



COMISSÃO ESPECIALIZADA EM EXECUÇÃO PENAL DO COLÉGIO
NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS GERAIS – CEEP-CONDEGE

NOTA TÉCNICA 02

ASSUNTO: A data-base na Execução Penal. Não alteração da data-base para fins de progressão quando da superveniência de condenação.

EMENTA: A Comissão Especializada em Execução Penal do CONDEGE entende que, em respeito ao Princípio da Legalidade (art. 2, da LEP), não pode haver alteração da data-base no processo de execução penal quando da superveniência da condenação. E mesmo tratando-se de fato praticado no curso da execução, não haverá modificação da data-base quando a soma das penas não altere o regime de cumprimento ou quando o condenado estava preso em caráter provisório..

ELABORAÇÃO: Irvan Antunes Vieira Filho – Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul

APROVAÇÃO: Unanimidade

ANO: 2013

Aprovada na reunião da CEEP-CONDEGE realizada na cidade de Salvador-BA no dia 26.09.2013.



NOTA Nº 02/2013/COMISSÃO ESPECIALIZADA EM EXECUÇÃO PENAL DO COLÉGIO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS GERAIS – CEEP-CONDEGE

ASSUNTO: A data-base na Execução Penal. Não alteração da data-base para fins de progressão quando da superveniência de condenação.

DA ANÁLISE E FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

1. Na execução penal, a data-base é conceitualmente definida como o marco (*dies a quo*) fixado para a contagem dos lapsos temporais para que o condenado preso implemente o pressuposto objetivo para usufruir dos direitos previsto na Lei de Execução Criminal - LEP. Em princípio, é o dia que assinala o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.¹

As normas sobre execução penal não contemplam o termo *data-base*, mas sua utilização tornou-se praxe na execução penal. Dita locução é tomada por empréstimo ao direito previdenciário e trabalhista², onde a expressão é utilizada para definir o momento em que os sindicatos podem rever, requerer, modificar ou extinguir as normas contidas nos instrumentos normativos de sua categoria, através de negociação ou ajuizamento de ação coletiva.

Na execução criminal, com o propósito de facilitar o controle da pena e o cálculo dos benefícios, a data-base passou a definir o marco pelo qual se contam os lapsos temporais previstos na LEP.

Entretanto, observa-se que a modificação desse marco (data-base) passou a ser judicialmente disseminado à margem de previsões legais claras, a ponto de que se entende, hoje, que durante o cumprimento da pena, poderão ocorrer vários eventos que modificam o dia do início da contagem (*ex vi* prática de falta grave, superveniência de condenação, progressão de regime), caso em

1 SCAPINI, Marco Antônio Bandeira. *Prática de Execução das Penas Privativas de Liberdade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 59.

2 JOÃO BATISTA MARQUES TOVO, quando do julgamento do Agravo nº 70027804061 pela Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Sessão de j. 15 de janeiro de 2009.

que o sentenciado deverá implementar novos lapsos relativos ao saldo de pena remanescente para fazer jus às benesses previstas na legislação.

De regra, a alteração da data-base para fins de benefícios somente seria possível nos casos do art. 111, parágrafo único, da LEP, e art. 75, §2º, do Código Penal. Ou seja, a única situação capaz de alterar a data-base é a superveniência de condenação por crime cometido no curso do cumprimento da pena. Não se pode modificá-la ao bel prazer dos operadores do direito, pois essa postura afronta ao princípio constitucional da legalidade, que encontra quatro subdivisões bastante pontuais e definidas, sendo uma delas o da legalidade da execução – *nula executio sine lege*.³

2. A prática de falta grave durante o cumprimento da execução da pena trata-se de ponto polêmico, tendo em vista que esta consequência não está prevista na LEP. A falta grave não deveria trazer consequências diversas da prevista em lei.⁴ Não poderia, portanto, ser alterada a data-base para todos os benefícios, mas somente nas hipóteses em que houver previsão legal.⁵

2.1. Contudo, atualmente, predomina no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a prática de falta grave no curso da execução da pena privativa de liberdade enseja em alteração da data-base para fins de progressão de regime. A regressão ao regime mais gravoso implica termo inicial para voltar-se a progredir no regime de cumprimento da pena. Ante o princípio da legalidade, essa óptica não pode ser estendida a benefícios diversos, em relação aos quais a Lei de Execuções Penais mostra-se silente.⁶

3 CHAGAS, José Ricardo. *Direito da Execução Penal: nova interpretação e novos comentários à Lei 7.210*. Bahia: Jus Literarum, 2012, p.20

4 Como a revogação (a) do trabalho externo (art. 37, parágrafo único); (b) das saídas temporárias (art. 125); (c) de até 1/3 da remição auferida (art. 127); (d) da monitoração eletrônica (art. 146-D, II); e a (e) regressão de regime de cumprimento de pena (artigo 118, I); a (f) conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade (art. 181 §1º, alínea “d”); a (g) possibilidade de inclusão em regime disciplinar diferenciado (art. 52); e a (h) suspensão ou restrição dos direitos – (art. 53, III c/c artigo 41, parágrafo único).

5 TJRS, Agravo em execução nº 70047063045, Desembargador Nereu Giacomolli. No mesmo sentido, HC 123449/RS.

6 HC 109.389, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 6-11-2012, Primeira Turma, DJE de 10-12-2012.

O entendimento da Terceira Seção da Corte Superior de Justiça, firmado por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência 1.176.486/SP, é o de que a prática de falta disciplinar de natureza grave deve determinar a interrupção do prazo para a concessão de progressão de regime, mas não se aplica para a aquisição de livramento condicional, indulto ou comutação, haja vista a falta de previsão legal (STJ, HC nº 243.106/RS). Ou seja, tais interrupções não se operam quanto aos benefícios da comutação ou indulto, quando a decisão homologatória da falta grave não contiver referência expressa àquela consequência, não cabendo a menção genérica, sob pena de afronta ao princípio constitucional da legalidade. Os requisitos objetivos do benefício do livramento condicional são regidos pelo art. 83 do Código Penal, não subsumindo sua data-base ao cometimento de falta grave preconizada na Lei de Execuções Penais (Súmula nº 441/STJ) (HC 174.588/RS).

3. Além disso, no curso da execução criminal é comum que **novas condenações**, por fatos anteriores ou posteriores ao início do cumprimento de pena, sejam implantadas e, conseqüentemente, somadas à condenação na qual o reeducando cumpre pena. Assim, na execução, as penas privativas de liberdade impostas no mesmo processo ou em processos distintos, para estabelecimento do regime e do tempo de cumprimento, devem ser somadas sempre que a hipótese não ensejar unificação (art. 111 da LEP). A unificação ocorre quando for ultrapassado o limite de 30 (trinta) anos (art. 75, caput, do CP) ou quando for reconhecida a continuidade delitiva pelo juízo da execução (art. 71 e parágrafo único do CP).⁷

Diante deste cenário, e considerando a data da prática do fato delituoso referente à condenação a ser implantada, várias situações se apresentam, visto que além da quantidade de pena, poderão ocorrer a modificação do regime de cumprimento de pena e da data-base para fins de benefícios.

É necessário separar-se convenientemente as situações, vale dizer, quando a superveniência de condenação resulta de fato novo ou fato pretérito.

7 SCAPINI, Marco Antônio Bandeira. *Prática de Execução das Penas Privativas de Liberdade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 59.

Quando por fato novo, sem dúvida que o tempo anterior será desprezado para fins de cálculo à futura e eventual progressão; todavia, quando a nova condenação resulta de fato pretérito à execução em curso, a situação é distinta e o lapso temporal já cumprido não pode ser desprezado.⁸

3.1. Em caso de implantação de **condenação por fato anterior** ao início de cumprimento de pena, entendemos inviável a alteração da data-base por inexistência de previsão legal, tendo em vista que somente a superveniência de condenação por delito cometido no curso do cumprimento da pena é capaz de alterar a data-base para fins de benefícios (arts. 111, par. único, da LEP, e 75, §2º, do CP).

Destarte, em respeito ao princípio da legalidade (art. 2º da LEP), não pode haver alteração da data-base no processo de execução criminal quando da implantação de condenação por fato praticado anteriormente ao início do cumprimento da pena. Isso porque, evidentemente, o apenado não pode ser prejudicado pela demora do Estado em julgar um processo criminal.

Explicamos. O normal seria que os julgamentos dos processos seguissem a ordem cronológica dos delitos. Todavia, como a realidade judiciária é diversa, alguns processos, inobstante tratem de delitos praticados em data anterior a de outros, se arrastam por anos e terminam bem mais tarde que os processos que se iniciaram preteritamente. Assim, a demora no julgamento de um delito não pode ensejar em prejuízo para o detento. Apenas a condenação por fato posterior ao início da execução da pena, autoriza a alteração da data-base para a concessão de benefícios.⁹

3.2. No que tange a **superveniência de condenação** por delito cometido no curso da execução da pena privativa de liberdade, é largamente aceito que, neste caso, ocorra a alteração da data-base, pois extrai-se essa consequência do art. 111, parágrafo único, da LEP, e art. 75, §2º, do CP.

8 KUEHNE, Maurício. *Lei de Execução Penal Anotada*. 12ª ed. - Curitiba: Juruá, 2012, p.351.

9 Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 70046766820, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 23/03/2012.

Entretanto, há hipóteses em que, mesmo com a implantação no processo de execução criminal de condenação por fato praticado no curso da execução da pena, não deve haver a modificação da data-base.

3.2.1. A primeira ocorre quando a soma das penas não altera o regime de cumprimento da pena, como fundamento na própria interpretação do art. 111, parágrafo único, da LEP.

O dispositivo legal citado apenas determina que sobrevindo condenação no curso da execução o regime de cumprimento de pena dar-se-á com a soma da pena ao restante da que está sendo cumprida. Malgrado, não havendo modificação do regime de cumprimento de pena, não há que se falar em alteração da data-base para fins de benefícios.

Nota-se que com a nova condenação a situação carcerária do apenado já é alterada, pois após a soma desta modificam-se todos os prazos para concessão dos benefícios (parágrafo único do art. 676 do CPP). É que “quando a somatória das penas não ultrapasse os limites temporais do §2º do art. 33 do Código Penal, outro entendimento não resta senão a manutenção do regime no qual se encontre o condenado. Estamos falando de condenação superveniente, mas por fato pretérito à execução em curso. O tempo da pena cumprido não pode ser desprezado.”¹⁰

A alteração da data-base para a concessão de novos benefícios ao apenado decorre da regressão de regime prisional, nos termos do art. 118 da LEP. Assim se unificada a pena após a superveniência de nova condenação criminal, não implica regressão de regime, descabida a alteração da data-base. Por sua vez, se da unificação decorre a regressão para regime mais rigoroso, a nova data-base deverá ser a data do trânsito em julgado da nova condenação e não a da implantação da condenação no sistema, pois o apenado não pode ficar sujeito à morosidade cartorária.¹¹

3.2.2. Outra circunstância que merece reflexão diz com a mudança da data-base por superveniência de condenação, quando o preso, no âmbito da

10 KUEHNE, Maurício. *Lei de Execução Penal Anotada*. 12ª ed. - Curitiba: Juruá, 2012, p.353.

11 Agravo nº 70037111887, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Danúbio Edon Franco, Julgado em 28/07/2010.

execução, deixa de usufruir regime mais brando por estar preso no provisório posteriormente implantado, hipótese em que não haveria lógica em interromper a curso dos lapsos temporais, mudando a data-base, até mesmo porque não haveria como detrair o referido período.

3.3. Não obstante, os tribunais superiores, em especial o Superior Tribunal de Justiça, vêm entendendo que a superveniência de condenação no curso da execução criminal, seja por fato anterior ou posterior, interrompe o lapso temporal para a concessão da progressão de regime, estabelecendo como novo marco para cálculo do benefício a data do trânsito em julgado da decisão condenatória (STJ, HC 208.144/MG, HC 102492, RHC 30256).

A jurisprudência da referida Corte firmou-se no sentido de que sobrevindo nova condenação no curso da execução, a contagem do prazo para a concessão de benefícios é interrompida e passa a ter como parâmetro a pena restante unificada, considerando-se como termo inicial para a contagem do período aquisitivo a data do trânsito em julgado da nova condenação, não importando se o delito é anterior ou posterior ao início da execução penal (HC 205.401/RS).

A motivação mais usual, além da “lógica do sistema”, é a de que a superveniência da nova condenação modifica o prazo para a concessão dos benefícios, que passa a ser calculado a partir do somatório das penas que restam a ser cumpridas - art. 75, § 2º, do Código Penal (STJ, HC 240569/MT).

Conjugando esse com o entendimento, também consolidado no sentido de que é desnecessário o trânsito em julgado da condenação do novo delito para que se reconheça a falta disciplinar grave (HC 268220/RS), pode ocorrer situações absurdas como a de o mesmo fato implicar dupla modificação da data-base: prática da falta disciplinar (data do crime doloso) e posterior trânsito em julgado da condenação pelo referido fato.

Pelo menos, o STJ vem entendendo equivocado fixar como data-base aquela em que foi decidida a unificação (HC 208.144/MG, RHC 30256/MG).

4. A data-base também pode ser modificada quando do deferimento da progressão do regime fechado para o regime semiaberto, oportunidade em que a sistema socorre que seja registrada como marco para nova progressão,

o dia em que o preso implementou o requisito objetivo, e não a data da efetiva progressão.

Tal questão, de forma alguma, apresenta-se como novidade na doutrina e jurisprudência pátria, que argumenta com a impossibilidade de o preso suportar o prejuízo advindo da demora na prestação jurisdicional que não deu causa, visualizando a situação como forma de compensação pelo excesso de execução que lhe foi imposta.

Para os presos que iniciam o cumprimento da pena em regime fechado a definição da data de progressão para o regime semiaberto é bastante simples. Para a passagem ao regime aberto, entretanto, há um novo fator complicador: demarcar, a partir de quando começaria a contagem da segunda fração. Duas soluções mostram-se possíveis: uma seria considerar a data de fato em que os requisitos foram satisfeitos; a outra, ater-se à data em que o poder judiciário reconheceu o direito... O sentenciado conquista o direito à progressão quando cumpre a fração de pena exigida e apresenta bom comportamento carcerário. A partir desse momento, cada segundo que passa no regime mais rigoroso constitui lesão, causada por quem executa a sua pena... O novo papel que o preso exerce na execução penal é suficiente para deslegitimar a tese de que para alcançar o regime aberto, deve-se cumprir um sexto da pena restante, quando passou ao semiaberto, mesmo que com atraso... Ressalte-se, ainda, que o uso da data da conquista do direito como marco não significa simplesmente menos tempo no regime semiaberto, mas também que já se passou mais tempo do que o devido, no regime fechado. Não haveria nenhum abrandamento da sanção, que, na verdade, continuaria mais gravosa que a prevista em lei. Existiria apenas minimização do dano, enquanto a tese oposta importaria no seu aumento.¹²

Assim, deferido o benefício em data posterior ao tempo mínimo exigido, nada obsta que o tempo excedente seja utilizado na avaliação da próxima progressão. Se o preso, embora não tenha cumprido o mínimo da pena a partir da data da última progressão, já cumpriu esta mesma fração

12 XIMENES, Rafson. *Progressão por Salto e racionalidade*, publicada na excelente obra *“Redesenhando a Execução Penal: a superação da lógica dos benefícios*. 2010, Editora JusPodivm, p. 210.

considerando o tempo de permanência indevida no regime anterior, por culpa exclusiva do Estado, terá como atendido o requisito objetivo para progredir para o regime aberto (STJ, HC nº 171.680 – SP). Não tendo o apenado dado causa à demora na prestação jurisdicional, o marco inicial para a concessão da progressão de regime deve retroagir à data em que o reeducando preencheu os requisitos necessários, e não ser fixada a data do próprio *decisum*, como forma de compensação pelo excesso de execução que lhe foi imposto, devendo esse excesso ser considerado como tempo cumprido no novo regime.¹³

5. Em conclusão, apura-se que embora a execução penal esteja vinculada ao princípio da legalidade, o Poder Judiciário vêm admitindo a modificação da data-base em hipóteses não previstas na Lei de Execução Penal.

A data-base, quando muito, somente poderia ser modificada com a superveniência de condenação por crime praticado no curso do cumprimento da pena privativa de liberdade (inteligência dos artigos 111, parágrafo único, da LEP e 75, §2º, do CP), e, ainda assim, se importa em regressão de regime e necessariamente não estava o condenado preso provisório pelo referido processo.

No entanto, vem prevalecendo entendimentos restritivos, no sentido de que esta poderá ser alterada com a prática de falta grave e com a implantação no processo de execução criminal de condenação por delito cometido antes ou depois ao início do cumprimento de pena.

Assim, necessário que o assunto – data-base – seja urgentemente regulamentado pelo legislador brasileiro.

Salvador-BA, 26 de setembro de 2013.

Irvan Antunes Vieira Filho
Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul

13 TJMG, Proc nº 1.0000.09.489661-0/001, Des. Rel. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS, julg. 28/04/2009 e publ. DOMG 17/06/2009.