XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

MAGNO FEDERICI GOMES

CLAUDIA LUIZ LOURENCO

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Magno Federici Gomes

Claudia Luiz Lourenco – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-792-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

O XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado em Goiânia/GO, nos dias 19 a 21 de junho de 2019, foi promovido em parceria com o Programa de Pós-graduação em Direito e Políticas Públicas (PPGDP) da Universidade Federal de Goiás (UFG), tendo como tema geral: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo.

Este livro é derivado da articulação acadêmica, com o objetivo de transmissão do conhecimento científico, entre o CONPEDI, o PPGDP/UFG e docentes e pesquisadores de diversos Programas de Pós-graduação "stricto sensu" no Brasil e no exterior, com vínculo direto com seus respectivos projetos e Grupos de Pesquisa junto ao CNPQ.

O grupo de trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I, teve bastante êxito, tanto pela excelente qualidade dos artigos, quanto pelas discussões empreendidas pelos investigadores presentes. Foram defendidos dezenove trabalhos, efetivamente debatidos e que integram esta obra, a partir dos seguintes eixos temáticos: garantismo e novas perspectivas do Direito e Processo Penal; prisão provisória e colaboração premiada; presunção de não culpabilidade e execução provisória de pena; sistema carcerário brasileiro e execução definitiva de pena; e gênero e Direito Penal.

No primeiro bloco, denominado garantismo e novas perspectivas do Direito e Processo Penal, iniciaram-se os trabalhos com textos de análise sobre a formulação do novo Código de Processo Penal brasileiro através de racionalidades (não)garantistas e a teoria de Luigi Ferrajoli; adoção da justiça restaurativa nos Juizados Especiais Criminais como caminho para um Direito Penal mínimo; realidade e perspectivas garantistas da audiência de custódia; análise econômica da perda alargada; a discussão da caracterização do tipo penal assédio sexual comparativamente a outras figuras típicas ofensivas à dignidade sexual; e a análise do "efeito censura" no caso Góes.

No segundo eixo, chamado prisão provisória e colaboração premiada, apresentaram-se quatro artigos científicos, iniciando-se com a (in)compatibilidade da prisão temporária com o direito fundamental que veda a autoincriminação compulsória; passando-se à teoria dos jogos aplicada ao processo penal, que abordou a colaboração premiada como mecanismo de barganha; analisou-se o papel da delação premiada na reconstrução de um novo Estado

Democrático de Direito e sua vinculação aos Direitos Humanos; e abordaram-se críticas acerca da efetividade do instituto da colaboração premiada a partir do neoliberalismo.

Na terceira fase temática, presunção de não culpabilidade e execução provisória de pena, o primeiro trabalho estudou as semelhanças e diferenças da presunção de inocência no Brasil e nos Estados Unidos da América; a seguir analisou-se a garantia convencional da presunção de inocência e a execução antecipada da pena; e o terceiro trabalho, por sua vez, tratou da prisão após condenação em segunda instância como violação de direito fundamental.

No quarto conjunto, sistema carcerário brasileiro e execução definitiva de pena, examinou-se o sistema carcerário brasileiro: o estado de coisas inconstitucional e a responsabilidade civil do Estado frente as violações de direitos humanos; indagou-se sobre a privatização das penitenciárias públicas, à luz dos conceitos de Estado em Michel Foucault; encerrando-se com a discussão sobre a data-base para progressão de regime com o advento de nova condenação no curso da execução penal.

No derradeiro bloco, que versou sobre e gênero e Direito Penal, discutiu-se o novo cenário da prisão domiciliar da mulher no ordenamento jurídico processual brasileiro após decisão do Supremo Tribunal Federal e da Lei n. 13.769/2018; mulheres em situação de cárcere e a importância da aplicação de um paradigma feminista; e, por fim, a descriminalização do aborto e o ativismo judicial: a proteção dos direitos fundamentais da mulher.

Como conclusão, a Coordenação sintetizou os trabalhos do grupo, discutiu temas conexos e sugeriu novos estudos, a partir da leitura atenta dos artigos aqui apresentados, para que novas respostas possam ser apresentadas para os problemas que se multiplicam nesta sociedade de risco líquida.

A finalidade deste livro é demonstrar estudos, debates conceituais e ensaios teóricos voltados à cidadania, à segurança jurídica, ao Direito e Processo Penal, e ao Direito Constitucional, nos quais a multidisciplinaridade, em suas várias linhas de pesquisa, serão empregadas para expor os temas e seus respectivos problemas. Objetiva-se, ademais, ampliar as reflexões e discussões sobre a pesquisa realizada sob diversos posicionamentos, posto que as investigações não se encontram totalmente acabadas.

Na oportunidade, os Coordenadores agradecem a todos que contribuíram a esta excelente iniciativa do CONPEDI, principalmente aos autores dos trabalhos que compõem esta coletânea de textos, tanto pela seriedade, quanto pelo comprometimento demonstrado nas investigações realizadas e na redação de trabalhos de ótimo nível.

Gostaríamos que a leitura dos trabalhos aqui apresentados possa reproduzir, ainda que em parte, a riqueza e satisfação que foi para nós coordenar este Grupo, momento singular de aprendizado sobre os temas discutidos.

Os artigos, ora publicados, pretendem fomentar a investigação interdisciplinar com Direito Penal, Direito Processual Penal e Constituição. Assim, convida-se o leitor a uma leitura atenta desta obra.

Os Coordenadores:

Prof. Dr. Magno Federici Gomes - ESDHC e PUC Minas

Profa. Dra. Claudia Luiz Lourenço - UFG e PUC Goiás

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A DATA-BASE PARA PROGRESSÃO DE REGIME COM O ADVENTO DE NOVA CONDENAÇÃO NO CURSO DA EXECUÇÃO PENAL

THE BASE DATE FOR PROGRESSION OF REGIME WITH THE ADVENT OF NEW CONDEMNATION IN THE CRIMINAL EXECUTION COURSE

Denise Pineli Chaveiro
José Cristiano Leão Tolini

Resumo

O presente trabalho trata da questão da data-base para progressão de regime de cumprimento de pena privativa de liberdade quando no curso do cumprimento advém nova condenação por fato ocorrido antes da condenação em curso ou mesmo dela. Nessa seara, observamos a ausência normativa, uma vez que a Lei de Execução Penal não cuidou de normatizar o tema de forma expressa, desta forma coube então aos tribunais a interpretação da norma à luz dos princípios norteadores da matéria, culminando com manifestação do Superior Tribunal de Justiça em julgamento afeto aos casos repetitivos

Palavras-chave: Execução penal, Progressão, Regime cumprimento de pena, Individualização da pena

Abstract/Resumen/Résumé

The present work deals with the question of the database for the progression of the regime of private prison sentence when the course is not condemned to the condemnation by event occurred before the condemnation in course or even of her. The seara and not listed at the last law is just the execution of the standard of the expression of this article in the dictation of this article is the dictator of this article. of justice in trial of repetitive cases.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Penal execution, Progression, Regime fulfillment of penalty, Individualization of the penalty

1. INTRODUÇÃO

A ampliação do encarceramento em nosso país, motivado por questões multifatoriais, entre elas uma demanda social crescente por segurança pública, que impulsionam o Poder Estatal a alavancar, como resposta, uma agenda de endurecimento das leis penais, aliada aos baixos investimentos em educação, além de uma abismal desigualdade social, o que gera, como efeito colateral, problemas que impactam na execução das penas.

A sociedade, quanto à estas questões, se coloca em ação demandando que se expanda as ciências jurídicas de modo que estas tutelem e orientem o aparato normativo visando alcançar – utópica – segurança e prevenção através das vias puramente legislativas. A resposta do Estado a este problema tem culminado na alteração de padrões legais consolidados, produzindo um incremento da população carcerária, sem que isso implique na redução da violência (MEDEIROS, 2018).

De outro lado, o incremento quantitativo do número de encarcerados também gera problemas de ordem social, uma vez eu o Estado não consegue mantê-los de forma a preservar-lhes a dignidade da pessoa humana, tampouco promover a ressocialização desejada, além de um número cada vez maior de demandas judicias na área penal, o que aliado a outros fatores acaba por acarretar a reincidência delitiva do apenado.

Neste contexto, uma questão surge, quanto à forma como deve se dar a progressão de regime em caso de reincidência delitiva, uma vez que a lei não tratou desta questão de forma expressa.

A progressão de regime, instituto presente na execução penal, possibilita que o apenado possa fazer uma transição com a finalidade de sua reinserção paulatina no seio social, o que se coaduna com os princípios da ressocialização da pena, legalidade, individualização e progressividade da pena. Todos estes princípios trabalham de forma simultânea para efetivação da plena reintegração social.

Exatamente por esta característica, de um direito subjetivo do apenado, com vistas aos princípios supracitados, esta progressão de regime não pode ficar a cargo da discricionariedade do magistrado condutor da execução penal, ao contrário deve regular-se de forma clara e objetiva para rechaçar a supressão de direitos ou a postergação indevida do indivíduo no sistema carcerário.

Ocorre que, em razão de uma lacuna no sistema normativo que regula a execução penal, magistrados começaram a dar diferentes interpretações ao marco inicial para cômputo dos benefícios decorrentes da progressão do regime, em caso de reincidência.

No curso da nossa pesquisa, foi publicado no Diário da Justiça em 11 de março de 2019, decisão do Superior Tribunal de Justiça, órgão jurisdicional competente para interpretação de lei federais, no julgamento do ProAfR no REsp 1753512 / PR, afeto aos casos repetitivos, onde firmou-se a tese de que a unificação de penas não enseja a alteração da data-base para concessão de novos benefícios executórios, desta forma analisaremos o acerto e as questões que envolvem o tema.

2. PROGRESSÃO DE REGIME NA EXECUÇÃO PENAL

O crescente incremento da população vivendo sob o comando normativo que busca a organização social em uma vida politicamente gerida a partir de contato com um sistema criminal que se determina pelo avançar e retroceder, de forma não a resolver de fato os problemas, motivado por estratégias políticas de resposta imediata, é característica marcante de uma política liberal-conservadora. Notadamente, diante do crescente clamor social por segurança pública, que vê no endurecimento de leis uma solução, que acaba por gerar a amplificação da malha punitiva, e da população carcerária, que termina, de forma inversa a trazer como resultado o crescimento das taxas de criminalidade e reincidência (YOUNG, 2002).

A sociedade, quanto à estas questões, se coloca em ação demandando que se expanda as ciências jurídicas de um modo que estas tutelem e orientem o aparato normativo visando alcançar – utópica – segurança e prevenção através das vias puramente legislativas. A resposta do Estado a este problema tem culminado na alteração de padrões legais consolidados, produzindo um incremento da população carcerária, sem que isso implique na redução da violência (MEDEIROS, 2018).

Dentro deste sistema, a reincidência acaba sendo um efeito colateral, gerado a partir de outros problemas, acarretando ainda a superlotação da população carcerária.

Greco (2011, p. 568) nos informa que “durante vários séculos, a prisão serviu de depósito, contenção e custódia, da pessoa física do réu, que esperava, geralmente em condições subumanas, a celebração de sua execução.” Esse sistema se perpetua com passar dos anos, diante de uma estrutura frequentemente em ruínas ou insalubres.

> Pode-se afirmar que de modo algum podemos admitir nessa fase da História sequer um germe da prisão como lugar de cumprimento de pena, já que praticamente o catálogo de sanções esgotava-se com a morte, penas corporais e infamantes. A finalidade da prisão, portanto restringia-se à custódia dos réus até a execução das condenações referidas. A prisão dos devedores tinha a mesma finalidade: garantir que eles cumprissem com a sua obrigação. (GRECO, 2011, p. 569).

Nosso sistema normativo prevê três tipos de regimes de cumprimento das penas privativas de liberdade, nos termos do Código Penal e da Lei de Execução Penal (LEP): o regime aberto, semiaberto e fechado. Desta forma, ao prolatar a sentença condenatória, o magistrado deverá promover a fixação do tipo de regime inicial a ser cumprido pelo condenado.

A Lei de Execução Penal – LEP, tem como finalidade, além de dar efetivo cumprimento as disposições das sentenças criminais, oferecer condições harmônicas de integração social do condenado e do internado.

A LEP aponta requisitos para a progressão do regime de cumprimento da pena, sendo eles, o cumprimento um sexto da pena no regime inicial e ter bom comportamento carcerário, atestado pelo diretor do local onde o detento se encontra. Em tais casos, por determinação judicial, o condenado é transferido de um regime mais rigoroso para outro menos severo.

Em caso de crimes hediondos, os requisitos para a progressão mudam e, de acordo com lei específica (Lei n. 8.072/1990), será preciso que o condenado tenha cumprido ao menos dois quintos (2/5) da pena se for primário e três quintos (3/5), se reincidente. De outra banda, para os crimes relacionados à administração pública, o próprio Código Penal condiciona a progressão de regime à reparação do dano causado.

Não raras as vezes observamos que, no curso do cumprimento da pena ocorre nova condenação, seja por fato anterior ou ainda por fato ocorrido após o início do cumprimento, em razão de fuga ou de saída permitida do sistema, ou mesmo, dentro do próprio sistema penal.

Sendo assim, impõem-se a partir desta nova realidade estabelecer como se dará a progressão de regime neste novo quadro, definindo qual será o marco inicial para o cômputo dos benefícios ao preso.

3. DATA-BASE PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PROGRESSÃO DE REGIME

A Execução Penal regula o efetivo cumprimento das disposições fixadas na sentença penal para aplicação da pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direito ou a pena de multa. O marco regulatório mais importante é sem dúvida a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

Além deste diploma legal, outros dispositivos também dispõem sobre a matéria, em especial, o Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940), Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941), Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), dentre outros.

Em regra a data-base para concessão dos benefícios é o trânsito em julgado da condenação criminal, contudo, o sistema prisional brasileiro enfrenta, há vários anos, diversos problemas, que vêm se agravando na última década, de reincidência no curso do cumprimento da pena, o que acarretará na modificação da data-base para fins de progressão de regime.

Diante da ausência de disposição expressa, vários juízes têm definido, como novo marco para a aquisição de novos benefícios, a data do trânsito em julgado da última condenação dos reeducandos.

Os Tribunais pátrios, a seu turno, até brevemente, se posicionavam no sentido de que, no caso de superveniência de nova sentença condenatória, o marco inicial para a concessão de novo benefício seria a data do trânsito em julgado da nova condenação e não a data da recaptura, após cometimento de novo crime, fuga ou de alguma falta grave cometida pelo reeducando, o que se coaduna com anterior posição do Superior Tribuna de Justiça (HC 254255/MG, 6ª Turma).

A seu turno, o artigo 111 da Lei 7.210/84 dispõe que:

> 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.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, até pouco tempo, era no sentido de que, se no curso da execução da pena privativa de liberdade sobreviesse nova condenação, por crime praticado anteriormente ou posteriormente ao da execução em curso, nos termos do disposto no artigo 111 da Lei de Execuções Penais, deveria ser efetuada a modificação da data-base, para fins de progressão de regime, passando a ser contada a partir do dia do trânsito em julgado da nova sentença condenatória:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. NOVA CONDENAÇÃO. UNIFICAÇÃO DAS PENAS. MARCO INICIAL PARA BENEFÍCIOS. DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA ÚLTIMA CONDENAÇÃO. I - Firmou-se nesta Corte o entendimento de que, sobrevindo condenação ao apenado, por fato anterior ou posterior ao início da execução penal, a contagem do prazo para concessão de benefícios é interrompida, devendo ser feito novo cálculo, com base no somatório das penas. II - Feita a unificação de penas, considera-se como termo a quo para contagem do novo período aquisitivo de benefícios executórios o trânsito em julgado da sentença condenatória superveniente e não a data do cometimento da infração. III - Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1593623/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 09/08/2016, DJe 17/08/2016).

Julio Fabbrini Mirabete (2014), ao comentar a Lei de Execução Penal, leciona:

> Pode ocorrer, também, que após o início da execução sejam proferidas novas condenações contra o preso. Impostas novas penas, são elas somadas a fim de ser determinado o regime de cumprimento daí por diante. Cabe então ao juiz encarregado da execução determinar o regime de cumprimento das penas somadas, obedecendo às regras estabelecidas para a hipótese do regime inicial de cumprimento (item 110.1). Estando o condenado em cumprimento de pena, deve ser descontado, na soma para a determinação do regime, o tempo cumprido (art. 111, parágrafo único). Soma-se assim o restante da pena que estava sendo cumprida com a nova sanção aplicada e o resultado é o parâmetro para a fixação do regime a que deve ser submetido o condenado. É possível, dessa forma, que, mesmo com o desconto do tempo já cumprido, seja determinada a regressão, isto é, a fixação de regime mais severo (art. 118, II). No caso de superveniência de nova condenação, por crime praticado antes ou durante a execução, terá direito o condenado à progressão quando preenchidos os requisitos legais, entre eles o de cumprimento de um sexto da pena. Não fixa expressamente a lei, entretanto, a partir de quando deve ser contado o tempo necessário para a progressão a regime mais brando. Por uma interpretação lógica deve-se cumprir um sexto da soma do restante da pena em cumprimento com a nova sanção; se operar a regressão, conta-se um sexto a partir da transferência, tendo como base para o cálculo o que resta da soma das penas a serem cumpridas.

Guilherme de Souza Nucci (2017) destaca:

> Início do prazo para cômputo de novos benefícios: realizada a unificação, pelo somatório de outras penas, além de fixar o regime adequado, o magistrado deve determinar o cômputo dos eventuais benefícios a partir da data do trânsito em julgado definitivo da última condenação, quando se torna nítida a prática de outra infração penal.

Ou seja, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, acompanhado por alguns Tribunais pátrios, era nesse sentido, de que a data-base deveria ser o dia do trânsito em julgado da nova condenação, seja por fato anterior ou posterior ao início do cumprimento da sanção.

Todavia, tal posicionamento mudou recentemente, quando a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça incitada para uniformização do entendimento sobre a hipótese de unificação decorrente de crime cometido antes do início da execução penal, por meio do Recurso Especial nº 1557461/SC, da relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 22.2.2018, discutiu, nas hipóteses de unificação das penas, qual seria o marco inicial (a data-base) para a contagem do prazo para a progressão de regime e demais direitos.

Importante esclarecer que o cometimento de falta grave e a unificação das penas, pelo cometimento de novo crime, com trânsito em julgado, são momentos distintos da execução penal e não devem ser confundidos.

Com efeito, o cometimento de crime doloso pode levar ao reconhecimento da prática de falta grave, que enseja a regressão de regime prisional, nos termos do artigo 118, inciso I da Lei de Execução Penal. Tal medida prescinde da existência de sentença condenatória transitada em julgado, nos termos da Súmula 526 do Superior Tribunal de Justiça:

> 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.

Esse procedimento, com a consequente regressão de regime, perda dos dias remidos etc., é adotado tanto na hipótese sumulada como no caso do cometimento de outras faltas graves, como a fuga ou a posse de aparelho telefônico, previstas no artigo 50 da Lei de Execução Penal.

A falta grave denota o mau comportamento do condenado e fere um dos pilares da execução penal, que é a disciplina no interior do estabelecimento prisional.

Já a unificação de penas significa a formação de novo título judicial, em que se deve somar a nova condenação ao restante da anterior, estabelecendo-se, a partir de então, uma nova direção para a execução da pena.

A despeito do entendimento adotado anteriormente, recentemente, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça refluiu, ressaltando que não há previsão legal que determine interrupção do lapso temporal para a progressão de regime, pois a sua regressão não é consectário necessário da unificação das penas, conforme parágrafo único do artigo 111 e do inciso II do artigo 118 da Lei de Execução Penal, sendo forçosa a medida quando a pena da nova execução, somada à reprimenda ainda não cumprida, torne incabível o regime atualmente imposto.

Nessa linha, o Ministro Marco Aurélio salientou que, após o juízo singular proceder à unificação, *"para definir o novo regime de cumprimento da pena, considerado aquele alusivo à execução em curso, soma-se a pena imposta na condenação superveniente, podendo o resultado implicar a regressão – inteligência dos artigos 111 e 118, inciso II, da Lei de Execução Penal"* (STF, 1ª Turma, HC 96.824/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJe 10/5/2011).

Assim, constata-se que a regressão de regime se afigura apenas como possível consequência do somatório das reprimendas, ou seja, *"quando a somatória das penas não ultrapasse os limites temporais do § 2º do art. 33 do Código Penal, outro entendimento não resta senão a mantença do regime no qual se encontre o condenado. Estamos falando de condenação superveniente, mas por fato pretérito à execução em curso. O tempo de pena cumprido não pode ser desprezado"* (KUEHNE, Maurício. Lei de execução penal anotada. 13. ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 379).

Ilustrativamente, Renato Marcão (2015) ressalta que:

> (…) o art. 111 da Lei de Execução Penal [diz] que, havendo 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. (…) Impõe-se salientar que nem sempre o somatório acarretará a regressão. Esta ficará condicionada, sempre, a admissibilidade do regime em que o executado se encontrar, devendo observar-se para a solução da questão os parâmetros ditados pelo art. 33 do Código Penal, conforme acima anotado

Desse modo, da leitura do parágrafo único do art. 111 e do inciso II do artigo 118, ambos da Lei de Execução Penal, não se infere que, efetuada a soma das reprimendas impostas ao sentenciado, é mister a alteração da data-base para concessão de novos benefícios, especialmente, ante a ausência de disposição legal expressa.

A regressão não é consequência imediata da unificação das penas, de maneira que o somatório não implicaria necessariamente alteração da data-base.

A despeito disso, a Corte Suprema concluiu, conforme demonstrado acima, que a alteração do marco interruptivo para averiguação do requisito temporal é consequência da regressão do condenado a regime mais rigoroso, pois, "seria ilógico regredir o regime do sentenciado sem se alterar o termo inicial para concessão de benefícios, pois chegar-se-ia à situação absurda de, ao mesmo tempo em que se reconhece a necessidade de regressão em

razão de condenação superveniente, esta não surtiria efeito pelo fato de o preso já ter direito à progressão" (STF, 1ª Turma, HC 101.023/RS, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 26/3/2010).

É imperioso consignar que a alteração da data-base, em razão da superveniência do trânsito em julgado de sentença condenatória, procedimento que não possui respaldo legal e é embasado apenas na regressão de regime, implica conjuntura incongruente, na qual o condenado que já havia progredido é forçado a cumprir lapso superior àquele em que permaneceu em regime mais gravoso para que novamente progrida.

Tal solução encontra guarida nos princípios da legalidade (CF, art. 5º, II), pois o reinício da data-base para concessão de novos benefícios não decorre da legislação específica acerca da execução da pena, a qual não possui previsão a respeito, e, ainda, da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), uma vez que um reeducando que já experimentou situação mais favorável não pode, em decorrência do mesmo fato, ser levado a cenário mais prejudicial que aquele em que permaneceu em estágio anterior do cumprimento da pena.

No tocante à aplicação do princípio da individualização da pena à execução, Guilherme de Souza Nucci (2014) leciona que 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

Diante disso, a alteração do termo a quo referente à concessão de novos benefícios no bojo da execução da pena, pelo cometimento de novo crime, constitui afronta ao princípio da legalidade e ofensa à individualização da pena, motivos pelos quais se faz necessária a preservação do marco interruptivo anterior à unificação das penas, pois a alteração da data-base não é consectário imediato do somatório das reprimendas impostas ao sentenciado.

Ainda que assim não fosse, o reinício do marco temporal permanece sem guarida se analisados seus efeitos na avaliação do comportamento do reeducando.

Conforme assinala Renato Marcão (2015), o apenado, durante a execução da pena privativa de liberdade, está sujeito à regressão de regime, o que pode ser ocasionado pela prática de fato definido como crime doloso, consoante se depreende do artigo 118, inciso I, primeira parte, da Lei de Execução Penal, sem que para isso se exija a ocorrência do trânsito em julgado de sentença condenatória:

> O inciso I do art. 118 da Lei de Execução Penal determina a regressão pela simples prática de fato definido como crime doloso. Não é preciso aguardar que o executado venha a ser condenado pela prática do referido crime doloso. A prática de crime culposo ou contravenção penal não autoriza, sob tal fundamento, a regressão de regime. Não é necessário que o crime doloso tenha sido objeto de sentença condenatória transitada em julgado. Não ocorre, na hipótese, violação ao princípio da presunção de inocência ou estado de inocência

Esse entendimento está em consonância com a jurisprudência da Corte Superior, segundo a qual, "a teor do art. 118, I, da LEP, o reeducando que comete fato definido como crime doloso pode ser regredido de regime prisional, mesmo sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória referente ao novo delito" (STJ, 5ª Turma, HC 333.615/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 21/10/2015), consolidado na Súmula 526 do Superior Tribunal de Justiça, supracitada.

É importante destacar que a prática de fato definido como crime doloso no bojo da execução da pena constitui falta disciplinar de natureza grave, conforme previsto no artigo 52, caput, da Lei 7.210/1984, de acordo com o qual:

> Prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado.

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).

Inserida nesse escopo, a configuração da falta de natureza grave enseja vários efeitos (LEP, art. 48, parágrafo único), entre eles: a possibilidade de colocação do sentenciado em regime disciplinar diferenciado (LEP, art. 56); a interrupção do lapso para a aquisição de outros instrumentos ressocializantes, como, por exemplo, a progressão para regime menos gravoso (LEP, art. 112); a regressão no caso do cumprimento da pena em regime diverso do fechado (LEP, art. 118), além da revogação em até 1/3 do tempo remido (LEP, art. 127).

Dessa forma, percebe-se que o cometimento de infração disciplinar de natureza grave enseja a interrupção da contagem do lapso para aquisição de novos benefícios, compreensão sintetizada pela Terceira Seção deste Tribunal Superior no julgamento dos EREsp 1.176.486/SP, oportunidade em que se consignou que:

> cometimento de falta grave pelo sentenciado no curso da execução da pena, nos termos do art. 127 da Lei 7.210/84, implica [...] nova fixação da data-base para concessão de benefícios, exceto livramento condicional e comutação da pena; se assim não fosse, ao custodiado em regime fechado que comete falta grave não se aplicaria sanção em decorrência dessa, o que seria um estímulo ao cometimento de infrações no decorrer da execução (STJ, 3ª Seção, EREsp n. 1.176.486/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 01/06/2012).

Nesse sentido, a análise do Superior Tribunal de Justiça acerca dos efeitos da prática de infração disciplinar de natureza grave deu ensejo à concepção dos enunciados das Súmulas 441, que nos informa que a "falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional". Além do enunciado 534, da mesma corte que dispõe que "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" e, por fim o enunciado 535 que orienta que "a prática de falta grave não interrompe o prazo para fim de comutação de penas ou indulto".

Assim, pode-se concluir que, se a prática de falta grave interrompe o prazo para a concessão de novos benefícios, exceto livramento condicional, comutação de penas ou indulto (se o decreto presidencial não dispuser em sentido contrário) – o cometimento de novo delito no curso da execução da pena –, ao constituir infração disciplinar de natureza grave, também ocasiona o reinício da data-base.

Aliás, se considerado que, em conformidade com o entendimento desta Corte Superior, é prescindível o trânsito em julgado de sentença condenatória para que se proceda ao registro da falta, então, é estabelecido novo marco inicial para aquisição de novas benesses apenas com a mera apuração da infração disciplinar.

No entanto, caso o reeducando venha a ser condenado pela prática do delito cometido no curso da execução, a superveniência do trânsito em julgado da sentença condenatória, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acarretará a unificação das penas a ele impostas e, novamente, a alteração da data-base para concessão de novos benefícios, o que já havia ocorrido apenas diante da prática da falta grave.

Assim sendo, o apenado seria punido novamente, em um verdadeiro bis in idem, visto que o mesmo evento, a saber, a prática de fato definido como crime doloso, proporcionaria, por duas vezes, a alteração da data-base para concessão de novos benefícios, de maneira a ocasionar flagrante constrangimento ilegal.

Se a condenação definitiva por delito praticado após o início da execução da pena não se presta a ensejar a modificação da data-base para concessão de novos benefícios, com maior razão não pode o trânsito em julgado de sentença condenatória prolatada em face de delito anterior implicar o reinício do marco temporal, porquanto se trata de fato que nem sequer fora praticado no curso do resgate das reprimendas impostas ao reeducando.

Dessa maneira, não se pode alegar que um fato praticado antes do início da execução da pena constitua parâmetro de avaliação do mérito do apenado, uma vez que evento anterior ao início do resgate das reprimendas impostas não desmerece hodiernamente o comportamento do sentenciado.

Assim, um delito cometido antes de iniciar-se o cumprimento da pena não possui o condão de subsidiar a análise do desenvolvimento da conduta do condenado e, por conseguinte, não deve ser utilizado como critério para que se proceda ao desprezo do período de pena cumprido antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, em face do reinício do marco temporal relativo aos benefícios executórios.

A propósito, é forçoso registrar que, mesmo o delito cometido no curso da execução da pena, caso tenha sido registrado como infração disciplinar, já repercutiu seus efeitos, de modo que a superveniência do trânsito em julgado da sentença condenatória não representa, em verdade, novo evento, ou seja, também não poderia servir de parâmetro para análise do mérito do apenado.

Dessa forma, é preciso ressaltar que a unificação de nova condenação definitiva já possui o condão de recrudescer o quantum de pena restante a ser cumprido pelo reeducando.

Logo, a alteração da data-base para concessão de novos benefícios, a despeito da ausência de previsão legal, configura excesso de execução, com base apenas em argumentos extrajurídicos.

O período de cumprimento de pena desde a última prisão ou desde a última infração disciplinar não pode ser desconsiderado, seja por delito ocorrido antes do início da execução da pena, seja por crime praticado depois e já apontado como falta grave.

4. A UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA PELO STJ

No último dia 11 de março de 2019 foi publicada a decisão do julgamento do ProAfR no RECURSO ESPECIAL Nº 1.753.512 - PR (2018/0178111-3), julgamento afeto aos casos repetitivos para coroar o entendimento e uniformizar a jurisprudência pátria quanto ao tema.

A Proposta de Afetação em Recurso Especial da Relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz vem para definir que a marco inicial para concessão de benefícios aos reeducandos deve ser a data da última prisão, , *in verbis:*

> 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.
> 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 especial representativo da controvérsia não provido, assentando-se a seguinte tese: a unificação de penas não enseja a alteração da data-base para concessão de novos benefícios executórios.

Desta feita, está agora fixado pelo Tribunal da Cidadania a forma de interpretação e aplicação do benefícios, sendo assim, o que se coaduna com o sistema principiológico, para uma aplicação e interpretação que mais beneficie a pessoa privada de liberdade, com fincas de se buscar uma execução mais adequada, isonômica e humanitária, que se adeque à necessidades do condenado e às peculiaridades de seu caso, sob pena de inconcebível transgressão ao princípio constitucional da individualização da pena.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O clamor social requestado ao Estado demanda uma expansão das ciências jurídicas de modo que estas tutelem e orientem o aparato normativo visando alcançar – utópica – segurança e prevenção através das vias puramente legislativas. A resposta do Estado a este problema tem culminado na alteração de padrões legais consolidados, produzindo um incremento da população carcerária, sem que isso implique na redução da violência (MEDEIROS, 2018).

Por muitos séculos, e ainda hoje, se observa que a prisão serve muito mais como depósito, contenção e custódia, da pessoa física do réu, que verdadeiramente como solução ao problema da violência, o que geralmente acontece em condições subumanas, em um sistema que se perpetua, ano após ano, diante de uma estrutura frequentemente em ruínas e insalubre. (GRECO, 2011). Tudo isso, além de outros fatores ligados a grade desigualdade social e má distribuição de renda acabam por impulsionar os números da reincidência delitiva.

A Lei de Execução Penal – LEP, tem como finalidade, além de dar efetivo cumprimento às disposições das sentenças criminais, oferecer condições harmônicas de integração social do condenado e do internado.

A LEP aponta requisitos para a progressão do regime de cumprimento da pena, sendo eles, o cumprimento um sexto da pena no regime inicial e ter bom comportamento carcerário, atestado pelo diretor do local onde o detento se encontra. Em tais casos, por

determinação judicial, o condenado é transferido de um regime mais rigoroso para outro menos severo.

Em caso de crimes hediondos, os requisitos para a progressão mudam e, de acordo com lei específica (Lei n. 8.072/1990), será preciso que o condenado tenha cumprido ao menos dois quintos (2/5) da pena se for primário e três quintos (3/5), se reincidente. De outra banda, para os crimes relacionados à administração pública, o próprio Código Penal condiciona a progressão de regime à reparação do dano causado.

Contudo, nota-se que o legislador não se ocupou da previsão legal para os casos onde, no curso do cumprimento da pena ocorre nova condenação, seja por fato anterior ou ainda por fato ocorrido após o início do cumprimento, em razão de fuga ou de saída permitida do sistema, ou mesmo, dentro do próprio sistema penal.

Nesta situação a jurisprudência dos vários tribunais começaram a realizar diferentes interpretações para construção de uma solução equitativa, com base em princípios. Mesmo o Superior Tribunal de Justiça, órgão responsável pela interpretação e uniformização da jurisprudência sobre questões atinentes às leis federais, inicialmente, posicionou-se no sentido de que, se no curso da execução da pena privativa de liberdade sobreviesse nova condenação, por crime praticado anteriormente ou posteriormente ao da execução em curso, nos termos do disposto no artigo 111 da Lei de Execuções Penais, deveria ser efetuada a modificação da data-base, para fins de progressão de regime, passando a ser contada a partir do dia do trânsito em julgado da nova sentença condenatória.

Este entendimento vinha corroborado por doutrinadores e juristas , a exemplo de Nucci (2017) que afirma, dentro esta ótica que o termo a quo para fixação de novos benefícios deve ser realizado a partir da unificação e somatório de ouras penas, de modo a promover a fixação de eventuais benefícios a partir do trânsito em julgado da ultima condenação, quando se percebe a prática de outra infração penal.

É preciso ressaltar que a unificação de nova condenação definitiva já possui o condão de recrudescer o quantum de pena restante a ser cumprido pelo reeducando; logo, a alteração da data-base para concessão de novos benefícios, a despeito da ausência de previsão legal, configura excesso de execução, com base apenas em argumentos extrajurídicos.

O período de cumprimento de pena desde o início da execução ou desde a última infração disciplinar não pode ser desconsiderado, seja por delito ocorrido antes do início da execução da pena, seja por crime praticado depois e já apontado como falta grave.

No último dia 11 de março de 2019 foi publicada a decisão da Proposta de Afetação em Recurso Especial - ProAfR no RECURSO ESPECIAL Nº 1.753.512 - PR (2018/0178111-3), julgamento afeto aos casos repetitivos para coroar o entendimento e uniformizar a jurisprudência pátria quanto ao tema, a fim de definir que a marco inicial para concessão de benefícios aos reeducandos deve ser a data da última prisão.

Portanto, lançado pelo Tribunal da Cidadania, luz sobre o sistema normativo, percebemos que o novo posicionamento é mais coerente com o sistema principiológico, para uma aplicação e interpretação que mais beneficie a pessoa privada de liberdade, com fincas de se buscar uma execução mais adequada, isonômica e humanitária, que se adeque à necessidades do condenado e às peculiaridades de seu caso, sob pena de inconcebível transgressão ao princípio constitucional da individualização da pena.

REFERÊNCIAS

BRASIL**. Constituição Federal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm , acesso em 02/04/2019.

_____, Lei 7.210 de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm , acesso em 02/04/2019

GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEDEIROS, Carlos Henrique Pereira de. **Direito Penal na "sociedade mundial de riscos" - Uma aproximação da crise da ciência penal frente às exigências do contemporâneo**. In: Âmbito Jurídico. Rio Grande, XII, n. 66, 2009. Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6170>. Acesso em: 07 set. 2018.

MIRABETE. Julio Fabbrini. **Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA SÁNCHEZ. Jesús-Maria. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. **A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARCÃO, Renato.**Curso De Execução Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza**. Individualização da pena.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 10ª ed. vol 2. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

YOUNG, J. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002.