penal (LEP), bem como outros diplomas legais pertinentes ao tema em tela.

Na visão de Paulo Lúcio Nogueira (1996), os direitos dos condenados que cumprem uma reprimenda estatal surgiram, primordialmente, da luta empreendida em defesa dos direitos humanos dos presos políticos, principalmente nas décadas que se seguiram ao fim do regime militar brasileiro, oportunidade em que tais conquistas foram estendidas aos presos comuns.

Para Renato Marcão (2016) a execução penal, inserida em um Estado Democrático de Direito deve observar e guardar não somente os limites legais, mas também aqueles necessários ao cumprimento da pena ou medida de segurança, por

parte dos presos, sejam estes provisórios ou definitivos. Desta forma, tudo aquilo que exceder os referidos limites passa a contrariar os direitos impostos.

Segundo Norberto Avena (2017) a LEP estipulou um rol de direitos inerentes aos reeducandos, os quais são meramente exemplificativos, ou seja, todos os demais benefícios não abrangidos pelo diploma legal devem ser assegurados ao condenado e ao internado. Neste sentido, ao sentenciado deve-se observar tudo o que não lhe for restrito em virtude de sua condição de segregado.

Discorrendo sobre o tema, pontua Renato Marcão: (2016, p. 71) “Deve-se buscar, primeiro, o rol de restrições. O que nele não se inserir será permitido, e, portanto, direito seu”. Assim, tratando-se de direitos do preso, a interpretação sempre deve ser ampla, no sentido de que tudo o que não se configurar como restrição legal, inerente à condição de encarcerado, permanece como direito do reeducando.

Haroldo Caetano da Silva (2001), tratando do assunto pontua que devem ser assegurados aos presos todos os direitos não atingidos pela sentença condenatória ou pela Lei. Assim, pode-se dizer que são invioláveis as prerrogativas legais do reeducando, cabendo ao Ministério Público à função de garantir o fiel cumprimento do comando legal por meio de sua atuação como *Custos Legis*, devendo o Juiz sempre decidir em observância aos direitos dos sentenciados.

Neste sentido, um dos mais importantes direitos do reeducando recai sobre a sua integridade física e moral, conforme preconiza o artigo 40 da Lei de Execução Penal. Este preceito legal se harmoniza com a norma Constitucional, prevista no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, a qual assegura ao preso um tratamento digno e humano, na medida em que proíbe a tortura e outras formas de execução degradantes ou humilhantes, bem como restringe o uso da pena de morte ou as de caráter perpétuo (BRASIL, 1988).

Outro importante direito do preso encontra-se substanciado no artigo 41, inciso II, da Lei de Execução Penal, pelo qual é seu direito a atribuição de trabalho e sua respectiva remuneração. Trata-se de importante garantia ao reeducando, na

medida em que não somente reflete um benefício, mas também uma forma de ressocialização do condenado, permitindo sua profissionalização e a consequente inserção na sociedade e no mercado de trabalho, após o resgate de sua pena (BRASIL, 1984).

Seguindo a ideia de permitir ao sentenciado sua ressocialização na sociedade, a LEP ainda conferiu mais um direito ao preso, inserido no inciso VI, do citado artigo 41, o qual materializa a possibilidade de ressocializar o indivíduo ao meio social através do exercício de atividades profissionais, intelectuais, artísticas ou desportivas, desde que compatíveis com o cárcere (BRASIL, 1984).

Vale ressaltar que a realidade fática dos presídios brasileiros se encontra distante do idealismo programático da LEP, embora se deva lutar para que os direitos previstos no diploma legal sejam efetivamente cumpridos. Conforme aponta Renato Marcão (2016), mal maior sobreviria caso não existissem direitos preestabelecidos, permitindo que o apenado não recuperado volte ao convívio em sociedade.

Conforme apontado o rol de direitos dos presos não se esgotam em si, mas apenas norteiam as demais prerrogativas dos sentenciados. Assim, o artigo 41, da Lei de Execução Penal elenca ainda outros privilégios dos sentenciados, dentre estes o direito à Previdência Social; assistência material, jurídica, à saúde, educacional, social e religiosa; entrevista pessoal e reservada com o advogado; contribuição de pecúlio; visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados, dentre outros (BRASIL, 1984).

De outra sorte, ao preso são conferidos certos benefícios durante o curso de sua execução, os quais não podem ser entendidos como privilégios em relação aos cidadãos não condenados, mas apenas benesses que podem ser usufruídas, mesmo durante o cárcere. Como exemplo, citem-se a progressão de regime, o livramento condicional, a saída temporária, dentre outros.

A progressão de regime, já abordada no presente trabalho, concede ao reeducando a possibilidade de execução de sua pena em regimes diferenciados de cumprimento, passando-se de formas mais graves às mais brandas, desde que se

preenchem os requisitos legais, quais sejam, o objetivo (temporal) e o subjetivo (mérito). Trata-se de um benefício da execução, na medida em que o sentenciado, caso não cumpra com seu dever prisional, não poderá alcançar tal benesse.

Avena (2017) tratando do assunto pontua que o instituto da progressão é um benefício conferido ao condenado, o qual deverá ser deferido quando este revelar condições de se adaptar ao regime menos rigoroso. Razão pela qual toda e qualquer conduta contrária aos deveres do reeducando devem ser considerados no momento de concessão do referida benesse.

O livramento condicional também é um benefício conferido ao reeducando no curso de sua execução penal. Considerado como uma liberdade antecipada permite ao preso seu retorno ao convívio social, ainda que não tenha cumprido integralmente sua reprimenda. Chama-se condicional por exigir do sentenciado um período de prova, ou seja, de experiência, objetivando apurar se o apenado realmente está apto ao retorno à sociedade.

Para Renato Marcão (2016) o livramento condicional constitui-se como uma liberdade provisória, a qual é concedida ao reeducando sob certas condições, desde que o apenado não revele periculosidade, após o cumprimento de uma parte da sua pena. Acrescenta ainda o autor que a benesse aqui tratada revela-se como uma última etapa do sistema penitenciário progressivo.

Na visão de Guilherme de Souza Nucci (2014) o livramento condicional é um benefício que permite ao reeducando uma antecipação de sua liberdade, desde que sejam preenchidos os pressupostos legais, devendo o magistrado, antes de concedê-lo, ouvir o Ministério Público e o Conselho Penitenciário. Segundo o autor, para a sua concessão, existem condições obrigatórias e facultativas, as quais devem ser observadas.

As primeiras são: obtenção de ocupação lícita; comunicar previamente ao juízo sua ocupação e não mudar de comarca sem a devida autorização. Já as facultativas, definidas a critério do juiz, são: não mudar de residência, sem a prévia autorização; recolher-se em sua habitação na hora determinada e não frequentar determinados lugares.

Ainda no campo dos benefícios da execução penal, pode-se citar as autorizações de saída, benefício pelo qual os presos que cumprem pena no regime fechado ou semiaberto são agraciados com a possibilidade de se ausentarem do estabelecimento penal por prazo determinado. A autorização de saída é gênero, da qual são espécies a permissão de saída e a saída temporária.

Segundo Renato Marcão (2016), a permissão de saída é fundamentada basicamente em questões humanitárias, com a finalidade de permitir que os presos do regime fechado ou semiaberto, ou mesmo os provisórios, possam sair do estabelecimento. Contudo, é necessária a devida escolta, nos casos de falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira ou companheiro, ascendente, descendente, irmã ou irmão, ou em caso de necessidade de tratamento médico.

Importante ressaltar que as hipóteses de permissão de saída, constituem um rol exaustivo e não exemplificativo, pelo qual se esgotam em si mesmas. Trata-se de medida de natureza administrativa, devendo a decisão ser exarada pelo diretor do estabelecimento penal onde se encontra o preso, o qual, em caso de permissão, ficará ausente pelo prazo necessário para o cumprimento da finalidade da saída.

Para Julio Fabbrini Mirabete (2007), a saída temporária tem o condão de conduzir o preso ao processo de reintegração social, permitindo sua relação com o mundo exterior, principalmente com seus familiares. Ademais, afirma o autor que estas breves saídas servem para estimular o preso a manter sua boa conduta, permitindo que o sentenciado adquira um maior senso de responsabilidade.

Para Renato Marcão (2016) a saída temporária constitui um ato jurisdicional, de competência privativa do juiz da execução, que será concedida ou negada, de forma motivada, a partir de prévia oitiva do Ministério Público e da administração penitenciária. Devendo o reeducando, para sua concessão, comprovar o preenchimento dos requisitos subjetivos (mérito) e objetivos (tempo).

Diferentemente da permissão de saída, na autorização a Lei estabelece um prazo determinado, qual seja, até o limite de 7 (sete) dias. Tal benefício se dirige

aos fins sociais de ressocialização, podendo ser concedida com a finalidade de que o reeducando visite sua família, participe de atividades que contribuam para sua reinserção ou outros fins. Ademais, importante mencionar que a autorização não prevê a utilização de escolta, como ocorre nos casos de permissão de saída.

Vale ressaltar que os exemplos aqui trazidos são meramente exemplificativos, não tendo, o presente trabalho, a finalidade de esgotar o tema, haja vista existirem outros benefícios que podem ser concedidos ao reeducando no curso da execução penal. Como exemplo cite-se a remição por leitura, a prisão domiciliar, dentre outros.

A partir das reflexões propostas, pode-se afirmar que os benefícios da execução atingem os reeducandos, na medida em que estes cumpram com o requisito subjetivo, ou seja, o bom comportamento carcerário. Sendo assim, eventos no transcorrer do processo podem influenciar na concessão das referidas benesses. A condenação superveniente à execução penal é um destes fatos influenciadores e será melhor abordada no presente trabalho.

3.2 Nova condenação durante o curso da execução penal

Durante o curso da execução penal podem surgir situações que afetarão a obtenção de benefícios pelo reeducando, possuindo estas, o condão de alterar não somente aspectos objetivos, mas também os subjetivos, no que se refere à concessão das benesses. Neste sentido, a condenação superveniente, imposta ao sentenciado pode refletir diretamente nestes benefícios.

Segundo o disposto no artigo 111, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, nos casos em que o reeducando está cumprindo sua reprimenda e lhe sobrevém uma nova condenação, esta última será somada à pena imposta e que já estava sendo resgatada, de modo que, a partir do resultado será fixado o novo regime de cumprimento (BRASIL, 1984).

Para Haroldo Caetano da Silva (2001), a regra prevista no artigo 111, parágrafo único da LEP, deve ser interpretada de duas formas. A primeira se refere

aos casos em que o reeducando cumpre determinada reprimenda e sobrevém uma nova condenação por fato anterior à execução. Neste caso deverá ser aproveitado o tempo de pena cumprido pelo sentenciado, não se podendo realizar a soma pura e simples das penas, para a fixação do regime prisional, pois acarretaria prejuízo ao condenado.

A segunda interpretação ao caso ocorre nas situações em que o reeducando é condenado por novo crime posterior à execução em trâmite. Nesta situação a soma das penas deverá ser realizada de forma pura e simples, de modo que as duas condenações serão somadas e a partir do resultado se fixará o regime prisional inicial para o resgate da reprimenda.

Muitos são os efeitos de uma condenação superveniente ao reeducando, entre eles a regressão de regime, conforme bem aponta Norberto Avena (2017, p. 226) “Nesse caso, poderá ocorrer também à regressão do regime, com base no art. 118, inciso II, da LEP”. A regressão não é efeito automático da nova sentença condenatória, haja vista que, em determinadas situações o novo *quantum* de pena não acarretará em mudanças no regime prisional.

Grande discussão se repousa nos efeitos da nova condenação sobre o instituto da data-base, haja vista que, com a nova sentença condenatória, proferida em desfavor do reeducando e, a conseqüente fixação do regime prisional, o marco temporal para a obtenção de posterior progressão de regime será afetado, recaindo, portanto, dúvidas acerca da modificação ou não da data-base.

O tema é de grande divergência entre os operadores do direito, ficando a jurisprudência responsável pela determinação do posicionamento a ser seguido, tendo em vista a explícita omissão da Lei de Execução Penal sobre o tema em tela. Contudo, até mesmo entre os tribunais do ordenamento pátrio repousam-se divergências acerca da matéria.

Segundo Rodrigues; Rodrigues (2016, *online*) nestes casos em que o sentenciado está efetivamente cumprindo sua reprimenda e lhe sobrevém uma nova condenação, transitada em julgado, por crime cometido anteriormente à atual reprimenda, a data base para os cálculos dos benefícios ficaria entre a data da sentença e data da última prisão.

Vale ressaltar que, a fixação da data-base no dia do novo trânsito em julgado pode provocar prejuízos ao reeducando, haja vista a instauração de uma total insegurança jurídica quanto à concessão de benefícios que dependem do citado instituto, como por exemplo, a progressão de regime. Nestes casos, o sentenciado poderá ter alterado o dia de sua progressão, mesmo tendo cumprido o requisito objetivo necessário.

A referida insegurança jurídica se repousa na morosidade do Poder Judiciário, pois não tendo o condenado dado causa à demora na prestação jurisdicional, não pode ele suportar seus efeitos. De modo que ao se fixar a data-base no dia do novo trânsito, o sentenciado incorreria em excesso de execução, já que o tempo cumprido até a nova sentença seria desconsiderado para a obtenção de suas benesses.

Avena (2017) ao discorrer sobre a data-base pontua que, embora comumente se adote como marco temporal a data do trânsito em julgado ou época posterior ao referido evento. Eventualmente sua estipulação poderá ocorrer em momento anterior a este trânsito, principalmente nas situações em que o condenado, antes da nova decisão, efetivamente cumpriu sua reprimenda. De forma que não seria razoável, nem justo desconsiderar o tempo de pena já cumprido, para fins de progressão de regime ou outros benefícios da execução.

Para Cappellari (2018, *online*), ante a omissão da Lei de Execução Penal quanto ao tema, se fez necessária uma interpretação jurisprudencial da matéria. E, em alguns casos, não raros, mesmo diante a ausência de previsão legal são proferidas decisões contrárias e mais gravosas aos apenados, de forma a ferir os princípios da legalidade e da individualização da pena.

A partir do pensamento supracitado, pode-se inferir outro argumento para se afastar a utilização da data do novo trânsito em julgado para fins de progressão de regime, qual seja, a ausência de previsão legal para tanto. Neste sentido, desconsiderar o período de cumprimento de pena desde a última prisão, seja por delito ocorrido antes do início da execução da pena, seja por crime praticado depois, configuraria excesso de execução.

Em contrapartida, tem-se o entendimento de que a fixação da data-base nos casos de superveniência de nova condenação deve ser o da data da última prisão, por se tratar de um marco temporal referente à prática de uma falta grave, o que ensejaria a mudança da data-base. Trata-se de entendimento mais justo, na medida em que não exclui o tempo de pena já cumprido pelo reeducando, fato que coaduna com o pensamento de Renato Marcão (2016), uma vez que na visão do autor pena cumprida é pena extinta.

Conforme aponta Cappellari (2018, *online*), esse posicionamento se pauta em princípios constitucionais, bem como normas principiológicas da própria Lei de Execução Penal e em normativas de Direitos Humanos, mormente em face dos princípios da legalidade e da individualização da pena. Neste sentido, o referido pensamento é fruto de uma harmonização entre a interpretação de normas constitucionais e normas penais.

Outro importante argumento para se afastar a fixação da data-base no dia do trânsito em julgado superveniente é o flagrante cometimento do chamado *bis in idem*, haja vista que nos casos em que o crime for cometido no curso da execução, seus efeitos já repercutiram no bojo do cumprimento da pena, não podendo o reeducando suportar uma dupla punição.

Vale ressaltar que mesmo nos casos de delito praticado anteriormente ao início da execução seria um prejuízo ao reeducando a fixação da data-base no dia do trânsito em julgado, tendo em vista que as condenações por fatos pretéritos não se prestam a macular a avaliação do comportamento do sentenciado, uma vez serem estranhas ao processo de resgate da pena.

Importante salientar que a referida divergência é tema de discussões até mesmo nos tribunais superiores brasileiros, tendo inclusive, havido uma recente mudança de posicionamento quanto à matéria no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Desta feita, faz-se necessário uma análise do posicionamento adotado pelos tribunais superiores, com enfoque na recente mudança de entendimento do STJ.

3.3 Posicionamentos dos tribunais superiores

No ordenamento jurídico brasileiro existem dois tribunais superiores atuantes, quais sejam o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal

Federal (STF). O primeiro caracteriza-se por ser a última instância da Justiça Brasileira para as causas infraconstitucionais, já o segundo é o órgão máximo do Poder Judiciário Brasileiro, responsável pela guarda da Constituição Federal.

A Lei de Execução Penal (LEP), embora possua *status* de norma infraconstitucional, possui princípios e regras de caráter constitucional, razão pela qual seus institutos, em sua grande maioria, podem ser discutidos tanto no Superior Tribunal de Justiça quanto no Supremo Tribunal Federal. Desta forma, a matéria aqui tratada enseja jurisprudências e entendimentos nos dois tribunais superiores pátrios.

Como abordado anteriormente, a superveniência de nova condenação no curso da execução penal provoca efeitos no instituto da data-base. Contudo, esses efeitos não possuem previsão legal, ficando a matéria a cargo das jurisprudências dos tribunais brasileiros. Conforme aponta Cappellari (2018, *online*) o STJ julgava de forma sedimentada, que sobrevindo o trânsito em julgado de uma nova sentença criminal, no curso da execução penal, a data-base era alterada para o dia do referido trânsito.

Mencionado entendimento excluía todo o tempo de pena cumprido pelo reeducando até sua nova sentença, no que concerne ao prazo para obtenção da progressão de regime. Tratava-se na verdade de um enorme prejuízo ao sentenciado, o qual suportava um excesso de execução em razão da morosidade do judiciário em proferir suas decisões.

Importante destacar que o posicionamento do STJ independia do momento do cometimento do crime, não importando ter sido ele cometido antes ou após o início da execução. Conforme pontua Rodrigues; Rodrigues (2016, *online*) referido posicionamento é equivocado, pois se trata de uma alteração do direito material, onde o magistrado se confunde com o legislador, fazendo aquele, da sua sentença, uma forma de política criminal.

Contudo, o posicionamento que perdurava há mais de 20 anos no Superior Tribunal de Justiça recentemente sofreu alterações, fruto de constantes recursos em que se buscava a rediscussão da matéria, com o intuito de se alterar o

entendimento prejudicial outrora fixado, o qual prolongava o tempo de prisão do réu. Conforme pontua Cappellari (2018, *online*) o novo entendimento se traduz em um ganho, pois o novo julgamento se pautou em normativas constitucionais e em princípios dos Direitos Humanos.

O julgamento supracitado é o Recurso Especial nº 1.557.461/SC concluído no dia 22 de fevereiro de 2018. Neste REsp, figurava como recorrente o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e como recorrido o reeducando Vanderlei Ernesto Bez. No caso originário do recurso, o sentenciado foi condenado inicialmente a uma pena de 9 anos de reclusão em regime inicial fechado, dando origem a uma execução penal e, posteriormente foi condenado a uma pena de 3 anos de reclusão em regime inicial aberto (STJ, 2018).

Neste cenário, o magistrado de 1º Grau, ao proceder com a unificação das penas, fixou como data-base o dia da última prisão do condenado, sustentando que a soma das penas não importou na fixação de regime mais severo ou mais brando. Em seguida, sobreveio nova condenação em desfavor do reeducando, mantendo o magistrado a data-base fixada anteriormente (STJ, 2018).

Irresignado com a decisão o Ministério Público Estadual de Santa Catarina interpôs agravo em execução, argumentando, em síntese, a necessidade de se fixar a data-base no dia do último trânsito em julgado. Quanto ao citado recurso, o Tribunal *a quo* negou provimento, ressaltando que as condenações supervenientes não agravaram o regime de resgate da pena, não possuindo, portanto o condão de estabelecer nova data-base (STJ, 2018).

Nas razões para a nova decisão, os Ministros da Terceira Seção do STJ sustentaram que a unificação das penas, em virtude de condenação superveniente, não gera um efeito automático de regressão de regime do sentenciado. Pensamento este que coaduna com a lição de Nucci (2014), que afirma ser necessária a soma das penas e, a partir do resultado o juiz decidirá acerca do regime cabível.

Outro argumento levantado pelos Ministros foi a ausência de previsão legal acerca da matéria, uma vez que não há na Lei de Execução Penal dispositivos que tratem do assunto, o que na prática fere o princípio da legalidade e da

individualização da pena, consubstanciados, respectivamente no artigo 5º, incisos II e XLVI, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Ainda que se argumentasse a necessidade de alteração da data-base em razão do cometimento de novo crime posterior ao início da execução, razão não assistiria ao argumento, pois como sustentando pelos Ministros tal situação geraria a prática de falta grave, que por si só já repercutiria no bojo da execução. Interrompendo, assim o lapso temporal para a concessão de benefícios ao reeducando, não sendo necessário, portanto, a modificação posterior da data-base, em virtude do trânsito da nova condenação, o que resultaria em *bis in idem*.

Ademais, outra situação afastada pelo STJ foi a modificação do instituto em razão da prática de delito anterior ao início da execução. Segundo o tribunal superior, o fato ensejador da nova condenação não ocorreu no curso do resgate da reprimenda imposta ao reeducando, razão pela qual não poderia se modificar a data-base sob o pretexto de um novo trânsito.

Por fim, concluiu o Superior Tribunal de Justiça que o antigo posicionamento de se alterar a data-base em razão da superveniência de nova condenação configura excesso de execução, não se podendo desconsiderar o período de cumprimento de pena desde a última prisão ou desde a última infração disciplinar, seja por delito ocorrido antes ou depois do início da execução da pena.

Neste sentido, importante colacionar ao presente trabalho a ementa do julgado em análise, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. UNIFICAÇÃO DE PENAS. SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. TERMO A QUO PARA CONCESSÃO DE NOVOS BENEFÍCIOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA ALTERAÇÃO DA DATA-BASE. ACÓRDÃO MANTIDO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A superveniência de nova condenação no curso da execução penal enseja a unificação das reprimendas impostas ao reeducando. Caso o quantum obtido após o somatório torne incabível o regime atual, está o condenado sujeito a regressão a regime de cumprimento de pena mais gravoso, consoante inteligência dos arts. 111, parágrafo único, e 118, II, da Lei de Execução Penal.

2. A alteração da data-base para concessão de novos benefícios executórios, em razão da unificação das penas, não encontra respaldo legal. Portanto, a desconsideração do período de cumprimento de pena desde a última prisão ou desde a última

infração disciplinar, seja por delito ocorrido antes do início da execução da pena, seja por crime praticado depois e já apontado como falta disciplinar grave, configura excesso de execução.

3. Caso o crime cometido no curso da execução tenha sido registrado como infração disciplinar, seus efeitos já repercutiram no bojo do cumprimento da pena, pois, segundo a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, a prática de falta grave interrompe a data-base para concessão de novos benefícios executórios, à exceção do livramento condicional, da comutação de penas e do indulto.

Portanto, a superveniência do trânsito em julgado da sentença condenatória não poderia servir de parâmetro para análise do mérito do apenado, sob pena de flagrante bis in idem.

4. O delito praticado antes do início da execução da pena não constitui parâmetro idôneo de avaliação do mérito do apenado, porquanto evento anterior ao início do resgate das reprimendas impostas não desmerece hodiernamente o comportamento do sentenciado. As condenações por fatos pretéritos não se prestam a macular a avaliação do comportamento do sentenciado, visto que estranhas ao processo de resgate da pena.

5. Recurso não provido.

(REsp 1557461/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/02/2018, DJe 15/03/2018) (grifei).

Contudo, o posicionamento encontrou votos divergentes na ocasião do julgamento, principalmente se apoiando no entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal, o qual ainda sustenta a ideia de que com a condenação superveniente e a consequente unificação das penas necessária se faz a modificação da data-base para o dia do novo trânsito em julgado.

O Pretório Excelso entende atualmente que independentemente do caso em análise, a superveniência de nova condenação definitiva no transcorrer do processo de execução criminal sempre altera a data-base, para fins de concessão de novos benefícios, entendimento este firmado no *Habeas Corpus* n. 101.023/RS. Ademais, segundo o STF mesmo que não haja previsão legal acerca da matéria, a conclusão pela modificação é uma consequência necessária, ante os dispositivos que tratam sobre a unificação de penas.

Desta feita, embora a matéria tenha ganhado um novo entendimento no Superior Tribunal de Justiça, a Corte Máxima Brasileira ainda firma seu posicionamento na ideia de que a superveniência de nova condenação é razão suficiente para a alteração da data-base para o dia do novo trânsito em julgado, mesmo que isto configure uma clara lesão ao princípio da legalidade.

CONCLUSÃO

Durante toda a pesquisa monográfica buscou-se analisar, sob uma ótica ampla e diversificada, o instituto da data-base, instituído pela Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210/1984, enfatizando a fixação dos marcos iniciais para fins de progressão de regime por parte do reeducando, bem como demonstrando os recentes entendimentos dos tribunais superiores no que concerne o tema.

Diante do levantamento bibliográfico feito, por meio de pesquisas em diferentes autores, com posicionamentos diversos, bem como análises de jurisprudências, há que se concluir a inegável importância da matéria. Principalmente no dia a dia dos operadores do direito, uma vez que as questões aqui suscitadas refletem diretamente nos benefícios a serem percebidos pelos reeducandos. De modo que, magistrados, advogados e membros do ministério público devem fomentar e discutir a matéria, a fim de propiciar melhorias no tema.

Por meio do primeiro capítulo foi apresentada a evolução histórica da Lei de Execução Penal, demonstrando os diversos institutos legais anteriores à atual normativa. Além disto, foi abordado o caráter vanguardista da Lei nº 7.210/1984, apontando suas principais inovações, e levantando suas omissões. Em seguida, foi suscitado os conceitos e características concernentes ao tema, concluindo-se, por fim, pela relação da data-base com a respectiva norma legal.

Em seguida, foram apontados os termos adotados na fixação da data-base, demonstrando as distinções na execução da pena, bem como os reflexos do trânsito em julgado na delimitação da contagem inicial para a data-base. Após, abordou-se os efeitos do tema para a progressão de regime e as consequências

práticas do dia a dia. Logo em seguida, foram apresentados os princípios constitucionais aplicáveis à matéria.

Por fim, no capítulo final foram levantadas reflexões importantes sobre os direitos e benefícios do reeducando no transcorrer da execução penal. Posteriormente, tratou-se da nova condenação no curso do processo executório, com ênfase nas consequências, principalmente a alteração da data-base, abordando os posicionamentos de autores e a divergência do tema. Ao final, foram expostas jurisprudências dos tribunais superiores, como forma de demonstrar o entendimento das cortes superiores, bem como suscitar a atualidade e importância da matéria.

Portanto, esta pesquisa se encerra na expectativa de, não só propiciar uma reflexão sobre este tema, de vital importância para os operadores do direito, mas contribuir para a melhor compreensão da matéria, por meio de uma exposição lógica, breve e direta do assunto. Ademais, se espera permitir um maior entendimento do assunto e possibilitar a sua aplicação prática no dia a dia.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Rafael Damaceno de. **As prisões e o direito penitenciário no Brasil**. 2007. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3482/As-prisoos-e-o-direito-penitenciario-no-Brasil>. Acesso em: 17 mai. 2019.

AVENA, Norberto. **Execução Penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

BRASIL. **Código Penal**. In: **VadeMecumJusPodivm**. 2. ed. Salvador: JusPodvim, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. In: **VadeMecumJusPodivm**. 2 ed. Salvador: JusPodvim, 2017.

BRASIL. **Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>. Acesso em: 17 mai. 2019.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. In: **VadeMecumJusPodivm**. 2 ed. Salvador: JusPodvim, 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**: REsp1.557.461SC 2015/0234324-6. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Data de Julgamento: 22/02/2018, S3 – Terceira Seção, Data de Publicação: DJe: 15/03/2018. JusBrasil, 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/556495651/recurso-especial-resp-1557461-sc-2015-0234324-6>. Acesso em: 17 mai. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 534**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>. Acesso em: 17 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**: HC n. 101.023 RS. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 09/03/2010, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe: 26/03/2010. JusBrasil, 2019. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8452995/habeas-corpus-hc101023rs?ref=serp>. Acesso em: 17 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 35**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1953>. Acesso em: 17 mai. 2019.

CAPPELLARI, Mariana. **A data-base na execução penal**. 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/data-base-execucao-penal/>. Acesso em: 17 mai. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Execução Penal**. São Paulo: Max Limonad, 1987.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAYRINK DA COSTA, Álvaro. **Execução Penal**. 1 ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à Lei de Execução Penal**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES, Raphael Silva; RODRIGUES, Thiago Ferreira. **Reflexões sobre a obtenção de novos benefícios na execução penal**. 2016. Disponível em: <https://www.revistamisionjuridica.com/analise-do-marco-para-a-obtencao-de-novos-beneficios-na-execucao-penal-existencia-de-nova-condenacao-e-lapsos-temporais-vinculadosao-cumprimento-da-pena/>. Acesso em: 17 mai. 2019.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual da execução penal**. Campinas: Bookseller, 2001.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 8 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodvim, 2013.