

8

A SOMA DE PENAS NA EXECUÇÃO PENAL E A DEFINIÇÃO DO MARCO PARA BENEFÍCIOS

(THE ADDITION OF PENALTIES IN CRIMINAL PROCEDURAL AND THE LANDMARK SETTING FOR BENEFITS)

Thiago Colnago Cabral¹

Ana Carolina Silva e Silva²

RESUMO

A soma de penas é incidente da Execução Penal que tem por característica a definição de novo marco para a contagem dos futuros benefícios prisionais. Tal circunstância revela a importância do tema e, sobretudo, suas consequências nos direitos individuais de cada sentenciado. Apesar disso, a jurisprudência tem revelado divergência quanto à definição do citado marco. Este é o tema do presente estudo, que aponta os equívocos técnicos da evolução da jurisprudência.

ABSTRACT

The addition of penalties is incident in criminal procedure whose feature the new benchmark setting for the counting of future prison

¹ Juiz da Vara de Execuções Penais em Governador Valadares. Mestrando em Direito Penal e Criminologia pela USP. Docente dos cursos de formação de magistrados da ENFAM. Membro das comissões constituídas pela AMB e pela AMAGIS, respectivamente, para apresentação de propostas aos projetos de Código Penal, de Lei de Execução Penal e para regulamentação da carreira de agente prisional em MG. Ganhador do Prêmio Innovare em 2013.

² Assessora de Juiz do Poder Judiciário de Minas Gerais.

benefits. This circumstance reveals the importance of the subject and, above all, their consequences on individual rights of each prisoner. Although, the jurisprudence has revealed disagreement about landmark settings. This is the theme of this study, which shows the misconceptions of the jurisprudence.

Palavras-chave: Execução Penal. Soma de penas. Marco inicial. Benefícios futuros. Divergência jurisprudencial.

Keywords: Criminal procedure. Addition of penalties. Landmark settings. New benefits. Jurisprudential divergence.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A prescrição do art. 111 da Lei de Execução Penal e suas implicações jurídicas. 3. A evolução da jurisprudência sobre o tema. 4. Consequências práticas da divergência jurisprudencial. 5. Exame dos fundamentos da jurisprudência. 6. Conclusões. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, deve ser destacada a existência de duas figuras distintas relativamente à adição de penas, consistentes na unificação e na soma propriamente dita, conquanto seja corriqueira a menção indistinta aos citados institutos como se sinônimos.

Tais figuras detêm natureza jurídica distinta, eis que enquanto a unificação é reservada às hipóteses de conjugação de penas de natureza diversa (restritiva de direitos *versus* privativa de liberdade) a soma se reserva à conjugação de penas de mesma natureza.

Melhor colocando a questão, haverá unificação de penas quando uma das penas em cumprimento (restritiva de direitos) tenha de ser convertida em privativa de liberdade para que, só após tal operação, seja somada à outra pena, preexistente ou superveniente.

Noutro plano, a soma de penas estará configurada quando, independentemente do regime prisional, se encontrarem penderes de cumprimento penas de mesma natureza (v.g. privativa de liberdade, prestação pecuniária, prestação de serviços à comunidade, etc.), o que exige que o juízo da execução promova a adição das penas de mesma natureza de maneira a apurar o total da condenação.

A referida distinção é fundamental para enquadramento do objeto do presente estudo, que tem por escopo a redefinição do marco temporal para a contagem do requisito objetivo para novas progressões após a soma de penas na Execução Penal, apontada pela jurisprudência como consequência da superveniência de condenação no curso do cumprimento de penas.

A importância da questão remonta sobretudo à constatação de que o art. 111 da Lei de Execução Penal não dispõe expressamente quanto à mencionada redefinição do novo marco para benefícios na hipótese da soma, o que contribuiu para que se instaurasse relevante divergência jurisprudencial sobre a matéria.

De um lado, se colocaram julgados apontando que a data do trânsito em julgado da condenação superveniente haveria de ser o termo ao cômputo do prazo para obtenção de nova progressão, ao passo que, de outro lado, outros tantos entendimentos afirmaram que o parâmetro à contagem haveria de ser a data da última prisão.

Não bastasse isto, alguns entendimentos surgiram entre os citados extremos, sustentando que outros haveriam de ser o termo inicial à contagem do prazo para obtenção de nova progressão no caso de soma de penas.

Pode-se dizer que os entendimentos diversos firmados no âmbito dos tribunais nacionais possuem o mesmo objetivo que é sanar a omissão legislativa infraconstitucional, realizando, portanto, uma interpretação extensiva do texto da lei, levando em consideração, sobretudo, àquela mais favorável ao sentenciado, por força do princípio do *favor rei*.

É este justamente o contexto do presente estudo.

2. A PRESCRIÇÃO DO ART. 111 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

No pormenor, é interessante destacar que a divergência jurisprudencial se dá basicamente em virtude de o art. 111 da LEP se restringir a mencionar como se dará o somatório das penas, nada dispondo acerca do marco a ser considerado para a contagem do prazo para novas progressões de regime.

A redação do preceito é a seguinte:

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

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

Resta bem claro, com a simples leitura do dispositivo legal, que quanto ao sentenciado em cumprimento de pena sobrevier nova condenação penal, a soma de penas deverá observar a seguinte forma: pena superveniente acrescida da pena restante, computando-se como pena cumprida na data do acréscimo os períodos eventualmente remidos, comutados e detraídos.

Em sequência, para fins de fixação de regime, deverá se observar a pena total resultante da adição das reprimendas e da subtração das penas cumpridas, seguindo os ditames do art. 33 do Código Penal.³

³ Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º Considera-se:

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

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

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

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

É justamente a contar desta operação que serão definidos os novos termos finais para obtenção de novas progressões de regime pelo sentenciado, observando a forma progressiva adotada pelo sistema normativo (art. 112 da LEP).⁴

Pois bem.

A temática proposta remonta a aferir a partir de quando haverá de ser computada a pena para fins de obtenção de novas progressões na hipótese da soma de penas.

Para tanto e já ingressando no exame propriamente dito da questão, afigura-se imprescindível a recordação de que, como corolário do sistema progressivo de cumprimento de penas, a Lei de Execuções Penais estabelece que será promovida a regressão ao regime mais grave quando: a) praticado fato definido como crime doloso ou como falta grave (art. 118, inciso I, da LEP); ou b) sobrevier condenação por crime anterior cujo somatório de penas inviabilize a manutenção do regime prisional (art. 118, inciso II, da LEP).

Singela a conclusão de que o art. 118 da LEP enseja duas situações: a primeira, concernente ao fato de a condenação superveniente referir-se a crime doloso praticado no curso da execução penal; e a segunda, para as hipóteses de a dita condenação estar calcada em crime culposo ou contravenção, praticado no curso do cumprimento da pena, ou em fato anterior ao início da execução, bem como em relação à condenação decorrente de prática de crime doloso cuja falta não tenha sido homologada judicialmente.

§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais

⁴ Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes.

A citada distinção decorre da prescrição do art. 52 da Lei de Execução Penal, o qual dispõe que a prática de fato definida como crime doloso durante o cumprimento da pena configura falta grave, o que implica na instauração de incidente para sua apuração, observando os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Caso seja julgado procedente o dito incidente, ocorrerá a regressão de regime prisional e a perda de até a terça parte de dias remidos.

O reconhecimento da falta repercute na regressão do regime prisional, o que enseja a definição de novo marco inicial para a contagem do prazo de progressão, especificamente na data do cometimento da falta grave.

Pertinente, então, sublinhar a coincidência entre a data da falta, quando estabelecido o novo marco à contagem do prazo para a progressão e a colocação no novo regime prisional mais severo.

Insta salientar que não é admissível, salvo violando a vedação ao *bis in idem*, que o mesmo fato, em momento posterior, quando objeto de sentença condenatória penal, sirva à nova definição de marco ao cômputo de benefícios, já que, nesse caso, estar-se-ia admitindo que um único fato fosse sopesado, por duas vezes, para agravar a situação prisional do segregado.

Já a segunda situação se reserva às demais hipóteses, quais sejam: condenação decorrente de crime culposo ou contravenção perpetrada no curso do cumprimento de penas e condenação decorrente de fato anterior ao início da execução penal, já que ambas não ensejam o reconhecimento de falta disciplinar, bem como no caso de condenação por crime doloso praticado no curso da execução que, por qualquer razão, não tenha sido objeto de falta homologada judicialmente.

Tais situações podem ensejar duas consequências distintas, diferenciadas basicamente pelo fato de a soma de penas repercutir, ou não, na fixação de novo regime prisional.

Com efeito, estando o sentenciado em regime fechado quando advém a nova condenação ou, de outro lado, não sendo esta de monta que repercute no agravamento do regime prisional, ter-se-á mera adição temporal dos períodos de penas (v.g. pena de 8 anos + pena de 12 anos, totalizando pena de 20 anos, impondo-se o regime fechado, em que já estava o sentenciado; ou pena de 1 ano + pena de 1 ano e 6 meses, que não agrava o regime de cumprimento, o qual já era o aberto).

Feitas essas somas, uma vez mais incide a regra literal do art. 112 da Lei de Execução Penal, estabelecendo que o requisito objetivo para a progressão de regime prisional será computado “no regime anterior”, na expressão do legislador.

Ora, se o sentenciado já se encontrava no regime fechado, ou se a nova condenação não repercutiu no agravamento do regime prisional, não há dúvidas de que o regime em que o sentenciado estava não foi alterado, fosse ou não o fechado, de modo que configura o “regime anterior” definido pelo legislador para fins de cômputo do prazo de progressão.

É certo, todavia, que o acréscimo de pena repercutirá na majoração de seu total e, por conseguinte, na modificação do prazo correspondente ao percentual de cumprimento necessário à progressão (um sexto, dois quintos ou três quintos), tendo em vista que a fração passa a ser computada em relação à base maior.

Nesse diapasão, se o sentenciado sempre esteve naquele regime, vale dizer: “no regime anterior”, não há sentido lógico ou mesmo fundamento legal expresso que legitime a redefinição do marco inicial ao cômputo do prazo de progressão.

Outra hipótese estará configurada quando a soma das penas repercutir na modificação do regime prisional, o qual passa a ser mais severo tendo em vista a ampliação do quantitativo de penas.

Nessa situação, o próprio agravamento do regime decorrente do aumento do quantitativo de penas ensejará o estabelecimento de novo “regime anterior”, como definido pelo legislador no art. 112 da Lei de Execuções Penais, de forma que esta razão, por si só, restabelece a contagem do prazo para progressão de regime prisional, independentemente de qualquer imposição de novo marco.

Logo, também nessa situação descabe definir novo marco à obtenção de progressão de regime, eis que a redefinição integral do requisito objetivo decorre da própria colocação em regime mais grave.

Pois bem, definido o modo como se dará a soma de penas quando, no curso da execução penal sobrevier uma nova condenação penal, surgem as seguintes indagações: qual o termo inicial para contagem dos novos benefícios? A data do trânsito em julgado da sentença condenatória? Data da última prisão? Ou da data da decisão que somou as penas?

Esta é a temática que vem suscitando divergências na jurisprudência.

Em razão dessa omissão legislativa, a jurisprudência nacional, nas mais diversas instâncias, vem proferindo decisões divergentes a respeito da matéria.

3. A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA

A jurisprudência vinha apresentando, tanto no Superior Tribunal de Justiça quanto no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, relativa divergência sobre o tema, conquanto incidisse não propriamente sobre a soma, mas, sim, quanto ao termo inicial, após a adição de condenações, para a contagem de prazo para progressão de regime.

A dissonância jurisprudencial ora fixava o marco na data do trânsito em julgado da nova condenação penal, ora na data da última prisão.

A divergência pode ser verificada, primeiramente, no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

EXECUÇÃO PENAL. RECURSO ESPECIAL. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENÇÃO. UNIFICAÇÃO DAS PENAS. ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FUTUROS. TERMO *A QUO*. TRÂNSITO EM JULGADO DA NOVA CONDENÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, ‘sobrevindo nova condenação ao apenado no curso da execução da pena – seja por crime anterior ou posterior –, interrompe-se a contagem do prazo para a concessão do benefício da progressão de regime, que deverá ser novamente calculado com base na soma das penas restantes a serem cumpridas’ (HC 95.669/RJ, Rel. Min. Félix Fischer, Quinta Turma, DJ de 18/8/2008).

2. O marco inicial da contagem do novo prazo é o trânsito em julgado da sentença condenatória do delito praticado (STF, HC 77.765/PR, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 27/4/2001).

3. Recurso especial provido para determinar a alteração da data-base para obtenção de futuros benefícios, a partir do trânsito em julgado da nova condenação. (STJ, REsp 1.133.977/RS, Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, DJe 15/03/2010).

PENAL. *HABEAS CORPUS*. UNIFICAÇÃO DE PENAS. TRÊS CONDENAÇÕES: TRÊS PENAS DE DETENÇÃO E UMA DE RECLUSÃO. EQUÍVOCO NO CÁLCULO. DESCONSIDERAÇÃO DE UMA DAS REPRIMENDAS. PROGRESSÃO PARA O REGIME SEMIABERTO. TRIBUNAL DE ORIGEM RETIFICA A DATA PARA O INÍCIO DO PRAZO PARA BENEFÍCIOS. ÚLTIMA CONDENAÇÃO NO REGIME INICIAL FECHADO. DATA-BASE: INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA NO REGIME FECHADO. REGRESSÃO. INOCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Juízo *a quo* determinou a progressão do paciente ao regime semiaberto, em virtude de certidão equivocada acerca do cálculo das penas impostas, que desconsiderou uma condenação, conquanto tenha sido proferida após o advento da reprimenda que fixou o regime inicial fechado.

2. Em sede de recurso, o Tribunal de origem estabeleceu novo marco para a obtenção dos benefícios, previstos na Lei de Execução Penal, em decorrência da soma das penas resultantes das diversas condenações.

3. A contagem para a progressão, contudo, deve iniciar-se desde a prisão do sentenciado no regime fechado, visto que inorcorreu regressão, pois a decisão colegiada apenas se referiu à unificação de penas. *In casu*, embora o apenado estivesse em regime semiaberto, a decisão unipessoal de progressão restou substituída pelo acordado no Tribunal de origem, não havendo, assim, a regressão ao regime fechado, mas somente a sua manutenção jurídica.

4. Ordem concedida a fim de que o Juízo das Execuções Criminais analise os incidentes da execução penal tendo por marco inicial a data na qual o paciente iniciou o cumprimento da reprimenda no regime fechado. (STJ, HC 97.958/MS, Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, 6^a Turma, DJe 23/08/2010). (Grifos nossos)

Também nesta mesma linha, no Tribunal de Justiça de Minas Gerais se constata contrariedade nos julgados, como evidenciado nos precedentes abaixo transcritos:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – UNIFICAÇÃO DE PENAS – MARCO INICIAL PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO – TRÂNSITO EM JULGADO DA NOVA CONDENAÇÃO.

Impõe-se o reinício da contagem dos prazos para a concessão dos benefícios previstos na LEP quando ocorre nova condenação, sendo o marco inicial da contagem do novo prazo é a data do trânsito em julgado da sentença condenatória do novo delito praticado. (TJMG – Agravo em Execução Penal 1.0704.06.042283-6/001, Des. Silas Vieira, 1ª Câmara Criminal, DJ 15/06/2012).

AGRAVO EM EXECUÇÃO – UNIFICAÇÃO DE PENAS – DATA DA ÚLTIMA PRISÃO COMO MARCO TEMPORAL PARA A CONCESSÃO DE FUTUROS BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO – POSSIBILIDADE – DECISÃO MANTIDA. Correta a decisão agravada que ao proceder à unificação de penas estabeleceu como marco temporal para a concessão de futuros benefícios na execução penal a data da última prisão do agravado, porque o sentenciado estava recolhido ao cárcere à disposição da justiça não podendo ser onerado a arcar com o prejuízo a que não deu causa. Desprovemento ao recurso que se impõe. (TJMG – Agravo em Execução Penal 1.0079.10.007841-3/001, Des. Antônio Carlos Cruvinel, 3ª Câmara Criminal, DJ 18/11/2011).

A consequência prática dessas decisões conflitantes é a grave insegurança jurídica dos envolvidos, eis que, em uma mesma situação fática, são proferidas diversas decisões distintas.

Em razão disso, o Supremo Tribunal Federal pacificou a questão, utilizando para tanto antigo precedente de sua 2ª Turma, cuja relatoria coube ao Min. Nélson Jobim.

Este é o precedente invocado no Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME.

Quando ocorre nova condenação no curso da execução da pena, aplica-se o art. 111, parágrafo único Lei Execução Penal. A data de nova condenação é o termo inicial ao fim de contagem do prazo. Ordem denegada (STF, HC 77765, 2ª Turma, Min. Nélson Jobim, DJ 27/04/2001).

A partir de então, o Supremo Tribunal Federal passou a reiterar o dito entendimento, estabelecendo que, na hipótese de soma de penas, a contagem do prazo para progressão de regime dar-se-ia a partir do trânsito em julgado da condenação superveniente.

Tal entendimento se infere nos seguintes arestos: HC 93.782, Min. Lewandowski, DJ 17/10/2008; RHC 116.528, Min. Luiz Fux, DJ 26/02/2014; e RHC 121.849, Min. Dias Toffoli, DJ 17/06/2014.

No dito cenário, o Superior Tribunal de Justiça deu por superada a divergência que a matéria comportava em seus julgados, inclinando-se também, mediante invocação do argumento de autoridade do precedente do Supremo Tribunal Federal, por estabelecer que nos casos de soma de pena a contagem do prazo para novos benefícios deveria ter por data-base o trânsito em julgado da condenação superveniente.

Os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça demonstram a consolidação do entendimento REsp 1.460.077, Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, DJ 27/08/2014; e HC 310.965, Minª. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJ 05/02/2015.

O mesmo procedimento de consolidação do entendimento com lastro no argumento de autoridade do Supremo Tribunal Federal se verificou no âmbito da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, consoante se infere exemplificadamente dos seguintes precedentes: Agravo em execução nº 1.0231.13.010045-7/001, Des. Catta Preta, 2ª Câmara Criminal, DJ 30/11/2015; Agravo em execução nº 1.0702.12.007026-4/001, Des. Alberto Deodato Neto, 1ª Câmara Criminal, DJ 27/11/2015; e Agravo em execução nº 1.0704.12.006592-2/001, Des. Walter Luiz, 1ª Câmara Criminal, DJ 27/11/2015.

Acresceu-se, ademais, ao dito cenário outra particularidade na órbita do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, consistente no julgamento de Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 1.0704.09.136730-7/002, de relatoria do Des. Silas Vieira, quando se ratificou uma vez mais que

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, independentemente se o crime foi praticado antes ou após o início do cumprimento da pena. (DJ 14/09/2012).

Insta salientar que, em que pese o Tribunal de Justiça de Minas Gerais ter consolidado o entendimento no sentido de que a data-base para contagem do prazo para progressão é o trânsito em julgado da condenação superveniente, no ano de 2013, magistrados que atuam na vara de execução penal de Minas Gerais assinaram a chamada Carta de Belo Horizonte, que consagra o entendimento de que a data da última prisão seria o marco para contagem dos benefícios futuros.

Como demonstrado, a jurisprudência nacional tem sido, em todos os âmbitos, majoritariamente no sentido de fixar, na hipótese de soma de penas, a data do trânsito em julgado da condenação penal superveniente como data-base ao cômputo da nova progressão de regime.

4. CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL

Consoante exposto, as duas principais correntes jurisprudenciais se resumem em fixar o termo *a quo* da progressão de regime subsequente à soma de penas na data do trânsito em julgado da condenação superveniente ou na data da última prisão.

Na hipótese de se admitir que o termo inicial para o cômputo de novos benefícios da execução penal seja o trânsito em julgado da nova sentença condenatória e considerando que o reeducando tenha permanecido o tempo inteiro preso, na condição de preso cautelar da segunda ação penal ou em razão da primeira condenação, haverá, sem dúvidas, uma postergação substancial do termo final de obtenção de progressão de regime.

Com efeito, tal entendimento repercute em grave prejuízo ao sentenciado tendo em vista que, apesar de assegurada a detração, deixa de levar em consideração o período de cárcere provisório para fins de progressão de regime.

Na segunda hipótese, contudo, estabelecendo-se que o termo inicial para fixação do período aquisitivo para progressão de regime deve ser a última prisão do sentenciado, as consequências serão absolutamente distintas, consoante a seguinte exemplificação:

Suponha-se que dado sentenciado, cumprindo pena total de 10 anos por crime hediondo, encontra-se preso desde 01/01/2000, sobrevivendo nova condenação, agora na condição de reincidente, a pena total de 15 anos, também em razão de crime hediondo, cujo trânsito em julgado ocorreu no dia 01/01/2003.

A partir da unificação, a nova pena total será de 22 anos, eis que da pena de 10 anos, três foram cumpridos, de modo que remanescem sete anos, aos quais se somam os 15 anos supervenientes. O regime será o fechado, sem dúvida.

Quanto ao novo prazo para progressão de regime, ter-se-á que, computado o prazo de progressão desde a data da prisão (01/01/2000), a previsão será em 01/03/2013. Se, por outro lado, o cômputo for a partir do trânsito em julgado da condenação superveniente, esta data advirá em 01/03/2016.

É de se sublinhar: a diferença é de mais de três anos adicionais de manutenção no regime fechado.

Fácil constatar, destarte, as consequências de cada um dos posicionamentos jurisprudenciais na situação prisional dos sentenciados, repercutindo diretamente em seu direito ambulatorio tão somente em razão da modificação do termo inicial de contagem do prazo de progressão.

A par de repercutir sobejamente na situação individual de cada sentenciado, a divergência jurisprudencial acarreta reflexos imensos no próprio sistema prisional, já marcado pela superlotação e pela deficiência estrutural, eis que a postergação na concessão de progressões enseja um maior índice de aprisionamentos.

Por fim, merece registro, há ainda o entendimento jurisprudencial de que, quando não houver o trânsito em julgado da sentença condenatória penal superveniente, o marco para obtenção de benefícios prisionais deve ser a data da decisão que promoveu o somatório das penas:

AGRAVO DE EXECUÇÃO – INDULTO CONDICIONAL – NOVO CRIME – PERÍODO DE PROVA – CASSAÇÃO DO BENEFÍCIO – UNIFICAÇÃO DAS PENAS – TERMO INICIAL DE CONTAGEM DO PRAZO PARA AQUISIÇÃO DE BENEFÍCIOS – DATA DA DECISÃO DE UNIFICAÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO – 1. Correta a decisão que torna sem efeito indulto condicional em vista do cometimento de novo crime no período de prova, negando pedido de extinção da punibilidade de delitos – 2. Não obstante a lei não indique, expressamente, o termo inicial do período aquisitivo de benefícios da execução penal, da conjugação dos artigos 75, § 2º, do CP, e 111, da LEP, entende-se que a data de contagem para futuros benefícios, com base no apenamento total, é a da unificação. Fato, ao que parece, praticado durante o cumprimento de pena! – 3. Se as penas foram alteradas em razão de outras condenações trazidas, é justo que se calculem os benefícios a partir da soma, poupando-se o apenado, também, de eventual demora na elaboração da respectiva guia de execução. (TJMG – Agravo em Execução Penal nº 0014679-22.2010.8.13.0000 – Des. Eduardo Machado – DJE 23/06/2010).

Assim como a fixação do marco na data do trânsito em julgado, seu estabelecimento na data da decisão que promove o somatório de penas enseja substancial prejuízo ao sentenciado, além de violar o princípio da isonomia, pois sentenciados em idêntica situação terão parâmetros de obtenção de progressão absolutamente diferentes tão somente em razão da data em que promovida a soma.

Tais colocações indicam que, tal como detalhado anteriormente, inexistente fundamento jurídico que legitime a fixação de um novo marco para obtenção de progressão de regime após soma de penas, devendo, na verdade, serem consideradas as circunstâncias que permearam o reconhecimento do novo delito como falta grave e o tempo de permanência do sentenciado no “regime anterior” (art. 112 da Lei de Execuções Penais).

5. EXAME DOS FUNDAMENTOS DA POSIÇÃO MAJORITÁRIA DA JURISPRUDÊNCIA

Sem dúvidas, o principal argumento da jurisprudência de Tribunais de Justiça e do próprio Superior Tribunal de Justiça para estabelecer, nos casos de soma de penas, a data do trânsito em julgado da última condenação como marco para a contagem das futuras progressões é a decisão do Supremo Tribunal Federal.

A posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, todavia, foi objeto de um único julgado (STF, 2ª Turma, HC nº 77.765/PR, Min. Rel. Jobim), cuja conclusão é reiterada nos julgamentos subsequentes (outros três julgados da 1ª Turma).

A leitura do inteiro teor do HC nº 77.765/PR, relatado pelo Ministro Jobim, revela que o único fundamento à fixação de novo marco ao cômputo de progressão de regime é a redação do art. 111, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, o qual afastaria, segundo sustentou o relator, a prescrição do art. 112 do mesmo diploma.

Veja-se a transcrição dos dispositivos legais mencionados:

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

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

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Inferem-se da leitura dos preceitos legais as seguintes conclusões: primeira, seus objetos são distintos, sendo um dedicado à soma de penas e o outro à progressão de regime; segunda, o art. 111 da Lei de Execução Penal, tanto no *caput* quanto no parágrafo único, não faz menção, expressa ou tácita, à redefinição de marco para progressão de regime; terceira, o art. 111 da LEP, não traz no seu texto legal a expressão trânsito em julgado de nova condenação; e, por fim, a quarta, o art. 112 da Lei de Execução Penal é expresso, literal e incisivo ao definir que a progressão de regime deverá computar a fração necessária ao benefício “no regime anterior”.

Nesse contexto, não se vislumbra a possibilidade de desconsiderar a redação literal do art. 112 da Lei de Execução Penal e, o que é pior, promover leitura do art. 111, parágrafo único, do mesmo diploma com o propósito de condicionar a progressão de regime posterior à soma de penas ao cumprimento de parcela da pena a partir de marco não definido pelo legislador.

Tal exegese, que como revelado não encontra referência direta na prescrição do art. 111 da Lei de Execuções Penais, é absolutamente prejudicial ao sentenciado, especialmente na hipótese de ter havido recurso defensivo contra a condenação superveniente, o que acaba por postergar, legitimamente, deve ser dito, o trânsito em julgado.

Neste toar de ideais, a contagem do prazo para novas progressões a partir do trânsito em julgado da última condenação no caso de soma de penas não apenas não encontra amparo na dicção do art. 111 da LEP, invocado pelo precedente do Supremo Tribunal Federal, como repercute em *reformatio in pejus* indireta, já que acarreta prejuízo ao sentenciado como consequência exclusiva de seu recurso.

Sobre o tema, ainda em 1988, a Corte Europeia de Direitos Humanos, decidindo litígio entre John Ekbatani e o Reino da Suécia, concluiu que a *reformativo in pejus* indireta viola as convenções internacionais de direitos humanos, especificamente na regra do *fair trial*, tendo em vista que a “court can only confirm the sentence passed by the trial court or vary in defendant’s favour”.

Destarte, impossível se admitir que o sentenciado possa ser prejudicado em virtude do recurso interposto exclusivamente em seu interesse, tal como se verifica na hipótese de contagem do prazo para progressão de regime a partir do trânsito em julgado da última condenação na hipótese de soma de penas.

Não bastasse isso, é de se recordar que no âmbito do Processo Civil vigora o tão festejado princípio da menor onerosidade ou economia da execução, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, indicando que a implementação material dos direitos do credor deva observar a forma menos onerosa ao devedor (art. 620 do CPC).

Ora, sendo essa a regra aplicável ao Direito Privado, em que debatidos direitos disponíveis, e não havendo prescrição expressa do art. 111, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, quanto à redefinição do marco temporal, inviável aplicar exegese prejudicial ao sentenciado.

Finalmente, mas não menos importante, devem ser traçadas algumas considerações quanto ao Incidente de Uniformização de Jurisprudência, decidido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, para desde logo anotar que o mesmo não é vinculante aos magistrados de 1º grau, tendo em vista que o art. 529, § 5º, do RITJMG, é literal ao indicar a compulsoriedade de sua observância apenas aos “órgãos fracionários”.

Ademais, é de se ver que o próprio incidente transcreve, em sua fundamentação, dois precedentes do TJMG, dos Desembargadores Eduardo Machado (0014679-22.2010.8.13.0000) e Flávio Leite (0493997-86.2010.8.13.0000) que definiram novos marcos, respectivamente, na data da unificação e na data do trânsito em julgado, ao argumento de que tais seriam “mais benéficas” ao sentenciado.

Nesse contexto, afigura-se evidente que o cerne do entendimento, mesmo no Incidente de Uniformização de Jurisprudência, sempre foi o de reconhecer a exegese mais favorável à defesa, o que

torna, notadamente à luz de todos os demais argumentos, incontornável a constatação de que não pode vigorar a conclusão de que na soma de penas a contagem do prazo para obtenção de progressão deve iniciar-se do trânsito em julgado da condenação superveniente.

6. CONCLUSÕES

A exposição aqui feita detalha o equívoco da jurisprudência ao concluir que a redação do art. 111 da Lei de Execuções Penais estabelece, no caso de soma de penas, que o prazo para a progressão de regime é deflagrado a partir do trânsito em julgado da última condenação, revelando, com ainda maior gravidade, os maiúsculos prejuízos que tal concepção causa nos direitos fundamentais do segregado e no próprio sistema prisional, ao postergar o alcance a regimes mais brandos.

Com efeito, o critério único definido pelo legislador para apuração do requisito objetivo à progressão de regime é o cumprimento de parcela mínima da pena no “regime anterior”, de maneira que é este o parâmetro a ser observado, permeado ainda pelas particularidades decorrentes do reconhecimento de falta grave em razão da prática de crime e pelos reflexos do art. 33 do Código Penal quanto à pena total somada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- ESTRADA, Rodrigo Roig Duque. *Execução Penal – teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FERRAIOLI, Andrea A. & MARZIA, Dalia. *Manuale di Diritto Processuale Penale*. Milão: CEDAM, 2010.
- KUEHNE, Maurício. *Lei de Execução Penal anotada*. 10. ed. Curitiba: Juruá, 2012.
- MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MATA-MOUROS, Maria de Fátima. *Juiz das Liberdades – Desconstrução de um mito do Processo Penal*. Lisboa: Almedina, 2011.

MAZZOULI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, Adeildo. *Da Execução Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

STEINER, Christian & URIBE, Patrícia. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Berlim: Konrad-Adanauer-Stiftung, 2014.

Recebido em 11/4/2016

Aprovado em 20/6/2016