

## REFLEXÕES SOBRE A OBTENÇÃO DE NOVOS BENEFÍCIOS NA EXECUÇÃO PENAL\*

## REFLEXIONS ON THE ACQUISITION OF NEW BENEFITS ON CRIMINAL EXECUTION

## REFLEXIONES SOBRE LA OBTENCIÓN DE NUEVOS BENEFICIOS EN LA EJECUCIÓN PENAL

**Raphael Silva Rodrigues<sup>a</sup>**

raphaelsilva.bh@gmail.com

**Thiago Ferreira Rodrigues<sup>b</sup>**

rodriguesthiago01@hotmail.com

Fecha de recepción: 01 de Julio de 2016

Fecha de revisión: 31 de Agosto de 2016

Fecha de aceptación: 11 de Noviembre de 2016

### RESUMO

O presente artigo científico pretende abordar questão relevante no ordenamento jurídico pátrio, notadamente no âmbito das execuções penais; o marco inicial para a concessão de novos benefícios na execução penal, após a unificação das penas, ou seja, se o juízo da vara de execuções penais usara a data do trânsito em julgado da nova sentença condenatória (transitada em julgado) ou a data da última prisão, quando praticado o crime antes do início do cumprimento da pena. Toda a discussão sobre a data base para os cálculos na execução se funda na omissão das normas dos artigos 111 e 118, inciso II, da Lei de Execuções Penais. Dessa forma, pretende-se demonstrar nesse breve artigo a omissão da qual se trata as

\*Artigo de reflexão

a. Professor Universitário em Cursos de Graduação (Faculdade Novos Horizontes) e de Pós-Graduação (IEC/PUC-Minas; Centro Universitário Newton Paiva; FAGED em Divinópolis; CAD/FUMEC; FUPAC em Mariana; IED/FEAD). Possui trabalhos científicos publicados, por meio impresso, referentes à diversos temas de Direito Público. Advogado. CV Lattes - <http://lattes.cnpq.br/1040456891474560>.

b. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduado lato sensu em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduando lato sensu em Direito aplicado à Segurança Pública pela Faculdade de Ciências Gerenciais Padre Arnaldo Janssen, FAJANSSEN. Atualmente é advogado do Consórcio Gestores Prisionais Associados - GPA e da banca de advocacia Guilherme de Faria Advogados Associados. CV Lattes - <http://lattes.cnpq.br/9044950882165151>.

**MISIÓN JURÍDICA**

Revista de Derecho y Ciencias Sociales

Bogotá, D.C. (Colombia)

Colaboradores Externos Internacionales

Núm. 12 Año 2017

Enero - Junio, pp. 81-95

ISSN 1794-600X

referidas normas, os entendimentos divergentes de nossos Tribunais, os princípios constitucionais desprezados na interpretação majoritária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. E qual seria a forma mais acertada para a interpretação dos referidos dispositivos legais? O tema proposto para o presente estudo não é pacífico na jurisprudência, possuindo entendimentos prejudiciais a quem cumpre pena privativa de liberdade, interpretando de forma prejudicial à norma material no âmbito do Direito Penal. No entanto, será demonstrada a existência de posicionamento diverso, no qual se entende que deva ser observado o ordenamento como um sistema harmônico e que a referida norma deva ser aplicada de acordo com os princípios que norteiam um Estado Democrático de Direito.

### **PALAVRAS-CHAVE**

Novos benefícios na execução penal; posicionamento dos Tribunais Superiores; afronta a princípios constitucionais; omissão legislativa; cumprimento da pena.

### **RESUMEN**

Este trabajo de investigación tiene como objetivo abordar una cuestión relevante en el sistema jurídico brasileño, especialmente en el contexto de ejecuciones penales; el punto de partida para el otorgamiento de nuevos beneficios en la ejecución penal, después de la unificación de las penas. Es decir, si el juzgado de la Corte de Ejecuciones penales usará la fecha del trámite en juzgado de la nueva sentencia condenatoria (tramitada en juzgado) o la fecha del último encarcelamiento, cuando el crimen se practica antes del inicio del cumplimiento de la pena. Toda la discusión sobre la fecha base para los cálculos en la ejecución se basa en la omisión de las normas de los artículos 111 y 118, inciso II, de la Ley de Ejecuciones. Así, se pretende demostrar la omisión que se hace de las referidas normas, y los entendimientos divergentes de nuestros tribunales, los principios constitucionales ignorados en la interpretación mayoritaria del Supremo Tribunal Federal y del Superior Tribunal de Justicia y cuál sería la forma más adecuada para interpretar los citados dispositivos legales. El tema que se propone en este estudio no es pacífico en la jurisprudencia y muestra entendimientos perjudiciales para quien cumple pena privativa de libertad, interpretando de forma desventajosa la norma material en el ámbito

del Derecho Penal. Sin embargo, se demostrará la existencia de una posición diversa, por la cual se entiende que se debe observar la ordenación como un sistema armónico y que la norma citada debe ser aplicada de acuerdo con los principios que guían un Estado Democrático de Derecho.

### **PALABRAS CLAVES**

Nuevos beneficios en la ejecución penal; Posición de los tribunales superiores; Afronta a principios constitucionales; omisión legislativa; cumplimiento de la pena.

### **ABSTRACT**

This scientific article aims to address a relevant issue in the Brazilian legal system, especially in the criminal sentencing scope; the legal landmark for obtaining new benefits on criminal sentencing, after the sentences have been united. That is, if the judgment in the criminal sentencing court will use the date of the res judicata of the new sentence, or the date of the last arrest, when the crime was practiced and before the fulfillment of the sentence. The entire discussion on the base date sentence calculation is based on the omission of the rules in articles 111 and 118, item II, of the Criminal Sentencing Law. Therefore, we intend to demonstrate the omissions in those rules in this short article, the divergent understandings in our courts, the constitutional principles disregarded in the major interpretations from the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice and which would be the correct form of interpretation concerning these legal provisions. The theme proposed for this study does not have a peaceful jurisprudence, it has detrimental understandings for someone who is under a custodial sentence, harmfully interpreting the standard within criminal law. However, the existence of different approaches will be demonstrated. The authors understand that the judicial order is a harmonic system and that this standard should be applied according to the principles that guide a democratic State of law.

### **KEY WORDS**

New benefits on Criminal Sentencing; Superior Court approaches; Offense to the Constitutional Principles; Legislative omission; fulfillment of the sentence.

## INTRODUÇÃO

O intuito deste breve artigo é elaborar um estudo a respeito da omissão da norma do artigo 111 c/c artigo 118, inciso II, da Lei de Execuções Penais. As referidas normas não estabelecem uma data específica para os cálculos dos benefícios de progressão de regime no cumprimento de uma pena privativa de liberdade.

A referida omissão diz respeito a qual data será usada quando sobrevier nova condenação penal no curso do cumprimento de uma pena privativa de liberdade, se a data a ser usada será a data da última prisão ou data do último trânsito em julgado da última condenação.

Para a compreensão da omissão destas normas é necessário que se faça um estudo dos princípios constitucionais que norteiam o ordenamento jurídico, principalmente à luz da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei Execuções Penais.

O entendimento sobre o tema é divergente. Algumas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais seguem os precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal (marco temporal para a obtenção de novos benefícios na execução penal da data do trânsito em julgado da nova condenação, independente se o crime foi praticado antes ou após o início do cumprimento da pena), enquanto outras Câmaras não seguem o mesmo posicionamento.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuem uma jurisprudência que traz malefícios no cálculo para obtenção de benefícios para a progressão de regime no curso da execução penal, interpretando, de forma desfavorável, as normas dispostas nos artigos 111 e 118, II da Lei de Execuções Penais.

Será demonstrado que esse posicionamento dos Tribunais Superiores não é o mais adequado para a interpretação da referida norma, sendo prejudicial ao cumprimento da pena pelo reeducando, não observando princípios constitucionais. No estudo da omissão das referidas normas, essa interpretação majoritária não merece prosperar, pois não demonstra a melhor aplicação aos direitos e princípios consagrados na Constituição da República de 1988.

Assim, já existe posicionamento mais acertado diante da omissão trazida pelas normas dos

artigos 111 e 118, II, da Lei de Execuções Penais, considerando a data base para a obtenção de novos benefícios na execução penal, a data da última prisão, sendo que, como será demonstrada, a interpretação feita de forma diferente desta, gera insegurança jurídica, desconsiderando os lapsos temporais para a progressão de regime no curso do cumprimento da execução penal.

A análise do tema se justifica pela importância que a interpretação das referidas normas traz no curso da execução penal, no que se refere aos cálculos dos benefícios, diante de uma interpretação totalmente desfavorável ao reeducando, demonstrando um caráter totalmente punitivo da pena, caracterizando um descaso com aqueles que vivem e necessitam de um sistema precário e falido, que é o sistema prisional.

Assim, será evidenciada a necessidade da interpretação mais favorável diante da omissão das referidas normas, considerando a data base para cálculos na execução penal, a data da última prisão, se o crime foi praticado antes do início do cumprimento de uma reprimenda penal.

A finalidade da norma do artigo 111 c/c artigo 118, II da Lei de Execuções Penais é garantir o cumprimento da pena privativa de liberdade, de acordo com os princípios basilares do ordenamento jurídico e em harmonia com a Lei de Execuções Penais.

### 1. A OMISSÃO DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS

Conforme mencionado anteriormente, a Lei de Execuções Penais é omissa, quando não estabelece uma data base para o cálculo da obtenção de benefícios na execução penal. Dessa forma, um sentenciado que está cumprindo pena privativa de liberdade e lhe sobrevém uma nova condenação transitada em julgado por crime cometido anteriormente à atual reprimenda, a data base para os cálculos dos benefícios ficam entre a data da sentença e data da última prisão.

A norma do artigo 111 da lei de execuções penais dispõe, *“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”*.

E dispõe a norma do artigo 118 do mesmo diploma legal:

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:

[...]

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (art. 111).

Assim, a Lei de Execuções Penais não esclarece qual data deve ser usada para calcular os referidos benefícios, ficando obrigada a jurisprudência a interpretar e estabelecer um marco temporal para a obtenção das benesses.

O Egrégio Tribunal do Estado de Minas Gerais foi provocado a se manifestar a respeito da omissão das referidas normas, através do Incidente de Uniformização de Jurisprudência, a fim de que fosse fixado um entendimento para a data base dos cálculos dos benefícios na execução penal, quando a condenação por novo crime ocorresse no curso do cumprimento de uma pena privativa de liberdade. Vejamos:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA - AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - UNIFICAÇÃO DE PENAS - MARCO INICIAL PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO. - O marco inicial para a concessão de novos benefícios na execução penal, após a unificação das penas, será a data do trânsito em julgado da nova sentença condenatória, independente se o crime foi praticado antes ou após o início do cumprimento da pena.<sup>1</sup>

Ficou sedimentado no Incidente de Uniformização de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, independente se o trânsito em julgado da condenação viesse antes ou após o início do cumprimento da pena, o marco temporal para obtenção de benefícios na execução penal seria a data do último trânsito em julgado.

Esse entendimento segue o mesmo posicionamento dos nossos Tribunais Superiores

1. TJMG – Inc. Unif. Jurisprudência 1.0704.09.136730-7/002, Relator(a): Des.(a) Silas Vieira, CORTE SUPERIOR, julgamento em 22/08/2012, publicação da súmula em 14/09/2012.

(STF e STJ). No entanto, conforme será demonstrado no decorrer deste artigo, este posicionamento é equivocado, posto que trata-se de verdadeira alteração de norma material, onde se confunde o legislador com o juiz, fazendo este da sua sentença uma forma de política criminal. Nesse sentido:

Salientando que a lei penal, atendendo a critérios de proporcionalidade, tem por função prever os fatos delitivos e fixar o mínimo de pena que considera suficiente para evitá-los, não cabendo ao juiz se preocupar com a atuação posterior de cidadãos que não estão submetidos a juízo e muito menos incrementar a pena do indivíduo que no momento se julga. Para a autora, isso representaria a utilização da fase judicial de determinação da pena para a persecução de finalidades pertencentes à cominação da pena, ou seja, a instrumentalização do réu com fins de prevenção geral<sup>2</sup>. Em lugar de transformar a sentença em *utensílio político-criminal*, deve o magistrado ater-se aos meios discursivos eficazes para o adimplemento da obrigação constitucional de minimização dos efeitos da pena privativa de liberdade sobre o indivíduo.<sup>3</sup> (Grifo nosso).

Ou seja, a prestação jurisdicional não tem o condão de maximizar o poder punitivo do Estado, já que neste caso acabada torna a pena privativa de liberdade desintegrada de um sistema democrático proposto na Constituição de 1988 e legislações especiais pertinentes ao tema, como é o caso da Lei de Execuções Penais<sup>4</sup>.

## 2. A DIFERENÇA ENTRE OS POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS

O entendimento jurisprudencial predominante no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça é que, “*para fins de aquisição de benefícios da execução penal, em razão da unificação de penas, é o dia do trânsito em julgado da nova condenação, não*

2. GARCÍA ARAN, Mercedes. *La prevención general en la determinación de la pena*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, t. XXV, fasc. I, jan.-abr. 1981, p. 520. Citado por ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: Limites, princípios e novos parâmetros*, 2ª Edição. São Paulo Saraiva 2014 1 recurso online ISBN 9788502616196, pag. 51.

3. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: Limites, princípios e novos parâmetros*, 2ª Edição. São Paulo Saraiva 2014 1 recurso online ISBN 9788502616196, pag. 51.

4. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: Limites, princípios e novos parâmetros*, 2ª Edição. São Paulo Saraiva 2014 1 recurso online ISBN 9788502616196, pag. 51.

*importando ter sido por fato anterior ou posterior ao início da execução penal*<sup>5</sup>.

Desta forma, para ilustrar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, temos o seguinte acórdão:

Execução Penal. Habeas corpus originário. Unificação de penas. Termo inicial para obtenção de novos benefícios. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 1. Trata-se de habeas corpus impetrado contra acórdão unânime do Superior Tribunal de Justiça, da Relatoria do Ministro Jorge Mussi, assim ementado: "AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DA PENA. SUPERVENIÊNCIA DE NOVA CONDENAÇÃO. ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA FINS DE BENEFÍCIOS. TRÂNSITO EM JULGADO DA ÚLTIMA SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte Superior, sobrevindo nova condenação ao apenado no curso do resgate da pena, interrompe-se o cômputo do prazo legal necessário à concessão de novos benefícios da execução. 2. Operada a unificação das penas, o prazo para concessão de novas benesses passa a ser calculado com base na pena total remanescente e considerada como termo a quo a data do trânsito em julgado da última sentença condenatória. 3. Agravo regimental improvido." 2. Extraí-se dos autos que o paciente cumpria pena em regime fechado quando sobreveio condenação em feito criminal diverso. Nesse contexto, o Juízo da execução unificou as penas privativas de liberdade e decidiu que o marco inicial para aferir o requisito objetivo para fins de progressão de regime será a data da última prisão, independentemente de ser reincidente ou não o reeducando". 3. Dessa decisão, o Ministério Público interpôs agravo em execução. O Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, contudo, negou provimento ao recurso. 4. Em seguida, o Ministério Público interpôs recurso especial. O Relator do HC 1.524.180, Ministro Leopoldo de Arruda Raposo, Desembargador Convocado do TJ/PE, deu provimento ao recurso para anular o acórdão a quo e a decisão de primeiro grau para fixar como termo inicial para a concessão de benefícios da execução a data do trânsito em julgado da nova sentença condenatória. 5. Contra

essa decisão, a defesa interpôs agravo regimental, não provido pelo acórdão referido. 6. Neste habeas corpus, a parte impetrante alega que, na ausência de previsão expressa de qual seria o termo para o início da contagem do prazo para a concessão de eventuais benefícios, deveria ser considerado o dia em que cometida a falta grave ou a data em que praticado o fato criminoso pelo qual o agente foi condenado, seja ele anterior ou posterior; porquanto mais benéfica ao acusado." Daí o pedido de concessão da ordem para computar o tempo de cumprimento de pena para fixação da nova data base, pela unificação das condenações aportadas em desfavor do agravante, para fins de futuros benefícios penais". Decido. 7. O habeas corpus não deve ser deferido. 8. *O acórdão impugnado está alinhado à orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no sentido de que, sobrevindo nova condenação no curso da execução penal, a contagem do prazo para a concessão de benefícios é interrompida e passa a ter como parâmetro a pena unificada ou somada, considerando-se como termo inicial para a contagem do período aquisitivo, a data do trânsito em julgado da última condenação, não importando se o delito é anterior ou posterior ao início da execução penal*" (RHC 121.849, Rel. Min. Dias Toffoli). 9. Diante do exposto, com base no art. 38 da Lei nº 8.038/1990 e no art. 21, § 1º, do RI/STF, nego seguimento ao habeas corpus. Publique-se. Brasília, 16 de dezembro de 2015. Ministro Luís Roberto Barroso Relator Documento assinado digitalmente<sup>6</sup>.

Segundo o mesmo entendimento, temos o Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS Nº 309.425 - DF (2014/0301340-1) RELATOR: MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL. ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL. IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. PACIENTE: MARCOS DE SOUSA PEREIRA. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FALTA DE CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. UNIFICAÇÃO DE PENAS. DATA-BASE PARA A AQUISIÇÃO DE FUTUROS BENEFÍCIOS. DIA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA ÚLTIMA CONDENAÇÃO. PRECEDENTES. INEVIDENTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. Writ indeferido

5. HC 196957 / MG. Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA. Data do Julgamento 14/02/2012. Data da Publicação/Fonte Dje 27/02/2012.

6. HC 196957 / MG. Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA. Data do Julgamento 14/02/2012. Data da Publicação/Fonte Dje 27/02/2012.

liminarmente. DECISÃO: O Juízo de Direito da Vara de Execuções Penais da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, nos Autos n. 0016232-27.2010.8.07.0015 (2010.01.1.1715017), após determinar a elaboração de novo cálculo em razão da unificação de penas, indeferiu o pedido de concessão de saídas temporárias formulado por Marcos de Sousa Pereira, ante o inadimplemento do requisito objetivo. Ao Agravo de Execução Penal n. 0018266-78.2014.8.07.0000 (2014.00.2.0181337), a Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios negou provimento nos termos desta ementa (fl. 39): RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE SAÍDAS TEMPORÁRIAS. UNIFICAÇÃO DE PENAS. NOVO MARCO TEMPORAL. RECURSO NÃO PROVIDO. Para aferição do requisito objetivo concernente ao benefício de saídas temporárias, sobrevivendo outra (s) condenação (ões) no curso do cumprimento da execução, deve-se levar em consideração como data para o cálculo do requisito objetivo concernente ao benefício de saídas temporárias o novo marco temporal advindo da decisão de unificação dos regimes (e não a data do início do cumprimento da reprimenda), a exemplo do que ocorre em relação ao marco temporal utilizado para a concessão do benefício de progressão de regime, de acordo com o que dispõe o artigo 111, parágrafo único, da Lei 7.210/84. Adveio este habeas corpus, em que a Defensoria Pública sustenta, em síntese, que o paciente já preencheu o lapso necessário à obtenção do benefício das saídas temporárias, argumentando que o marco inicial para o aferimento do requisito objetivo deve coincidir com o início do cumprimento da pena originária e não a partir da data da pena unificada (fl. 3). Requer, inclusive em caráter liminar, a concessão de ordem de habeas corpus em favor do paciente a fim de que seja considerado como termo inicial do lapso para a aquisição do benefício o dia do início do cumprimento da pena originária, a despeito de eventual unificação. É o relatório. Aqui, no Superior Tribunal de Justiça, temos dito que é imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a fim de preservar a coerência do sistema recursal e a própria função constitucional do writ, de prevenir ou remediar ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção. O remédio constitucional tem suas hipóteses de cabimento restritas, nos termos do art. 105, I, c, da Constituição Federal, e não deve ser utilizada a fim de provocar a discussão de temas afetos à apelação criminal, a recurso especial, a agravo em execução, tampouco deve vir como sucedâneo de revisão criminal. A

ilegalidade passível de justificar a impetração do habeas corpus deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito que não demandem incursão no acervo probatório constante de ação penal. Na hipótese em análise, pela leitura do acórdão ora impugnado, é possível perceber que inexistente excepcionalidade a justificar o processamento deste habeas corpus substitutivo de recurso especial, pois o Tribunal local decidiu em conformidade com a jurisprudência desta Corte. Com efeito, está pacificado neste Superior Tribunal o entendimento de que a data-base a ser considerada para fins de aquisição de benefícios da execução penal em razão da unificação de penas é o dia do trânsito em julgado da nova condenação, não importando ter sido por fato anterior ou posterior ao início da execução penal. Nesse sentido: AgRg no HC n. 273.251/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 6/12/2013; HC n. 278.889/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 9/10/2014; HC n. 262.449/CE, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 29/9/2014; HC n. 285.833/SP, Ministro Rogerio Schiatti Cruz, Sexta Turma, DJe 1/7/2014; HC n. 295.434/MG, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 10/9/2014. Tal a circunstância, indefiro liminarmente o presente writ. Publique-se. Brasília, 12 de novembro de 2014. Ministro Sebastião Reis Júnior Relator<sup>7</sup>.

Seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, alguns Tribunais Regionais seguem este entendimento:

PENAL. PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DE PENA. RECURSO DE AGRAVO. PEDIDO DE FIXAÇÃO DA DATA-BASE PARA FINS DE PROGRESSÃO DE REGIME NO DIA DA ÚLTIMA PRISÃO DO AGRAVANTE. PRETENSÃO INDEFERIDA NA ORIGEM. IRRESIGNAÇÃO DA DEFESA. PLEITO PELA REFORMA DA DECISÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO SUPERVENIENTE. UNIFICAÇÃO DAS PENAS. LAPSO TEMPORAL QUE DEVE SER FIXADO NO DIA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA ÚLTIMA CONDENAÇÃO DO AGRAVANTE E NÃO A DATA DA PRISÃO. PRECEDENTES STJ E STF. DECISÃO MANTIDA. "(...) Firmou-se na Turma o entendimento de que, sobrevivendo nova condenação no curso da execução penal, a contagem do prazo para a concessão de benefícios é interrompida e passa a ter como parâmetro a pena unificada ou somada, considerando-se como termo inicial para a contagem

7. STJ - HC: 309425 DF 2014/0301340-1, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Publicação: DJ 14/11/2014.

*do período aquisitivo, a data do trânsito em julgado da última condenação, não importando se o delito é anterior ou posterior ao início da execução penal.”<sup>8</sup>*

AGRAVO EM EXECUÇÃO - UNIFICAÇÃO DE PENAS - ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA A CONCESSÃO DE FUTUROS BENEFÍCIOS - TRÂNSITO EM JULGADO DA NOVA SENTENÇA CONDENATÓRIA. 1. Havendo o trânsito em julgado, para a acusação, da nova sentença condenatória, será esta data a do marco inicial para a concessão de novos benefícios na execução penal, após a unificação das penas. V.V. Deve ser considerada, como data-base para a obtenção de futuros benefícios da execução a data da última prisão do reeducando.<sup>9</sup>

No entanto, algumas Câmaras Criminais dos Tribunais Estaduais, não seguem o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, pois entendem de forma mais acertada que, esse posicionamento acarreta inúmeros prejuízos ao reeducando que cumpre pena privativa de liberdade.

Dentre os prejuízos deste entendimento equivocado, podemos destacar a inobservância a princípios constitucionais e a insegurança jurídica criada com a decisão, pois até mesmo a própria morosidade do judiciário pode alterar o benefício de progressão de regime de um reeducando que cumpre pena privativa de liberdade, tema esse que analisaremos oportunamente no próximo capítulo.

Entendendo assim, de forma mais correta sobre a interpretação da omissão do artigo 111 c/c artigo 118, inciso II da LEP, quanto à fixação do marco para o início do cumprimento da pena, quando sobrevier condenação por crime anterior ao cumprimento da pena, a data base para o cálculo será a data da última prisão:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO - SOMATÓRIO DAS PENAS - TERMO A QUO PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIOS EXECUTÓRIOS - TRÂNSITO EM JULGADO DA NOVA CONDENAÇÃO - INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA - CARÁTER VINCULANTE

8. TJ-PR - EP: 13375732 PR 1337573-2 (Acórdão), Relator: Sônia Regina de Castro, Data de Julgamento: 20/08/2015, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 1643 04/09/2015.

9. Agravo em execução penal nº 1.0521.14.001980-8/001 - Comarca de Ponte Nova - Agravante (s): Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Agravado(a)(s): Marcos Antônio da Silva.

- ART. 523, RITJMG - RECURSO PROVIDO. *Nos termos do Incidente de Uniformização de Jurisprudência no Agravo em Execução Penal nº. 1.0704.09.136730-7/001, o qual tem caráter vinculante, se, no curso da execução da pena, sobrevém nova condenação, seja por crime anterior ou posterior, considera-se o trânsito em julgado da última sentença penal condenatória como marco inicial para a concessão de benefícios executórios.*

V.V. AGRAVO EM EXECUÇÃO - TERMO INICIAL PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS - DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA NOVA SENTENÇA CONDENATÓRIA - INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DECIDIDO PELA CORTE SUPERIOR - AFASTAMENTO DO ENTENDIMENTO - NECESSIDADE - CÁLCULO A PARTIR DA ÚLTIMA PRISÃO DO REEDUCANDO - NECESSIDADE. I. *Deve ser afastado o teor do Incidente de Uniformização de Jurisprudência no Agravo em Execução Penal nº 1.0704.09.136730-7/001 (DJ 22/08/2012), deste Tribunal de Justiça, por se revelar como prejudicial ao reeducando, na medida em que, na ausência de previsão legal, adota interpretação que lhe é menos benéfica. II. Demonstrada a existência de patente ilegalidade em face do acusado/reeducando, deve-se conceder habeas corpus de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, afastando-se o constrangimento<sup>10</sup>.*

Assim nos ensina Rodrigo Roig:

Convencionou-se, portanto, não demandar a realização de aportes teóricos mais profundos para a atividade sancionatória, bastando, para que o proceder do magistrado seja considerado apropriado, que este na prática se valha de modelos<sup>11</sup> de sentença compartilhados por outros

10. TJMG - Agravo em Execução Penal 1.0231.15.023356-8/001, Relator(a): Des.(a) Júlio César Lorens, 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 15/03/2016, publicação da súmula em 21/03/2016).

11. *Verifica-se, na prática, a comum repetição acrítica de expressões e fundamentos positivistas ou discriminatórios consagrados na aplicação da pena (ex. personalidade voltada para o crime, dolo intenso, crime que causa grave comoção social), sem que sobre eles se debruce mais detalhadamente o magistrado aplicador. De fato, muitos dos fundamentos e expressões são empregados sem que o aplicador sequer saiba como e por quem foram cunhados e difundidos. O excesso de trabalho, o exíguo tempo para a elaboração de sentenças e a necessidade de produtividade tendem a eliminar juízos críticos sobre o modelo adotado. Em profunda crítica à burocratização das agências judiciais, cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 142, citado por ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Aplicação da pena: Limites, princípios e novos parâmetros, 2ª Edição. São Paulo Saraiva 2014 1 recurso online ISBN 9788502616196.*

magistrados, siga o plano traçado pelo art. 68 do Código Penal e não se afaste da jurisprudência dominante. Enfim, a supervalorização de um proceder automatizado escondeu por muito tempo a falta de uma teorização mais séria e sistemática da medição da pena, encobrindo ainda a necessidade de uma fundamentação mais densa quanto às premissas utilizadas pelo julgador na sua opção por uma pena mais ou menos extensa.<sup>12</sup>

Demonstra-se, portanto, a contradição entre os julgados das unidades da federação, e até mesmo entre Câmaras de julgamentos do mesmo Estado. O tema se mostra de uma complexidade gravíssima, tanto é que, no próprio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, já foi uniformizada a jurisprudência sobre o tema e algumas câmaras não seguem tal posicionamento, e ainda alguns tribunais desconsideraram o entendimento já pacificado no STF e no STJ, conforme demonstrado anteriormente.

### 3. A VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios constitucionais possuem natureza de norma e estão em um plano superior as leis, regulando direitos e valores fundamentais. Por isso possuem uma maior densidade normativa, possuem força normativa para tutelar os referidos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade.<sup>13</sup>

Os princípios da execução penal são meios de limitação racional do poder executório estatal sobre as pessoas. Esta definição traz consigo duas premissas fundamentais, que devem permear todos os princípios.

A primeira delas é de que jamais um princípio da execução penal pode ser evocado como fundamento para restringir direitos ou justificar maior rigor punitivo sobre as pessoas presas. Princípios são escudos normativos de proteção do indivíduo, não instrumentos a serviço da pretensão punitiva estatal, muito menos instrumentos de governo da pena.<sup>14</sup>

12. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: Limites, princípios e novos parâmetros*, 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014. Recurso online ISBN 9788502616196.

13. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014. Recurso online ISBN 9788502230262. Pag. 29.

14. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014. Recurso online ISBN 9788502230262. Pag. 29 e 30.

Esses princípios e tratados sobre Direitos Humanos se revelam a base jurídica para evitar qualquer “atrocidade” ou desproporcionalidade na aplicação do direito, não podendo a lei conter todo o poder legal:

A Declaração Universal se complementa com outros instrumentos internacionais que contribuem para o aperfeiçoamento de sua função de limite ideológico: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 16 de dezembro de 1966 (em vigência desde 23 de março de 1976), a Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados de 12 de dezembro de 1974, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, de Bogotá, 1948; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José de Costa Rica de 1969 etc. *Estes instrumentos devem ser levados em conta em qualquer interpretação que se faça do direito penal positivo intern, que não pode entrar em contradição com eles. Estes documentos têm criado, mediante uma base positiva, uma consciência jurídica universal.*<sup>15</sup> (Grifo nosso).

Dentre os princípios limitadores do poder punitivo do Estado, podemos citar o princípio da humanidade, que se traduz de forma resumida na observação a integridade física e psíquica do ser humano, e segundo Cezar Roberto Bitencourt, “dignidade da pessoa humana é um bem superior aos demais e essencial a todos os direitos fundamentais do homem, que atrai todos os demais valores constitucionais para si.”<sup>16</sup>

A norma do artigo 111 da LEP, quando não esclarece qual data será fixada para o cálculo dos benefícios na execução penal, gera um conflito de entendimentos de jurisprudências, conforme expostos anteriormente.

Dessa forma, o entendimento que deve prosperar diante da omissão da referida norma é o que afasta o incidente de uniformização de jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais nº 1.0704.09.136730-7/002 e não segue os precedentes do STF e do STJ.

15. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral* / Eugenio Raúl Zafaroni, José Henrique Pierangeli. – 8. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009. Pag. 63.

16. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral 1/Cezar Roberto Bitencourt*. – 20. Ed. Ver., e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014. Pag. 69.



Esse entendimento é minoritário, mas vem ganhando grande destaque e debate, considerando a data para os cálculos na execução penal a data da última prisão, quando sobrevier nova condenação por crime anterior à execução penal.

A compreensão e interpretação dessa norma devem ser feitas de acordo com os princípios constitucionais, basilares de todo ordenamento jurídico, considerando assim o princípio do contraditório, pois, se seguirmos o entendimento sufragado no incidente de uniformização de jurisprudências citado acima e o entendimento do STF e STJ, estaríamos contrariando o princípio do contraditório.

Seria “mais vantajoso” que um réu no processo penal tivesse proferida em seu desfavor uma condenação penal e que dela ele não interponha nenhum recurso, sendo que, a apresentação de recurso e a efetiva participação nos autos de um processo penal somente trariam a um acusado malefício, pois este arcaria com a morosidade do judiciário, que é evidente no cenário processual brasileiro, o que dispensa comentários.<sup>17</sup>

Por conseguinte, além de arcar com a morosidade do judiciário, o “adiamento” do trânsito em julgado de uma condenação penal, no uso de princípios basilares, como o princípio do contraditório, só estaria se prejudicando, pois o trânsito em julgado estaria a se aperfeiçoar no mínimo em juízo de segunda instância.

Rechaçando assim o princípio do contraditório, que tem por finalidade a necessidade de maior compreensão e participação na efetividade do direito, descrito assim nas palavras de Aroldo Plínio Gonçalves:

O contraditório não é o dizer e contradizer sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo possível. O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que

17. *Vara de Execuções Penais da Comarca de Ribeirão das Neves, 0231.15.011.100-4, Ministério Público e Murilo Augusto Silva. Juiz de Direito Bruno Taveira.*

compõem a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo. (GONÇALVES, 1992, p. 127)<sup>18</sup>

Sendo nas palavras do Professor Guilherme de Souza Nucci, “um perfeito equilíbrio na relação estabelecida entre a pretensão punitiva do Estado e o direito à liberdade e à manutenção do estado de inocência de acusado (art. 5º LV, CF)”. (NUCCI, 2014, cap.3.2).<sup>19</sup>

Entendimento este que não diverge da Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação. Exige: 1- notificação dos atos processuais à parte interessada; 2- possibilidade de exame das provas constantes do processo; 3- direito de assistir à inquirição de testemunhas; 4- direito de apresentar defesa escrita (DI PIETRO, 2007, p. 367)<sup>20</sup>.

Dessa forma, ao desconsiderar o tempo de pena cumprida, fazendo novo cálculo na execução penal, desconsidera outro princípio constitucional, o princípio da igualdade, princípio este consagrado no artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988:

As partes devem ter, em juízo, as mesmas oportunidades de fazer valer suas razões, e ser tratadas igualmente, na medida de suas igualdades, e desigualmente, na proporção de suas desigualdades. Na execução penal e no processo penal, o princípio sofre alguma atenuação pelo, também constitucional, princípio favor rei, postulado segundo o qual o interesse do acusado goza de alguma prevalência em contraste com a pretensão punitiva. (CAPEZ, 2008, p. 19)<sup>21</sup>.

18. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*, Aide Editora, RJ, 1992, p. 127.

19. NUCCI, Guilherme de Souza, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, 11ª Edição, 2014, Editora Forense. Cap. 3.2.

20. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 20ª edição, São Paulo, Atlas, 2007, p. 367.

21. CARPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*, vol. 4, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 19.

Diante da própria situação criada pelo entendimento exposto no incidente de uniformização de jurisprudência do TJMG e do entendimento pacífico do STF e do STJ, se considerarmos duas pessoas condenadas com a mesma pena, presas no mesmo dia, com situações jurídicas iguais, mas que o trânsito em julgado da condenação se deem em datas diversas, teremos a mesma situação com tratamentos diferentes.

Conforme o princípio da dignidade da pessoa humana, nas lições do teórico Rodrigo Rog, devemos minimizar a intervenção do poder punitivo do Estado, não podendo este direcionar sua ação punitiva de forma imensurável e sem proporcionalidade. A ideia central dos princípios e normas constitucionais trazidas pelo ilustre jurista, com a qual coadunamos é que deve ser mínima a pretensão do poder punitivo que o Estado tem sobre a pessoa sentenciada:

Tendo em vista que a dimensão do significado de dignidade da pessoa humana e humanidade das penas abrange a necessidade de se evitar ao máximo que os sujeitos de direito sejam afetados pela intervenção do poder punitivo, e que a construção de uma sociedade livre, justa, solidária, orientada no sentido da erradicação da marginalização e redução das desigualdades sociais e que promova o bem de todos mostra-se incompatível com a habilitação desmesurada e irracional daquele poder, é possível concluir pela existência de um autêntico dever jurídico-constitucional das agências jurídicas, em especial a judicial, no sentido de minimizar a intensidade de afetação do poder punitivo sobre o indivíduo sentenciado<sup>22</sup>.

Trata-se, afinal, de um compromisso constitucional das tais agências, firmado em defesa da substancialidade dos direitos fundamentais do acusado. A intensificação do encarceramento opõe-se à liberdade, justiça e solidariedade sociais, contribui para a marginalização social, obsta a redução das desigualdades sociais e deixa de promover o bem de todos, ao olvidar o bem dos

acusados. Diante dessas constatações, chega-se à conclusão de que a redução da magnitude aflitiva do indivíduo condenado foi, em suma, o sentido político-criminal traçado pelo constituinte originário. A atuação do juiz somente possui legitimidade substitutiva da investidura popular e democrática se seguir rigidamente a Constituição. Considerando que o escopo constitucional de 1988 é o de minimizar os danos sociais, morais e existenciais da experiência penal sobre o sentenciado, é exatamente este o norte a ser adotado pelo magistrado aplicador<sup>23</sup>.

Para evitar essas situações divergentes, o referido princípio da igualdade seria para dirimir essas situações concretas.

Tal princípio assumiria um caráter de dupla aplicação, qual seja: uma teórica, com a finalidade de repulsar privilégios injustificados; e outra prática, ajudando na diminuição dos efeitos decorrentes das desigualdades evidenciadas diante do caso concreto. Assim, tal princípio constitucional se constitui na ponte entre o Direito e a realidade que lhe é subjacente. (PORTANOVA, 2004, p.228-279)<sup>24</sup>.

Ainda, para não restar dúvidas sobre a aplicação do referido artigo, temos os ensinamentos de Pedro Lenza, senão vejamos:

O art. 5º, caput, consagra que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a igualdade material, na medida em que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Isso porque, no Estado social ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada perante a lei (LENZA, 2009, p.679)<sup>25</sup>.

Seguindo tal raciocínio, se o referido entendimento prosperar, violará também a norma do artigo 387, §2º, do Código de Processo

22. WOLTER, Jürgen; JUNG, Heike. 140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht, Goldammer's Archiv für Strafrecht, v. 143, n. 5, 1996, p. 245. Por sua vez, afirmando a natureza política da atuação do Poder Judiciário, cf. KARAM, Maria Lúcia. Aplicação da Pena: Por uma nova atuação da justiça criminal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 6, 1994, p. 122-123. Citado por por ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Aplicação da pena: Limites, princípios e novos parâmetros, 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014. Recurso online ISBN 9788502616196, pag. 22.

23. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Aplicação da pena: Limites, princípios e novos parâmetros, 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014. Recurso online ISBN 9788502616196, pag. 22 e 23.

24. PORTANOVA, Rui. Princípio Igualizador. In: Revista da AJURIS, 2004, n.º. 62, p.:278-289.

25. LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado: Igualdade Formal e Material. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 679.

Penal, uma vez que, a norma instituída pela Lei 12.736/2012, já contempla a detração no curso da execução criminal para fins de fixação de regime e cálculo de benefícios na execução penal.

A nova detração feita no curso do cumprimento de uma pena privativa de liberdade, de acordo com o entendimento do Incidente de Uniformização do TJMG e o entendimento majoritário do STF e STJ, qual seja, sobrevivendo nova condenação no curso da execução penal, a contagem do prazo para a concessão de benefícios é interrompida e passa a ter como parâmetro a pena unificada ou somada, considerando-se como termo inicial para a contagem do período aquisitivo, a data do trânsito em julgado da última condenação, não importando se o delito é anterior ou posterior ao início da execução penal, no entanto, este entendimento como demonstrado desconsidera o tempo de pena já cumprido pelo sentenciado.

O entendimento majoritário sobre o tema está em frontal desacordo aos objetivos da Lei nº 12.736/2012, que modificou o sistema de detração da pena, que anteriormente a ela era feito somente no juízo da execução penal. A partir da edição da nova lei, ficou clara a intenção do legislador, que foi a de estabelecer a aplicação da detração referente à prisão processual no juízo de mérito, atendendo ao princípio da celeridade e da economia processual, antevendo a prestação jurisdicional.

No entanto, o que se percebe na prática processual penal é que, quando surge um entendimento ou uma norma que se destina a minimizar os gastos públicos gerados pelos estabelecimentos prisionais e até mesmo evitar aprisionamento demasiado, cria-se outro, aumentando o tempo de encarceramento, criando entendimentos que contrariam toda a lógica de interpretação da Lei de Execuções Penais, que tem por finalidade a ressocialização de uma pessoa privada de sua liberdade.

Entendimento esse que condiz com o momento de “inflação penal” no qual vivemos, em que se observa que o direito penal será um “salvador da pátria”, esquecendo que se trata de uma esfera residual, em que se espera que o direito penal seja a *ultima ratio*, e não pode ser utilizando como forma de “prover uma justiça instantânea e quantitativa”, conforme nos ensina Rodrigo Roig:

A superação do regime pré-Constituição de 1988 parte, toda via, da percepção de que a consagração da “fé punitiva” e o apego à projeção de finalidades para a sanção penal ofuscam a observação da realidade punitiva brasileira, ocultando suas mazelas<sup>26</sup>. De fato, a prática da aplicação de pena ainda não logrou desapegar-se da aspiração de prover justiça por uma via instantânea e meramente quantitativa. Tal “justiça instantânea e quantitativa” busca cindir o tempo existencial da pena do tempo físico, reitor do espaço livre, olvidando que tempos abstratamente idênticos refletem vivências inteiramente díspares<sup>27</sup>.

A interpretação majoritária sobre o tema exposto até o presente momento não é feita conforme a constituição, não estando as normas infraconstitucionais de acordo com os princípios e fundamentos da própria Carta Magna de 1988:

A interpretação conforme a Constituição é o método de interpretação por meio do qual o intérprete, de acordo com uma concepção penal garantista, procura aferir a validade das normas mediante seu confronto com a Constituição. As normas infraconstitucionais devem, sempre, ser analisadas e interpretadas de acordo com os princípios informadores da Carta Constitucional, não podendo, de modo algum, afrontá-los, sob pena de ver judicialmente declarada sua invalidade, seja mediante o controle direto de constitucionalidade, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, seja pelo controle difuso, atribuído a todos os juízes que atuam individual (monocráticos) ou coletivamente (colegiados) (GRECO, 2015, p.191)<sup>28</sup>.

Ainda havendo dúvidas quanto à interpretação das normas penais, não deve outro entendimento prosperar, a não ser o de que, em caso de dúvidas, o benefício tem que se dar em favor do agente:

26. CARVALHO, Salo de. *Supérfluos fins (da pena): constituição agnóstica e redução de danos*. Boletim IBCCRIM, v. 13, n. 156, São Paulo, nov. 2005, p. 14. Citado por ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: Limites, princípios e novos parâmetros*, 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014. Recurso online ISBN 9788502616196, pag. 50.

27. Nesse contexto, cf. BATISTA; ZAFFARONI. *Op. cit.*, p. 296; MESSUTI DE ZABALA, Ana Maria. *O tempo como pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 33. Citado por ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: Limites, princípios e novos parâmetros*, 2ª Edição. São Paulo Saraiva 2014 1 recurso online ISBN 9788502616196, pag. 50.

28. GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal - Vol. 2*, 2015, Editora Impetus, pag. 191.

De posição mais adequada aos métodos de interpretação da lei penal, preconiza que, havendo dúvida em matéria de interpretação, deve esta ser resolvida em benefício do agente (in dubio pro reo). É a posição defendida por Hungria: "No caso de irredutível dúvida entre o espírito e as palavras da lei, é força acolher, em direito penal, irrestritamente, o princípio do in dubio pro reo (isto é, o mesmo critério de solução nos casos de prova dúbia no processo penal). Desde que não seja possível descobrir-se a voluntas legis, deve guiar-se o intérprete pela conhecida máxima: favorab/iasunt ampliando, odiosa restringenda. O que vale dizer: a lei penal deve ser interpretada restritivamente quando prejudicial ao réu, e extensivamente no caso contrário. (GRECO, 2011, p. 127)<sup>29</sup>.

A Constituição Federal tem de ser analisada como um todo, dentro de uma lógica, de um sistema integrador de normas e princípios:

Anota Canotilho que, "como 'ponto de orientação', 'guia de discussão' e 'factor hermenêutico de decisão', o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão [...]. (LENZA, 2014, p.226)<sup>30</sup>.

No mesmo sentido, o magistério de Pedro Lenza nos traz o entendimento do Ministro Gilmar Mendes:

Nesse sentido, como anota Gilmar Mendes, 'sem desprezar o significado dos fatores históricos, políticos e sociais para a força normativa da constituição, confere Hesse peculiar realce à chamada vontade da Constituição (*wille zur verfassung*). A Constituição, ensina Hesse, transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se fizerem presentes, na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a

vontade de poder (*wille zur macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)<sup>31</sup>.

Com efeito, resta clarividente que toda a sociedade está diretamente vinculada à Constituição vigente (obviamente submetida às normas e aos princípios nela instituídos), de modo que os princípios que tutelam valores fundamentais em nosso ordenamento jurídico devem ser respeitados por todos, sem qualquer exceção. Ademais, a interpretação de qualquer norma não pode ser contrária a estas normas e princípios, uma vez que a elas estamos submetidos, senão vejamos:

Conseqüentemente, os fins pretendidos por determinado Estado de Direito se atrelam à própria forma pela qual este encara a pena. Nesse contexto, mostra-se estreita a vinculação entre pena, forma de governo e regime de governo, sendo correto afirmar que a conexão entre Estado e Direito Penal somente pode ser feita por meio da Constituição vigente em cada momento<sup>32</sup>. Nossa Constituição inicia seu texto (art. 1o) proclamando ser o Brasil uma República que se constitui em Estado Democrático de Direito, adotando assim a forma de governo republicana e o regime democrático de governo. Democracia e Republicanismo são, portanto, juntos e de uma só vez, os elementos basilares do Estado de Direito brasileiro e os parâmetros a serem seguidos na aplicação da pena privativa de liberdade. Sabe-se que nosso Estado Republicano e Democrático de Direito possui objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3o, I, da CRFB), a erradicação da marginalização e redução das desigualdades sociais (art. 3o, III, da CRFB) e a promoção do bem de todos (art. 3o, IV, da CRFB) e como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1o, III, da CRFB). De fato, a dignidade humana atua como postulado inspirador de todos os direitos fundamentais, permeando a interpretação das normas e dos princípios em matéria penal. Em última análise, toda ordem jurídica a ela se reporta<sup>33</sup>. Este o sentido que se deve atribuir ao princípio<sup>34 35</sup>.

29. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Vol. I. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, pag. 127.*

30. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático. São Paulo: Saraiva, revista atualizada e ampliada, 3ª tiragem, 2014, cita o J.J.G. Canotilho, Direito constitucional e teoria da Constituição, 6 ed., p.226.*

31. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático. São Paulo: Saraiva, revista atualizada e ampliada, 3ª tiragem, 2014, cita Gilmar Mendes, em apresentação ao trabalho de Konrad Hesse, A força normativa da Constituição, que serviu de base para a aula inaugural na Universidade de Freiburg-RFA, em 1959.*

32. MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho. In: MIR PUIG, Santiago. El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Barcelona: Ariel, 1994, p. 34. Ainda sobre o tema, GONZÁLES CUSSAC, Jose Luíz. *Derecho penal y teoría de la democracia. In: Cuadernos Jurídicos, Revista Mensal de Derecho, n. 30, p. 12, maio 1995. Citado por ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Aplicação da pena: Limites, princípios e novos parâmetros, 2ª Edição. São Paulo Saraiva 2014 1 recurso online ISBN 9788502616196, pag. 20.**

Assim, o entendimento majoritário de interpretação da omissão da norma do artigo 111 c/c artigo 118, II da Lei de Execuções Penais, é um entendimento equivocado, “*pois diante de normas plurissignificativas ou polissêmicas (que possuem mais de uma interpretação), deve-se preferir a exegese que mais se aproxime da Constituição e, portanto, que não seja contrário ao texto constitucional (...)*”<sup>36</sup>.

Assim nos ensina Rodrigo Roig:

Convencionou-se, portanto, não demandar a realização de aportes teóricos mais profundos para a atividade sancionatória, bastando, para que o proceder do magistrado seja considerado apropriado, que este na prática se valha de modelos<sup>37</sup> de sentença compartilhados por outros magistrados, siga o plano traçado pelo art. 68 do Código Penal e não se afaste da jurisprudência dominante. Enfim, a supervalorização de um proceder automatizado escondeu por muito tempo a falta de uma teorização mais séria e sistemática da medição da pena, encobrindo ainda a necessidade de uma fundamentação mais densa quanto às premissas utilizadas pelo julgador na sua opção por uma pena mais ou menos extensa<sup>38</sup>.

Um exemplo prático dos prejuízos trazidos pelo posicionamento majoritário seria na situação hipotética de um reeducando primário que cumpre

pena privativa de liberdade por descumprir a norma do artigo 121, § 2º, incisos I e IV do Código Penal (crime hediondo), com uma privativa de liberdade de 14 (quatorze) anos, sendo preso em flagrante na data de 07/07/2011.

No entanto, no curso do cumprimento da sua pena privativa de liberdade foi unificada uma nova guia de condenação transitada em julgado na data de 07/07/2014, com pena de 08 (oito) anos por crime cometido anteriormente ao início do cumprimento da pena do artigo 121, § 2º, I e IV.

Sendo assim, se usarmos como temporal para obtenção de benefícios a data da última prisão, teremos sua progressão de regime ao semiaberto para 25/04/2020.

Todavia, se considerarmos a data do último trânsito em julgado, qual seria 07/07/2014, sua progressão de regime para o semiaberto estaria datada para 13/02/2022.

## PONDERAÇÕES FINAIS

Constatou-se, através do presente artigo, a necessidade do afastamento do entendimento pacificado no âmbito dos Tribunais Superiores (STF e STJ), não devendo ser considerado o entendimento que, sobrevivendo nova condenação no curso da execução penal, a contagem do prazo para a concessão de benefícios será interrompida e passará a ter como parâmetro a pena unificada ou

33. BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 147. Sobre o tema, conferir ainda PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Direito penal e estado democrático de direito: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 50-51. Citado por ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: Limites, princípios e novos parâmetros*, 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014. Recurso online ISBN 9788502616196, pag. 21.

34. *A construção do sentido de dignidade aqui realizada teve a preocupação de não recair em mais um discurso retórico de evocação da dignidade humana, retórica esta que por muitas vezes esvazia a relevância e aplicabilidade do postulado. O sentido de dignidade humana aqui esposado funda-se de maneira concreta na humanidade das penas, cuja extensão não se limita à vedação das penas de morte, caráter perpétuo, trabalhos forçados, banimento ou cruéis, mas de qualquer privação da liberdade cuja aplicação enseje a afetação individual do acusado para além do constitucionalmente autorizado. Sobre as distintas dimensões do princípio e sua relevância, cf. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. Citado por ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: Limites, princípios e novos parâmetros*, 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014. Recurso online ISBN 9788502616196, pag. 21.*

35. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: Limites, princípios e novos parâmetros*, 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014. Recurso online ISBN 9788502616196, pag. 20 e 21.

36. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. São Paulo: Saraiva, revista atualizada e ampliada, 3ª tiragem, 2014, pág. 173.

37. *Verifica-se, na prática, a comum repetição acrítica de expressões e fundamentos positivistas ou discriminatórios consagrados na aplicação da pena (ex. personalidade voltada para o crime, dolo intenso, crime que causa grave comoção social), sem que sobre eles se debruce mais detalhadamente o magistrado aplicador. De fato, muitos dos fundamentos e expressões são empregados sem que o aplicador sequer saiba como e por quem foram cunhados e difundidos. O excesso de trabalho, o exíguo tempo para a elaboração de sentenças e a necessidade de produtividade tendem a eliminar juízos críticos sobre o modelo adotado. Em profunda crítica à burocratização das agências judiciais, cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 142, citado por ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: Limites, princípios e novos parâmetros*, 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014. Recurso online ISBN 9788502616196.*

38. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: Limites, princípios e novos parâmetros*, 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014. Recurso online ISBN 9788502616196.

somada, considerando-se como termo inicial para a contagem do período aquisitivo de benefícios, a data do trânsito em julgado da última condenação, não importando se o delito é anterior ou posterior ao início da execução penal.

É cediço que a progressão de regime dar-se-á após o cumprimento dos requisitos objetivos/temporal (cumprimento do quantum da pena) e subjetivo (bom comportamento atestado pela direção da unidade prisional).

Com efeito, durante o cumprimento de pena, a data base pode ser alterada em decorrência do cometimento de falta grave e da superveniência de condenação transitada em julgado.

A interpretação da omissão das normas dos artigos 111 c/c artigo 118, II da Lei de Execuções Penais deve considerar o sistema processual e

constitucional como um todo, verificando a função da execução penal e considerar o lapso temporal para obtenção de benefícios à data da última prisão.

Ora, 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 da própria decisão judicial, como forma de compensação pelo excesso de execução que lhe foi imposto, devendo esse excesso ser considerado como tempo cumprido no novo regime (no caso de unificação das penas).

Insta salientar, que a evolução do direito constitucional está intimamente ligada à evolução do direito penal, buscando sempre uma harmonização entre a interpretação de ambas as normas e dos princípios que os norteiam.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. vol. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/Cezar Roberto Bitencourt. – 20. Ed. Ver., e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. vol. 4, São Paulo: Saraiva, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica Processual e Teoria do Processo, Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.
- \_\_\_\_\_. Curso de Direito Penal. vol. 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Vol. I. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. vol. 2. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.
- LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. revista atualizada e ampliada, 3º tiragem, 2014, cita o J.J.G. Canotilho, Direito constitucional e teoria da Constituição. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2016.
- \_\_\_\_\_. Direito Constitucional Esquematizado. revista atualizada e ampliada, 3.ª tiragem, 2014, cita Gilmar Mendes, em apresentação ao trabalho de Konrad Hesse, A força normativa da Constituição, que serviu de base para a aula inaugural na Universidade de Freiburg-RFA, em 1959. São Paulo: Saraiva, 2014.
- \_\_\_\_\_. Direito Constitucional Esquematizado. revista atualizada e ampliada, 3.ª tiragem, 2014. São Paulo: Saraiva, 2014.
- \_\_\_\_\_. Direito Constitucional Esquematizado: Igualdade Formal e Material. São Paulo: Saraiva, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- PINTO, Ronaldo Batista. Primeiras observações sobre a alteração promovida no art. 387 do Código de Processo Penal. Acessado em 08/04/2016, disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI169226,41046Primeiras+observacoes+sobre+a+alteracao+promovida+no+art+387+do>>.
- PORTANOVA, Rui. Princípio Igualizador. In: Revista da AJURIS, nº. 62, p. 278-289.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Aplicação da pena: Limites, princípios e novos parâmetros. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução penal teoria crítica. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral / Eugenio Raúl Zafaroni, José Henrique Pierangeli. – 8. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009.