

APLICAÇÃO DA DATA-BASE DA ÚLTIMA PRISÃO APÓS UNIFICAÇÃO DE PENA COMO MAIS COERENTE PARA O CUMPRIMENTO REGULAR DA PENA

Eduardo Germano Lira¹

RESUMO

Uma grande problemática existente no campo da execução penal é a indefinição sobre qual será a data-base a ser utilizada na situação em que o apenado sofre uma nova condenação, após a unificação de pena e homologação de falta grave. Devido à inexistência de previsão legal sobre o tema, visto que não é abarcado pela Lei de Execução Penal, resta à jurisprudência tratar desta temática, ao interpretar a norma e apresentar o seu entendimento, que vem sendo amplamente discutido nos Tribunais Superiores, com divergência sobre qual irá preponderar. De um lado há o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, apontando que a data-base deverá ser a da última prisão, enquanto o Supremo Tribunal Federal defende que a data-base deve ser a do trânsito em julgado da última condenação. Assim, é feita uma análise jurídica sobre o assunto, apresentando os motivos

¹ Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

E-mail: eduardoglira@yahoo.com

que sustentam a ideia de que a aplicação da data-base mais coerente com os preceitos da execução penal é a da última prisão, pois reflete diretamente nas ações praticadas pelo apenado, que não fica vinculado a uma data processual que em nada condiz com atos do apenado, sendo prejudicado assim pela ausência de celeridade da justiça brasileira, com a data-base ficando muito aquém do fato criminoso, ocasionando a transgressão de diversos princípios do campo penal.

Palavras-chave: Execução Penal. Data-base. Última prisão. Último trânsito em julgado.

1. INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, o cumprimento da pena privativa de liberdade pode ocorrer por meio de três regimes, como é previsto no Código Penal: o fechado, no qual o apenado fica custodiado por tempo integral em um estabelecimento de segurança máxima ou média; o semiaberto, quando passa a ser recolhimento em colônias agrícolas, industrial ou similar; e, por fim, o aberto, em que se cumpre a pena em casa de albergado. Dessa maneira, a Lei de Execução Penal (LEP) utiliza o benefício da progressão de regime como um artifício para facilitar a reinserção do reeducando na sociedade, realizando este procedimento de maneira gradativa.

Assim, observada a pena imposta e realizada a análise dos antecedentes criminais visando averiguar se o réu é primário ou reincidente, seja específico ou não, aplica-se a devida fração conforme determina a LEP, podendo desse modo obter as datas previstas para o alcance dos benefícios garantidos. Logo, a data inicial para ser

contabilizada como marco para se ter conhecimento de quanto tempo deverá ser cumprido da pena para alcançar regime mais brando é chamada de data-base.

Quando for caso de ter sido a primeira sentença condenatória de um indivíduo, a data-base a ser utilizada é a da sua prisão, seja ela após o trânsito em julgado, seja no decorrer da ação penal com a prisão preventiva, contando assim como pena cumprida o período que esteve preso provisoriamente. Entretanto, a discussão maior se dá quando o apenado sofre uma nova condenação, momento em que as penas são unificadas e somadas conforme previsto no art. 111² da LEP e, por consequência, a data-base sofre alteração, sendo refeito os cálculos e reiniciada a contagem para ter conhecimento das novas datas para progredir de regime novamente.

Destarte, torna-se um grande tema de debate no campo da Execução Penal a definição do novo marco inicial a ser aplicado na referida situação. Muito se discute sobre essa questão, em que um lado defende a aplicação da última prisão ou falta grave, enquanto a outra parte defende o uso da data do trânsito em julgado da última condenação.

Fato é que inexistente previsão legal expressa na legislação e por isso há um conflito sobre o que aplicar. Diante de inúmeros debates nos Tribunais Superiores, com mudanças de entendimento ao passar do tempo, chega-se nos dias atuais e observa-se o embate existente no STJ, que consolidou na 3ª Seção da Câmara Criminal a interpretação de que a data-base deve ser a última prisão ou falta grave, enquanto o STF, em decisão monocrática mais recente do Ministro Alexandre de Moraes, definiu como data-base a data do trânsito em julgado da última condenação.

Com isso, visa-se explorar com fundamentação jurídica e análise da jurisprudência o porquê do entendimento do STJ ser o mais coerente

2 Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

com preceitos legais previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro, expondo as razões para tal entender.

Em vista disso, busca-se esclarecer este ponto com a apresentação de aspectos principiológicos do direito penal e processual, ferindo diretamente o direito de ampla defesa e o princípio da proibição da reformatio in pejus indireta, assim como o respeito ao princípio *ne bis in idem*, que veda a dupla punição por um mesmo fato, o qual se evidencia quando se aplica uma data alheia à vontade do reeducando, já que o trânsito em julgado é uma data processual sendo caso de punição sobre o mesmo fato quando aplica-se a falta grave, conforme consta no art. 118³ da LEP.

2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A PROGRESSÃO DE REGIME

Quando um indivíduo é condenado por uma sentença penal, no dispositivo da decisão será determinado o regime inicial, podendo ser

3 Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:
I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;
II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).

o fechado, o semiaberto ou o aberto, respeitando o art. 33⁴ do Código Penal, que delimita os limites de pena para a aplicação do regime.

No Sistema Prisional do Rio Grande do Norte, o fechado funciona, como bem prevê a Lei de Execução Penal, com o encarceramento do preso em estabelecimento prisional, no qual permanece recolhido por período integral. Já no semiaberto, o apenado deve comparecer ao recolhimento noturno ou usar tornozeleira eletrônica, isso na ausência de Colônia Agrícola, Industrial ou Similar. Por fim, o aberto funciona com assinatura semanal na comarca de Natal, variando como será de acordo com a localidade caso inexista casa de albergado.

Logo, o cumprimento de pena funciona de maneira progressiva, reinserindo o indivíduo aos poucos na sociedade mediante a obtenção de duas condições que devem estar presentes para que ele esteja apto a ser inserido em regime mais brando. O primeiro é o requisito objetivo: o cumprimento de determinado tempo de pena no regime, tempo este que varia de acordo com o delito cometido, aplicando a porcentagem de

4 Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

(...)

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código

acordo com o art. 112⁵ da Lei de Execução Penal, que recentemente foi modificado pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime. A outra exigência é o aspecto subjetivo, no qual será avaliado o comportamento do reeducando durante a execução da pena. Analisa-se o seu histórico disciplinar tanto dentro do cárcere — com a solicitação

5 Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

do ACC (Atestado de Conduta Carcerária, previsto no art. 112, §2º) para o Diretor da Unidade Prisional, que atesta o comportamento do indivíduo —, como fora do estabelecimento prisional, verificando se o apenado responde por outros processos criminais e como se encontra sua situação atual. Além disso, o histórico de faltas graves é levado em consideração pelo magistrado no momento de concessão da progressão de regime.

Logo, após este procedimento no qual primeiramente o Ministério Público se manifestará a respeito da possibilidade da progressão de regime, e respeitando o princípio da ampla defesa e do contraditório, sendo aberto prazo *a posteriori* para a Defesa se manifestar a respeito, o Juiz da Execução Penal do local de cumprimento da sanção irá apreciar o caso, decidindo a favor ou contra a concessão do benefício executório.

3. DATA-BASE DO ÚLTIMO TRÂNSITO EM JULGADO DA ÚLTIMA CONDENAÇÃO COMO UM AFRONTE AOS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

Um indivíduo que está cumprindo pena privativa de liberdade comete um novo delito, sofrendo assim uma nova condenação. Sabendo-se da impossibilidade da coexistência de dois processos de execução penal sobre uma mesma pessoa, ocorrerá o procedimento de unificação de pena, quando será feita a somatória de penas, refazendo assim toda

6 Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

(...)

§1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

a contagem dos cálculos de alcance dos benefícios, conforme aponta o art. 111⁷ da Lei de Execução Penal.

Em seguida, será averiguado se o regime que o reeducando se encontra é compatível com a pena ou se é necessária à sua regressão, já que nem sempre ele automaticamente voltará para o fechado, cabendo a observância do art. 33 do Código Penal para que se analise a compatibilidade do regime adequado. Vale ressaltar que a somatória é realizada com o tempo de pena restante, pois uma vez cumprida a pena, esta passa a ser considerada pena extinta, não gerando mais qualquer efeito, como aponta o doutrinador Nucci:

[...] sempre que nova pena chegar, para cumprimento, na Vara de Execução Penal, será ela somada ao restante da pena e não no montante total inicial, afinal, pena cumprida é pena extinta. Com esses novos valores, decidirá o magistrado acerca do regime cabível. Ilustrando: iniciou o réu o cumprimento da pena de doze anos de reclusão, em regime fechado; por merecimento e cumprido mais de um sexto, passou ao semiaberto; depois, atingiu o regime aberto. Faltando três anos para terminar a pena, recebe-se na Vara de Execução Penal mais uma condenação de um ano de reclusão. Não será somada esta nova pena aos doze anos iniciais, mas aos três anos derradeiros. Logo, o total será de quatro anos de reclusão e não de treze anos. Por isso, pode o magistrado mantê-lo no regime aberto pois a pena a cumprir não ultrapassa quatro anos (art. 33, § 2.º, c, CP) (NUCCI, 2014, p. 277, grifo próprio).

7 Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime.

Sabendo-se que o reeducando necessitará cumprir novamente a fração da pena imposta restante no intuito de progredir novamente para o regime mais brando, em razão do cometimento de falta grave resultar na interrupção do prazo para progressão de regime, refaz-se o cálculo considerando apenas a pena restante, como bem determina a Súmula 534⁸ do STJ e o art. 112, §6^o da LEP. Destarte, é levantada a grande questão a ser debatida acerca da data que seria utilizada com o propósito de obter o tempo exato para o alcance do benefício.

Logo, é nesse instante que se inicia a discussão sobre a aplicação da data-base nessa situação, pelo fato de não haver previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, existindo assim dois entendimentos bem distintos sobre a temática, sendo o uso do dia da última prisão ou falta grave, ou do trânsito em julgado da última condenação ou falta grave, o que for posterior. Com isso, a posição atual do STF é a segunda tese apresentada, sendo ratificada recentemente em decisão monocrática do Ministro Alexandre de Moraes na decisão do Recurso Extraordinário com Agravo 1.259.455, julgada no dia 09/03/2020, e em julgados anteriores do Ministro Luiz Fux no Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 135.826, transitada em julgado no dia 26/05/2017, e ainda pode-se citar decisão do RHC 121.849 de 22/04/2014 de relatoria do Ministro Dias Toffoli, em que todos os

8 Súmula 534-STJ: A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração.

9 Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

(...)

§ 6º O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente.

juízes julgados defenderam o entendimento de que deve ser aplicada a data do último trânsito em julgado.

Todavia, o STJ não compartilha da mesma tese, possuindo inclusive entendimento pacificado de que, após uma nova condenação, a data-base deve ser a da última prisão, sustentando seu posicionamento na transgressão de princípios do direito penal, ainda mais quando se trata de discussão jurídica que não há expressa previsão legal. Dessa forma, em meio a conflitos de teses jurídicas, é imprescindível realizar uma análise sobre a questão para melhor compreensão dos posicionamentos que estão sendo bastante discutidos.

No tocante ao uso da data-base como a do trânsito em julgado da última condenação, como vem entendendo e decidindo o STF, a sua aplicação vai de encontro a diversos princípios do Direito Penal e Processual Penal, desrespeitando o processo de execução penal ao fazer uso de uma data processual que em nada se relaciona com o comportamento e ações do apenado.

Até porque não é feita uma diferenciação entre o momento do fato delituoso, empregando o trânsito em julgado da última condenação em qualquer circunstância, seja o crime cometido durante o cumprimento de pena ou antes de seu início.

Logo, como devem ser considerados contextos diferentes, é essencial fazer essa diferença, haja vista que nem ao menos será considerado reincidente, como prevê o art. 63¹⁰ do Código Penal, considerando que o fato do delito ocorreu antes de a primeira condenação ter transitado em julgado. Com isso, uma alteração na data-base se mostra insustentável, restando o procedimento de somatória das penas, pena restante com a nova pena, já que só é possível a existência de um único processo de execução penal.

10 Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Assim, sabendo que o processo de execução penal tem por finalidade fiscalizar o cumprimento regular da pena, deve-se apenas atentar aos atos após o seu início, considerando-se uma incoerência prejudicar o apenado por atitudes cometidas antes mesmo de ter iniciado o cumprimento de pena.

Ao tratar de contexto diverso, quando o cometimento do fato criminoso foi realizado com o indivíduo cumprindo ainda pena por outro delito anterior, a situação é outra, sendo aplicada uma falta grave que acarretará uma mudança da data-base e, a depender do caso, regressão de regime.

Não basta apenas citar superficialmente o equívoco existente ao aplicar o entendimento do STF. É necessário entender e compreender o porquê de ela ser, através de argumentação jurídica e apontamentos do direito dentro do ordenamento jurídico, mostrando de que modo os princípios do direito penal são desrespeitados e ignorados em prol de uma interpretação punitivista. Logo, essas transgressões serão descritas ao longo do trabalho para uma melhor compreensão da temática, sempre correlacionando a sua conceituação com a conjuntura da execução penal no que concerne à alteração da data-base quando o preso sofre uma nova condenação.

Inicialmente, será tratado do princípio do *ne bis in idem*, sendo conceituado como a vedação da dupla punição pelo mesmo fato, como bem elenca o jurista Carlos Rodolfo Fonseca Tigre Maia:

A expressão *ne bis in idem*, quase sempre utilizada em latim, em sua própria acepção semântica já impõe de imediato que se esclareça o que (*idem*) não deve ser repetido (*ne bis*). Nessa linha, provisoriamente pode-se antecipar que sua utilização jurídica, por via de regra, é associada à proibição de que um Estado imponha a um indivíduo uma dupla sanção ou um duplo processo (*ne bis*) em razão da prática de um mesmo crime (*idem*). No coração mesmo de sua assimilação normativa parece encontrar-se o intuitivo reconhecimento da existência de uma comezinha

noção de equidade que torna inaceitável, quando menos por incoerente, que alguém receba mais de uma punição pela mesma infração penal ou que sofra mais de uma vez com as inevitáveis agruras de um processo criminal. (MAIA,2005, p. 27)

Com isso, observa-se que, para um acontecimento, há um único julgamento e consequentemente uma única pena, evitando e reprimindo a eventualidade de ocorrer casos em que tramitam dois processos penais sobre um mesmo crime.

Logo, coibindo a dupla incriminação, gera-se uma segurança jurídica ao indivíduo, bem como se limita a atuação do Estado, evitando a renovação permanente sobre evento.

Trazendo para o campo da execução penal, nota-se que o apenado já sofre sanção pelo cometimento de um novo crime, ao ser configurado como uma falta grave e assim reiniciada a contagem para progressão de regime. Dessa maneira, uma nova modificação para uma data puramente processual que não possui relação com qualquer ato do reeducando se mostra claramente uma dupla punição sobre um mesmo evento.

Para uma melhor compreensão das consequências no ordenamento jurídico com o uso da data-base do trânsito em julgado da última condenação, é necessário analisar a seguinte situação: no julgamento da ação penal à que um réu responde, este, que possui um processo de execução penal em curso por já cumprir pena, o seu advogado ou defensor público, insatisfeito com a decisão proferida no Juízo de primeiro grau, resolve interpor uma apelação para a segunda instância visando ao menos diminuir a pena com a desconsideração de uma qualificadora.

Pois bem, a defesa não obteve êxito no seu recurso, e a decisão do Juízo a quo foi mantida, gerando a certidão de trânsito em julgado logo em seguida.

Diante do cenário, observa-se que, nesse caso, o indivíduo foi prejudicado por fazer uso do princípio da ampla defesa, uma vez que

quanto mais prolongar o trânsito em julgado, mais distante será a data-base e conseqüentemente o alcance dos benefícios executórios. Nesse quadro, há uma limitação da defesa do acusado, pois quando é aberta a possibilidade do uso deste instrumento processual para modificar a decisão judicial, abre-se margem para apenas fazer uso em prejuízo do réu, perspectiva que beira o absurdo.

Uma compreensão melhor dos princípios da ampla defesa e da vedação da *reformatio in pejus* mostrará as conseqüências da aplicação da data-base do último trânsito em julgado, já que o seu uso gera infrações de princípios básicos do direito penal.

De início, o princípio da ampla defesa é previsto na própria Constituição Federal, especificamente no art. 5º, inciso LV¹¹, sendo bem trabalhado pelo doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

Ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. Encontra fundamento constitucional no art. 5º, LV. Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal. (NUCCI, 2011, p.86)

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

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Assim, nota-se que a ampla defesa é um princípio bastante amplo, que versa sobre a plenitude de defesa em prol da acusação, estando relacionado diretamente com o direito ao contraditório ao garantir que todas as partes sejam ouvidas e que tanto o réu como o autor possuam os mesmos direitos e deveres.

Aprofundando para um ponto mais específico, podemos falar da *reformatio in pejus*, isto é, a vedação de decisão em segundo grau que prejudique o réu quando apenas a defesa interpõe apelação, possuindo previsão legal no próprio CPP, especificamente no art. 617¹², sendo destrinchado por diversos juristas brasileiros, como é possível observar em artigo de Salvador José Barbosa Júnior e Tatiana Capochin Paes Lemes:

De fato, é inadmissível que a situação do condenado seja piorada em decorrência de interposição de recurso voluntário unicamente da defesa, até mesmo em homenagem à regra *tantum devolutum quantum appellatum*, circunstância que enaltece a natureza acusatória do processo penal, o qual também está evidentemente estribado no princípio *nemo iudex sine actore*. Ademais, “a vingar entendimento diverso, ficariam os réus temerosos de fazer uso da apelação, nada obstante o trânsito em julgado para a Acusação, com receio de a 2ª instância agravar-lhes a situação processual. Essa intimidação funcionaria como um freio, impedindo a interposição de apelo pela Defesa. (BARBOSA JÚNIOR; LEME, 2008, p. 86)

Mantendo esse mesmo pensamento, mostra de maneira evidente a inibição ao princípio da dupla jurisdição como consequência

12 Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.

indireta da vedação de apelações exclusivas da defesa virem prejudicar o réu:

O princípio da vedação à *reformatio in pejus* na apelação criminal, portanto, está inserido no contexto do devido processo legal, pois a possibilidade de o réu recorrer e, por consequência, obter decisão em 2ª instância mais severa do que a proferida em 1º grau de jurisdição serviria como verdadeiro desestímulo ao exercício do duplo grau de jurisdição. Efetivamente, a ordem constitucional assegura a todos o direito ao devido processo legal, garantidos o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. E um dos consectários lógicos desse direito individual é o exercício ao direito de se insurgir contra as decisões desfavoráveis, porquanto a irrisignação é componente da essência humana, além do que a revisão das decisões judiciais possibilita a mitigação de erros, pois, em sendo a jurisdição obra humana, está fadada à falibilidade. Daí por que é forçoso convir que o princípio do duplo grau de jurisdição confere maior certeza à aplicação da lei, com a proteção ou a restauração do direito porventura violado. (BARBOSA JÚNIOR; LEME, 2008, p. 86)

Logo, a vedação da *reformatio in pejus* também visa proteger o princípio da dupla jurisdição, retirando impedimentos e possíveis inibições para interposições de apelações quando há insatisfação com a sentença do Juízo *a quo*. Para fim de melhor compreensão, o princípio da dupla jurisdição pode ser compreendido como bem o definem os ilustres juristas Nelson Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

Este princípio assegura a possibilidade de revisão das decisões judiciais, através do sistema recursal, onde as decisões do juízo *a quo* podem ser reapreciadas pelos tribunais. É uma decorrência da própria estrutura do Judiciário, vazada na CF/1988 que, em vários dispositivos, atribui competência recursal aos diversos tribunais do país. (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 84)

Assim, é possível perceber a quantidade absurda de princípios feridos, os quais ao menos são levados em conta quando se decide aplicar o trânsito em julgado da última condenação como data-base, possuindo intuito de punir o apenado.

Além destes, há de se falar ainda em mais princípios que foram desrespeitados, como o princípio da individualização da pena, previsto legalmente no art. 5º, inciso XLVI¹³ da Constituição Federal.

Portanto, verifica-se a sua existência nos planos legislativo, judiciário e executório, este último que será trabalhado por se relacionar com a temática do trabalho. Neste ponto, a individualidade está presente quanto aos benefícios executórios e fiscalização do cumprimento, como previsto no art. 5º¹⁴ da Lei de Execução Penal.

Fica evidente uma premissa básica da execução penal, que atua como parâmetro para as demais questões que estiverem relacionadas com o cumprimento regular da pena, no qual, no quadro exposto, a sanção ocorre com a homologação da falta e alteração da data-base para a data do fato delituoso. Destarte, o que deve ser avaliado e apurado são

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

(...)

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

14 Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

as condutas do reeducando, variando de acordo com o caso concreto, como bem aborda o doutrinador Guilherme Nucci:

O princípio constitucional da individualização da pena (...)desdobra-se em três etapas: individualização legislativa, individualização judiciária e individualização executória. A individualização executória é fundamental para o contexto da pena, pois a sua concretização, na sentença condenatória, é somente o primeiro passo para o réu. O cumprimento, desdobrado em inúmeros fatores de progresso e regresso, jamais deve ser padronizado; ao contrário, espera-se a mais adequada individualização possível. A pena estabelecida, com trânsito em julgado, não é um título definitivo. Sujeita-se ao comportamento do sentenciado ao longo de seu desenvolvimento (NUCCI, p. 338).

Relacionando com a implementação da data-base após nova condenação, observa-se que esta modificação deve ocorrer para o dia de um fato que tem relação direta com as ações do reeducando, dado que somente assim respeitaria o princípio da individualização da pena no âmbito executório. Conclui-se então que a aplicação de uma data processual que em nada se correlaciona com condutas do preso estaria fatalmente ferindo um dos princípios constitucionais que regem o direito processual penal e a execução penal.

Isto posto, em meio a cenário que não possui previsão legal regulamentando esta questão, a alteração da data-base após uma nova condenação vem sendo decidida pela jurisprudência, que vem apresentando entendimentos conflituosos na questão, controvérsia esta que chegou nos Tribunais Superiores com o STF e o STJ, os quais apresentam teses opostas.

4. CONFLITO DE DECISÕES DO STJ E STF

Em meio ao conflito existente entre os Tribunais Superiores, o STF vem defendendo nas suas decisões que, observado o art. 118¹⁵ da Lei de Execução Penal, especificamente o inciso II, em que se trata da hipótese de nova condenação para a regressão de regime, alinhado com o art. 111¹⁶ da mesma Lei, a data-base será alterada para o trânsito em julgado da última condenação, uma vez que é neste momento que o réu é dado como culpado e não é mais possível discorrer sobre o assunto.

Logo, pelo princípio da presunção de inocência, somente será declarado culpado quando a sentença transitar em julgado, conforme previsão do art. 5º, LVII¹⁷ da Constituição Federal:

Com isso, a aplicação do princípio vem sendo feita de maneira a prejudicar o apenado, conferindo finalidade diversa da que foi proposta. Dessa maneira, não há uma diferenciação entre o crime ter sido cometido antes ou depois do início da execução penal.

15 Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime. (grifo próprio)

16 Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

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

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Deve-se apontar ainda que uma nova condenação penal implica alteração da data-base, e como a unificação de penas gera a regressão de regime, seguindo a lógica, a data-base deve ser modificada também como consequência, pois seria incongruente regredir de regime sem alterar o marco inicial da contagem dos benefícios executórios.

O STJ já não discute mais sobre este tema, haja vista ter sido pacificado o entendimento na 3ª Seção, na proposta de afetação do Resp nº 1.753.312¹⁸ e Resp nº 1.753.509¹⁹, de que a data-base após uma nova condenação deve ser a da última prisão, gerando o Tema Repetitivo de nº 1006²⁰, fundamentado no sentido de que a regressão de regime não é consequência instantânea da somatória de penas, avaliando o regime adequado após a unificação, já que inexistente previsão legal expressa sobre isso.

Além do mais, no voto do Ministro Rogério Schietti Cruz, é feita uma crítica à aplicação do uso da data do último trânsito em julgado da última condenação, uma vez que se sustenta apenas na regressão de regime, gerando uma forte incongruência ao acarretar uma discrepância

18 RECURSO ESPECIAL. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. 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.

19 RECURSO ESPECIAL. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. 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.

20 A unificação de penas não enseja a alteração da data-base para concessão de novos benefícios executórios.

de tempo cumprido entre um apenado que já tivesse progredido de regime após sofrer outra sanção penal e outro que estivesse ainda no regime mais gravoso, o que fere diretamente o princípio da individualização da pena.

Veamos a situação hipotética em que o preso A incorre no mesmo tempo de pena que o preso B. Eles possuem, assim, a mesma porcentagem para fins de progressão, atingindo o regime mais brando cumprindo o mesmo tempo de pena. Todavia, consideremos que A já se encontra no semiaberto, enquanto B está no fechado, pelo fato de ter iniciado depois o cumprimento de pena. Todavia, ambos respondem ainda por uma ação penal, transitada em julgado quando ambos já possuíam uma execução penal ativa.

Assim, o reeducando A, que já se encontrava no semiaberto, sofre a regressão de regime, alterando a data-base, enquanto B, que ainda estava no fechado, não declina de regime, uma vez que já está no mais gravoso, e continua a cumprir sua pena. Portanto, o que se conclui deste caso é o fato de A ter passado mais tempo no regime fechado quando comparado com B simplesmente por ter iniciado anteriormente o cumprimento de sua pena.

Trata-se ainda de possibilidade diversa, quando o apenado comete um crime durante a execução penal, momento em que é realizada uma análise minuciosa pelo ministro. Inicialmente, faz-se uso da Súmula 526²¹ do STJ para expor entendimento consolidado do Tribunal de que não é necessário aguardar o trânsito em julgado da sentença penal para reconhecer falta grave praticada devido a um crime doloso, concluindo que o cometimento de delito doloso é caracterizado como falta grave.

Desse modo, reconhece-se uma gama de outros efeitos que devem ser levados em conta, como bem é apontado no voto:

21 Súmula 526-STJ: O reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato. STJ. 3ª Seção. Aprovada em 13/05/2015, DJe 18/05/2015.

Com efeito, no que tange aos consectários decorrentes do reconhecimento da falta grave, ressalte-se que a Lei de Execução Penal estipula como um dos seus vetores o mérito do apenado, cuja avaliação se realiza com base no cumprimento de seus deveres (art. 39), na disciplina praticada dentro do estabelecimento prisional (art. 44) e, por óbvio, do comportamento observado quando em gozo dos benefícios previstos na aludida norma de regência, quais sejam, o trabalho externo (arts. 36 a 37), as saídas temporárias (arts. 122 a 125), o livramento condicional (art. 131), a progressão de regime (art. 112), a anistia e o indulto (arts. 187 a 193).

Mantendo esta linha de pensamento, considera-se também a Súmula 534²² do STJ, que define a prática de falta grave como ato que interrompe contagem de prazo para alcançar regime mais benéfico, reiniciando no dia do exercício da infração. Logo, como cometer um novo crime doloso é previsto como falta grave, a data-base deve ser modificada para a da última prisão ou falta grave.

Por fim, a mudança de data-base para a do trânsito em julgado é caracterizada como *ne bis in idem*, uma vez que sofreria uma nova alteração do marco inicial sobre um mesmo evento, sendo claramente um flagrante constrangimento ilegal.

Já quando o crime é praticado antes da execução, a data-base nem é alterada, haja vista que foi um fato cometido antes do início da execução penal. Logo, um acontecimento de antes mesmo de ter começado a cumprir a pena não pode ser utilizado como parâmetro para avaliar o comportamento do reeducando, desconsiderando-se a guia de execuções provisórias ao reiniciar o começo da contagem para alcance dos benefícios executórios.

22 Súmula 534 STJ - A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração.

5. CONCLUSÕES

Em meio a diversas discussões do âmbito jurídico, no qual o entendimento nos Tribunais sofreu certas mudanças, é fato que há insegurança jurídica sobre qual data-base a ser aplicada após uma nova condenação ao existir uma dualidade entre o trânsito em julgado da última condenação e a última prisão. Atualmente, o STF vem defendendo a primeira tese, enquanto o STJ já encerrou qualquer discussão a mais sobre o tema, chegando a pacificar o entendimento na 3ª Seção sobre a segunda opção.

E tudo isso é nada mais que um reflexo da fragilidade da legislação, que se mostra uma lei bastante teórica, possuindo certas lacunas ao deixar de abordar aspectos bastante relevantes. Nem mesmo a Lei 13.964/2019, mais conhecida como Pacote Anticrime, foi capaz de encerrar este debate, já que não trabalhou essa temática, deixando passar uma oportunidade ímpar para enfim encerrar esse debate jurídico.

Com isso, resta a análise e interpretação jurídica da Lei de Execução Penal, especificamente dos art. 111 e art. 118, que tratam da regressão de regime, juntamente com os demais princípios que regem o Direito Penal e Processual Penal no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa maneira, a interpretação que se mostrou mais coerente com o ordenamento jurídico e com a execução penal em si foi a aplicação da data-base da última prisão.

O que sustenta essa afirmação é a gama de princípios que são violados com o uso da data-base, como vem defendendo o STF em decisões monocráticas dos seus ministros, citando o princípio *ne bis in idem*, princípio da individualização da pena, princípio da legalidade, princípio da ampla defesa e contraditório, presença do *reformatio in pejus*, sempre associando-os com a problemática em questão. Outrossim, mostra-se uma afronta à Execução Penal o uso de uma data processual que em nada se relaciona com as ações e comportamento do apenado, que deveriam ser o foco da questão.

Assim, sustentou-se o posicionamento do STJ, apresentando os principais argumentos do voto que pacificaram o entendimento, ao focar na fundamentação da decisão que levou a negar o recurso e por unanimidade formou a tese de que a unificação de pena não acarreta a alteração da data-

base. Dessarte, buscou-se ao longo do trabalho expor as razões jurídicas pelo uso da última prisão ou falta grave posterior como marco inicial para contagem de alcance dos benefícios executórios, tese que se alinha à Lei de Execução Penal e ao ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

BARBOSA JÚNIOR, Salvador José; LEME, Tatiana Capochin Paes. O PRINCÍPIO DA REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA E O DIREITO AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO TRIBUNAL DO JÚRI. **Doutrina Penal**, Rio de Janeiro, p. 85-107, dez. 2008. Disponível em: <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RJ%20374%20-%20Doutrina%20Penal.pdf>. Acesso em: 05 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Proafr nº 1.753.512. Ministério Público do Paraná. Wagner Silva de Lima. Relator: Rogério Schietti Cruz. Brasília. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/resp-1753512-unificacao-penas.pdf>. Acesso em: 06 maio 2020.

COSTA, Cícero Germano da. **O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA**. 2005. 162 f. Tese (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Puc, São Paulo, 2005. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/8403/1/Cicero%20Germano.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2020.

FONSECA, Carlos Rodolfo. **O princípio do ne bis in idem e a Constituição Brasileira de 1988**. Boletim Jurídico. Direito, Estado e Sociedade, 2018.

MIRABETE, JULIO FABRINI. **Execução Penal**: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-84, 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1996

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Individualização da Pena**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 8. ed. rev., atual. e ampl., v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2014

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. 1840 p.

APPLICATION OF DATA-BASE OF LAST PRISON AFTER UNIFICATION OF SANCTION LIKE MORE COHERENT TO REGULAR SENTENCE

ABSTRACT

A big problem existent at the penal execution is the indefiniteness about which will be the data-base that will be used at situation on what the arrested suffer a new condensation, result first in the unification in punishment and homologation of severe fault. For not existing legal forecast about the theme, since not treated in Law of Execution Penal, remaining the jurisprudence manage this subject, making the interpretation and introducing your understanding, being discussed at the highers courts, dissenting a lot about which one will be prevail. At one side, exists the position of Superior Court of Justice, pointing the data-base should be the last prison, while the Federal Court of Justice argued that

the data-base should be the res judicata of last condemnation. So, makes a legal analysis about the topic, point the reasons that support the idea that the application of data-base more coherent with the precept of penal execution is the last prison, in reason of reflect directly in actions practice for the jailed, that no dependente of a procedural data that in nothing dependes of prisoner and because of the absence speed in the brazilian justice, the data-base can stay a lot to whom criminal fact, beyond strike many of penal field principles.

Keywords: Execution Penal. Data-base. Last jail. Last res judicata

