

A DATA-BASE NA EXECUÇÃO CRIMINAL

Laura de Ferreira Veitenheimer¹
Mauro Kaufmann Pereira²

RESUMO: O presente artigo procura tratar do instituto da data-base em execução penal, muito corriqueiro no cotidiano forense, porém, pouco abordado e estudado cientificamente. Através de exame da legislação e julgados atinentes à matéria, busca-se demonstrar que a data-base somente pode ser alterada nas estritas hipóteses legais, em obediência ao princípio constitucional da legalidade - verdadeira pedra basilar de todo o ordenamento penal e processual penal pátrio.

PALAVRAS-CHAVE: Execução Penal. Data-Base. Alteração. Falta Grave. Implantação de Condenação. Legalidade.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Origem da expressão data-base; 3. Conceito; 4. A alteração da data-base e suas consequências; 5. Modificação da data-base por cometimento de falta grave; 6. Modificação da data-base por implantação de condenação; 7. Considerações Finais; 8. Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O tema da data-base na execução penal, embora seja recorrente na prática do processo de execução criminal, não é muito difundido teoricamente, e, portanto, merece ser disseminado no mundo acadêmico para que todos tenham uma maior compreensão da matéria.

No presente artigo, conquanto não tenhamos a intenção de esgotar o assunto, buscamos, de forma simples e concisa, trazer à baila alguns ensinamentos sobre o tema, orientação dos Tribunais Superiores sobre as questões controvertidas, colacionando jurisprudência atualizada, e divulgar argumentos a fim de colaborar com operadores do direito que labutam nesta área.

1 Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Membro do Núcleo de Defesa em Execução Penal da Defensoria Pública (NUDEP).

2 Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul. Membro do Núcleo de Defesa em Execução Penal da Defensoria Pública (NUDEP).

2 ORIGEM DA EXPRESSÃO DATA-BASE

O termo data-base tem origem no direito do trabalho, sendo utilizado para definir o momento em que os sindicatos que representam as categorias podem rever, requerer, modificar ou extinguir as normas contidas nos instrumentos normativos de sua categoria, através de negociação ou ajuizamento de ação coletiva.

Segundo a doutrina:

(...) data-base de uma categoria profissional é o dia do calendário destinado à correção salarial e à revisão das condições de trabalho fixadas em normas coletivas. Tais normas, quer sejam convenções, acordos ou sentenças normativas, têm prazo definido de vigência. As convenções e acordos podem ter vigência de no máximo dois anos (CLT, art. 614, §3º) e as sentenças normativas podem fixar o prazo de até quatro anos para a sua vigência (CLT, art. 868, parágrafo único), ficando sujeitas à revisão mediante certas circunstâncias, após um ano de vigência (CLT, art. 873). A revisão do valor dos salários, entretanto, qualquer que seja a natureza da norma coletiva em vigor, deve ser feita anualmente, a teor do disposto no art. 13, §1º, da Lei n.º 10.191/2001. O início de vigência da norma coletiva determina a data-base da categoria profissional³.

A expressão foi encampada para a execução criminal a fim de definir o marco pelo qual contam-se os lapsos temporais previstos na Lei de Execução Criminal para que o sentenciado faça jus aos benefícios previstos nesta legislação.

O Desembargador João Batista Marques Tovo, quando do julgamento do Agravo nº 70027804061 pela Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Sessão de j. 15 de janeiro de 2009 explicou que “as normas sobre execução penal não contemplam o termo “*data-base*”. Dita locução é tomada por empréstimo ao direito trabalhista e previdenciário para significar o contido na consagrada expressão latina “*dies a quo*”. Prossegue o desembargador:

Como regra, os avanços e benefícios a que faz jus o reeducando têm como requisito objetivo implemento de determinado prazo do cumprimento da pena. Os prazos, a forma de contagem e o ***dies a quo***, porém, não são universais. Veja-se, por exemplo, que é exigido o cumprimento de 1/6 da pena *no regime anterior* para a progressão de regime (art. 112, Lei 7.210/1984), de sorte que o ***dies a quo*** do prazo para a primeira progressão será o do *início da execução*, mas para as demais será o da *progressão anterior*. Em relação ao livramento condicional, o ***dies a quo*** é sempre o do *início da execução*, variando o prazo. E, assim por diante.

³ **Dicionário de Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Previdenciário aplicado ao direito de trabalho** / Rodrigo Garcia Schwarz organizado – São Paulo : LTr, 2012. Vários autores. p 326-327. autor do verbete. Edson Gramuglia Araujo.

3 CONCEITO

A data-base na execução penal é o marco fixado para a contagem dos lapsos temporais para que o reeducando implemente o direito aos benefícios previstos na Lei de Execução Penal – LEP.

Segundo o Desembargador Marco Antônio Bandeira Scapini⁴, “denomina-se ‘data-base’ o dia que assinala o início do cumprimento da pena privativa de liberdade. Essa data serve de base para cálculo dos lapsos temporais exigidos para a concessão de benefícios.”

Em outras palavras, a data-base é a data em que o apenado iniciou o cumprimento da pena privativa de liberdade, sendo que a partir desta contam-se os lapsos previstos na LEP para que o reeducando usufrua da progressão de regime, livramento condicional, saídas temporárias etc.

4 A ALTERAÇÃO DA DATA-BASE E SUAS CONSEQUENCIAS

A data-base, como acima já referido, é a data que serve de base para a contagem dos lapsos temporais, previstos em lei, necessários para a obtenção dos benefícios na execução penal.

Todavia, durante o cumprimento da pena, poderão ocorrer fatos que modificam a data-base para obtenção de benefícios. Nesse caso, em havendo alteração, deverá o sentenciado implementar novos lapsos relativos ao saldo de pena remanescente para fazer jus às benesses previstas na legislação. Como exemplo podemos citar a pessoa condenada a pena de 12 anos de reclusão (crime comum), em regime fechado; implementado 1/6 do cumprimento da pena terá direito ao regime semiaberto; uma vez deferido o regime semiaberto, deverá cumprir novamente um sexto da pena remanescente para fazer jus ao regime aberto. A data em que foi implementado o direito ao regime semiaberto constitui a data-base para a contagem do lapso temporal para a nova progressão de regime.

Portanto, os novos lapsos para obtenção dos benefícios, em caso de alteração da data-base, são calculados a partir do novo marco levando em consideração a pena remanescente.

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

5 MODIFICAÇÃO DA DATA-BASE PELO COMETIMENTO DE FALTA GRAVE

A prática de falta grave, durante o cumprimento da execução da pena, poderá implicar, além das consequências administrativas, nas sanções previstas no art. 53 da LEP⁵, bem como na regressão de regime (art.118, I da LEP)⁶, perda de até um terço dos dias remidos (art.127 da LEP)⁷ e na alteração da data-base para fins de benefícios.

No que tange a modificação da data-base para fins de benefícios, objeto do estudo em tela, cabe ressaltar que se trata de ponto polêmico, tendo em vista que esta consequência não está prevista na Lei de Execução Criminal e, portanto, fomenta ingente celeuma na doutrina e jurisprudência pátrias.

A corrente capitaneada pela Defensoria Pública, com fundamento no princípio da legalidade, sustenta a impossibilidade de alteração da data-base quando do cometimento de falta grave, tendo em vista a ausência de previsão legal.

De acordo com este entendimento, a alteração da data-base, para fins de benefícios, somente é possível nos casos do art. 111, parágrafo único, da Lei de Execuções Penais⁸, e art. 75, §2º, do Código Penal⁹, ou seja, quando o apenado sofrer nova condenação durante o curso da pena.

Destarte, como a única situação capaz de alterar a data-base é a superveniência de condenação por crime cometido no curso do cumprimento da pena (art. 111, parágrafo único, da LEP e art. 75, §2º, do CP), não se pode modificá-la quando do cometimento de falta grave por afronta ao princípio constitucional da legalidade.

O sempre festejado Hungria já lecionava que:

5 Art. 53. Constituem sanções disciplinares:
I - advertência verbal;
II - repreensão;
III - suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único);
IV - isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 desta Lei.
V - inclusão no regime disciplinar diferenciado.

6 Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:
I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

7 Art. 127. Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar.

8 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.

9 Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos

(...) a lei penal é, assim, um sistema fechado: ainda que se apresente omissa ou lacunosa, não pode ser suprida pelo arbítrio judicial, ou pela analogia, ou pelos princípios gerais do direito, ou pelo costume. Do ponto de vista de sua aplicação pelo juiz, pode mesmo se dizer que a lei penal não tem lacunas. Se estas existem sob o prisma da política criminal, só uma lei penal pode preenchê-las.¹⁰

No julgamento do agravo em execução n.º 70047063045, o Desembargador Nereu Giacomolli, em seu voto, de forma muito perspicaz, fundamentou a impossibilidade de alteração da data-base nos seguintes termos:

Os princípios de proteção dos bens jurídicos fundamentais, da culpabilidade e o de legalidade, constituem os três pilares básicos do sistema criminal contemporâneo.

O princípio da legalidade aplica-se, também, no âmbito da execução criminal, na medida em que foi forjado para limitar a intervenção do Estado, coibir os abusos e proteger os direitos individuais.

Segundo a concepção formalista do princípio da legalidade, um fato constituirá uma infração criminal quando assim estiver previsto em uma norma legal, no momento em que foi praticado e, ainda, ao sujeito condenado se aplicará a espécie e a quantidade de pena prevista no tipo penal (arts. 5º, XXXIX, da CF e 1º do CP).

Assim, ninguém pode ser castigado por um fato que, no momento da conduta, não esteja previsto num preceito normativo como infração criminal, por mais nocivo, cruel ou hediondo que seja. Também, ao fato praticado aplica-se a espécie de pena e a possível quantia já prevista no tipo penal transgredido, por mais ínfima que pareça. Desse modo, mesmo em sua concepção formal, o princípio da legalidade “limita a intervenção estatal” (Hassemer) e “serve para evitar uma punição arbitrária e incalculável, ou baseada numa lei imprecisa ou retroativa” (Roxin), ou seja, como uma garantia ao indivíduo.

Todavia, a adoção do princípio da legalidade não induz unicamente à incorporação a um sistema jurídico de normas legais escritas, claras, precisas (concepção formal), pois o Estado também pode atuar legalmente, implantando uma política criminal do terror e vingativa, com suporte em disposições legais. Além da intrínseca “debilidade política” (Ferrajoli), a concepção formal da reserva legal permite que se considere infração criminal uma norma penal ilegítima, porque originária do Poder Executivo ou do Poder Judiciário.

Por isso, o conceito de legalidade é mais abrangente: sai da esfera estritamente formal do *nullum crimen, nulla poena, sine lege* (art. 5º, XXXIX, da CF) propiciador da aplicação do *ius puniendi*, para atingir, proteger e garantir os direitos fundamentais (arts. 1º, III, 5º, XLI, XXXV e LXVIII, da CF).

A essência, ou seu significado material está na própria evolução histórica do princípio, isto é, vincula-se à limitação do exercício do poder (inclusive o poder de punir), à divisão das funções públicas entre os poderes do Estado, ao pacto social que sustenta politicamente a convivência humana, e à soberania popular, legitimadora das normas penais.

O princípio da legalidade, além de dar segurança a um ordenamento jurídico, constitui-se em uma garantia protetiva dos jurisdicionados frente à potestade punitiva. Dessa forma, os cidadãos podem saber de antemão, não só qual a conduta que está proibida, qual a sanção e quais são seus limites, mas principalmente que o acusador e o julgador não poderão, *sponte sua*, determinar os tipos criminais, as penas ou as espécies de medidas de segurança (art. 5º, XLVI e XLVII, da CF).

§ 2º - Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido.

10 HUNGRIA, Nelson, FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Comentários ao Código Penal**: Vol. I, tomo I: arts. 1º ao 10º. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 21.

Esse critério material é fundamental para garantir que os limites da liberdade dos indivíduos sejam os mesmos, e se apliquem a todos, sem exceção, e que, ao mesmo tempo, se determinem com precisão, tanto aos cidadãos, quanto às instituições. Ainda, neste critério essencial concentram-se as esperanças de que tanto o sistema como a aplicação da justiça penal sejam transparentes, controláveis e sinceros (Hassemer).

As garantias advindas do princípio da legalidade interferem na descrição típica (garantia criminal), na delimitação da sanção (garantia penal) e em seu cumprimento (garantia de execução).

Dessa forma, a legalidade penal é um princípio constitucional, limitativo do poder do legislador, que terá que formular preceitos claros, precisos, determinados e de acordo com a Constituição, limitativo do poder jurídico do órgão acusador, que não poderá transpor as barreiras legais autorizadas do exercício da pretensão acusatória, e limitador do poder jurídico dos Juízes e dos Tribunais, os quais estão impedidos de definir tipos penais ou de aplicar sanções criminais inexistentes no momento da conduta, garantindo-se, assim, a proteção dos direitos e das liberdades fundamentais. Portanto, é de ser aplicado o princípio da legalidade no âmbito da execução criminal, alterando-se a data-base para futuros benefícios nas hipóteses previstas em lei. Novo período de cumprimento de pena somente é possível quando houver previsão legal.

Dos artigos 75, § 2º, do Código Penal e 111, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, a condenação por crime praticado após o início do curso da execução autoriza a alteração da data-base. Quando praticado anteriormente, mesmo sendo a condenação no cumprimento da pena, não produz os efeitos de alteração da data-base.

Ocorre que no conceito de data-base foram sendo incluídos outros institutos, não previstos em lei. Penso, para facilitar o controle da execução e o cálculo dos benefícios

Nas hipóteses de progressão de regime, o artigo 112 da LEP exige o cumprimento de período no regime anterior. Então, em tais hipóteses, não pode ser dispensado o período de cumprimento da pena. Há previsão legal para tanto. Havendo regressão, inicia-se a contagem de novo período. É de 1/6 este período, salvo nas hipóteses dos crimes hediondos, onde o prazo é de 2/5 para o primário e de 3/5 para o reincidente.

Nas hipóteses de falta grave, a perda da remição é proporcional, mas iniciará novo período a partir da falta disciplinar (art. 127 da LEP).

Porém, as saídas temporárias são automaticamente revogadas na prática de falta grave. Porém, a recuperação desse direito não depende de cumprimento de mais pena, mas de outros fatores, elencados no artigo 125, parágrafo único, da LEP (absolvição no processo criminal, cancelamento da punição ou demonstração de mérito).

A Súmula 441 do STJ veda, expressamente a alteração da data-base para fins de livramento condicional: “ a falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional.

Nas hipóteses de indulto e comutação da pena, não há previsão legal de alteração de data-base ou de novo período para ser concedido novo benefício.

Nas situações do trabalho externo, a lei exige o cumprimento de 1/6 da pena e mais aptidão. Praticada falta grave, o trabalho externo é revogado automaticamente. A lei não exige o cumprimento de mais um sexto da pena, após a revogação do trabalho externo, mas a satisfação de outros requisitos (art. 37, parágrafo único, da LEP)

Portanto, não pode ser alterada a data-base para todos os benefícios, mas somente nas hipóteses em que houver previsão legal.

Altera-se a data-base nas hipóteses da condenação por crime ocorrido durante o cumprimento da pena (arts. 75, § 2º do CP e 111, parágrafo único da LEP). Inicia-se a contagem de novo período para progressão de regime (art. 112 da LEP e art. 2º, § 2º, da lei 8.072/90) e remição (art. 127 da LEP).

Nas saídas temporárias e no trabalho externo aplicam-se, respectivamente, os artigos (125, parágrafo único e 37, parágrafo único da LEP), com

exigência somente do elemento subjetivo merecimento. A estes dois benefícios se aplica, ademais, a Súmula 40 do STJ: para obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento da pena no regime fechado.

No livramento condicional e no indulto, também, não há previsão legal de alteração de data-base e nem em de alteração de período. Ademais, o STJ já sumulou que a falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional.

Nesse sentido também é o entendimento da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quando a prática da falta grave não ensejar em regressão de regime. Vejamos:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. INDULTO. APENADO FORAGIDO À ÉPOCA DA PUBLICAÇÃO DO DECRETO. FALTA GRAVE. FUGA. REGRESSÃO DE REGIME PARA MAIS GRAVOSO DO QUE O FIXADO NA SENTENÇA PENAL. ALTERAÇÃO DA DATA-BASE. IMPOSSIBILIDADE, NO CASO. PERDA DOS DIAS EVENTUALMENTE TRABALHADOS E AINDA NÃO REMIDOS JUDICIALMENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1 - Os benefícios do indulto e da comutação são dirigidos aos apenados que tenham cumprido determinado período de pena até a data da publicação do Decreto concessivo dos benefícios e que não tenham incorrido em falta grave nos últimos 12 meses de cumprimento da pena, nos termos do caput do artigo 4º, do Decreto nº 7648/2011. Assim, o primeiro requisito à concessão destes benefícios é que o apenado tenha efetivamente cumprido sua pena nos últimos 12 meses anteriores à publicação do decreto. O apenado que foragiu antes da publicação do decreto e que nesta condição permaneceu nove meses, vindo a ser capturado somente no corrente ano, não cumpriu sua pena nos últimos 12 meses anteriores à publicação do decreto, motivo pelo qual inviável o deferimento de qualquer dos benefícios, porque impossível aferir se ele se manteve de forma disciplinada cumprindo pena neste período 2 - Regressão significa o ato ou efeito de regressar, de voltar. Regressar, por sua vez, significa retornar (ao lugar donde se partiu), voltar ao ponto de partida. Portanto, o apenado que iniciou o cumprimento da pena em regime semiaberto não pode ser transferido para o fechado, pois este não foi o ponto de partida da execução de sua pena (interpretação literal do artigo 118, da LEP). Dispõe o artigo 5º, inciso XLVIII, da CF que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado. Reza, por sua vez, o inciso XLVI, do mesmo dispositivo constitucional, que a lei regulará a individualização da pena. Assim, considerando que a falta grave não é delito, inconcebível que seja determinado regime mais rigoroso do que o fixado na sentença condenatória pelo simples cometimento de mera infração disciplinar. Interpretação dos artigos 33, do CP e 118 da LEP à luz do artigo 5º, inciso XLVIII e XLVI, da Carta Magna. 3 - Afastada a regressão de regime, não há falar em alteração da data-base para concessão de qualquer benefício que dependa de cumprimento do lapso temporal, inclusive o da progressão de regime. 4 - Não há interesse recursal quando o agravante pretende afastar a decretação da perda de parte dos dias remidos, quando o apenado nunca foi beneficiado com o instituto da remição de pena. Recurso não conhecido, no ponto. 5 - A perda de eventuais dias trabalhados e ainda não judicialmente remidos se mostra incabível, porque inadmissível imposição de sanção condicionada a evento futuro e incerto, motivo pelo qual de rigor a desconstituição desta parte do *decisum*. POR MAIORIA, PEDIDO

INTEGRALMENTE CONHECIDO E AGRAVO DEFENSIVO
 DESPROVIDO.¹¹ – **GRIFAMOS**

Por outro lado, a corrente que sustenta a alteração da data-base em virtude do cometimento de falta grave argumenta que, em não sendo determinada a modificação desta ao custodiado em regime fechado, não se aplicaria nenhuma sanção, o que seria um estímulo ao cometimento de infrações no decorrer da execução. Segundo o Ministro Carlos Ayres Britto, entender de forma diversa, implicaria tornar despidas de sanção as hipóteses de faltas graves cometidas por sentenciados que já estivessem cumprindo a pena em regime fechado. Deste modo, segundo o jurista, não seria possível a regressão no regime (sabido que o fechado já é o mais severo) nem seria reiniciada a contagem do prazo de 1/6, conduzindo ao absurdo de o condenado, imediatamente após sua recaptura, tornar a pleitear a progressão prisional com apoio em um suposto bom comportamento.

Atualmente, predomina, no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que a prática de falta grave, no curso da execução da pena privativa de liberdade, enseja em alteração da data-base para fins de progressão de regime. Vejamos:

Falta grave. Regressão. Contagem de novo período. Alcance. A regressão ao regime mais gravoso implica termo inicial para voltar-se a progredir no regime de cumprimento da pena. Ante o princípio da legalidade, essa óptica não pode ser estendida a benefícios diversos, em relação aos quais a Lei de Execuções Penais mostra-se silente.¹²

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. DIVERGÊNCIA PRÁTICA DE FALTA GRAVE. ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA OBTENÇÃO DE PROGRESSÃO DE REGIME. ERESP 1.176.486/SP. NÃO APLICAÇÃO PARA OS BENEFÍCIOS DO LIVRAMENTO CONDICIONAL, INDULTO E COMUTAÇÃO.

1. O entendimento da Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, firmado por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência 1.176.486/SP, de que a prática de falta disciplinar de natureza grave deve determinar a interrupção do prazo para a concessão de progressão de regime não se aplica para a aquisição de livramento condicional, indulto ou comutação, haja vista a falta de previsão legal.

2. Agravo regimental improvido.¹³

Súmula 441 do STJ - A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento

11 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Agravo Nº 70050777143, Quinta Câmara Criminal. Relator: Francesco Conti, Julgado em 14/11/2012.

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

13 AgRg no REsp 1285861/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2012, DJe 17/09/2012

Com a devida vênia do entendimento exposto pelo eminente Ministro já aposentado, e que atualmente encontra guarida nos julgados dos Tribunais Superiores, o reconhecimento da prática de falta grave somente pode trazer as consequências legais. Não cabe ao aplicador da lei, a despeito de entender ou não haver isonomia, agregar sanção diversa daquelas estatuídas na Lei de Execução Penal.

Ademais, não há que se falar em afronta ao princípio da isonomia. Isto porque o cometimento de falta grave traz diversas consequências previstas em lei, o que retira do sentenciado a mesma situação daquele que não cometeu falta grave, ainda que se trate de condenado em regime fechado.

Vejamos.

Sanções previstas na Lei de Execução Penal: (a) revogação do trabalho externo - artigo 37, parágrafo único¹⁴; (b) revogação das saídas temporárias – artigo 125¹⁵; (c) perda de até 1/3 da remição auferida – artigo 127; (d) revogação da monitoração eletrônica – artigo 146-D, II¹⁶; (e) regressão de regime de cumprimento de pena – artigo 118, I; (f) conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade - artigo 181 §1º, alínea “d”¹⁷; (g) possibilidade de inclusão em regime disciplinar diferenciado – RDD – artigo 52¹⁸; (h) suspensão ou restrição dos direitos – artigo 53, III c/c artigo 41, parágrafo único¹⁹.

Na hipótese prevista na letra (h), há possibilidade de suspensão dos direitos do sentenciado, incluindo o serviço interno, que é aplicado também ao regime fechado.

Sanções previstas no Regimento Disciplinar Penitenciário do Rio Grande do Sul (Decreto nº 46.534, de 04 de agosto de 2009): (a) regressão da conduta para

14 Art. 37. A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena.

Parágrafo único. Revogar-se-á a autorização de trabalho externo ao preso que vier a praticar fato definido como crime, for punido por falta grave, ou tiver comportamento contrário aos requisitos estabelecidos neste artigo.

15 Art. 125. O benefício será automaticamente revogado quando o condenado praticar fato definido como crime doloso, for punido por falta grave, desatender as condições impostas na autorização ou revelar baixo grau de aproveitamento do curso.

Parágrafo único. A recuperação do direito à saída temporária dependerá da absolvição no processo penal, do cancelamento da punição disciplinar ou da demonstração do merecimento do condenado.

16 Art. 146-D. A monitoração eletrônica poderá ser revogada:

II - se o acusado ou condenado violar os deveres a que estiver sujeito durante a sua vigência ou cometer falta grave.

17 Art. 181. A pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade nas hipóteses e na forma do artigo 45 e seus incisos do Código Penal.

§ 1º A pena de prestação de serviços à comunidade será convertida quando o condenado:

d) praticar falta grave;

18 Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

19 Art. 53. Constituem sanções disciplinares:

III - suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único);

péssima - artigo 14, §5º²⁰, sendo que para a reclassificação deverão ser observados os prazos do §6º²¹; (b) isolamento preventivo - artigo 19, §4º e 6º²².

Destaca-se, ainda, que há, costumeiramente, nos decretos presidenciais anuais, a vedação à concessão de indulto e comutação em relação a apenados que praticaram falta grave nos últimos doze meses.

Por todos os motivos acima elencados, verifica-se que, mesmo que o detento esteja no regime fechado, existem diversas sanções para a prática de falta grave, não violando o princípio da isonomia o fato de o condenado estar em regime fechado e não ser alterada a data-base para fins de benefícios.

Finalmente, observa-se que o reconhecimento de falta grave e a regressão de regime, eventualmente operada, não têm o condão de implicar necessariamente em automática progressão de regime como sustentou o insigne Ministro, na medida em que se faz necessária a reclassificação da conduta carcerária para satisfatória, a fim de ser obtida a progressão de regime, o que deve obedecer, no caso do Estado do Rio Grande do Sul, os prazos previstos no Regimento Disciplinar Penitenciário²³.

Desta forma, infere-se que o sentenciado já sofre sanções pelo cometimento de falta grave, as quais devem se ater ao que está previsto em lei, sob pena de afronta ao princípio da legalidade.

6 MODIFICAÇÃO DA DATA-BASE POR IMPLANTAÇÃO DE CONDENAÇÃO

No curso do processo de execução criminal é muito comum que novas condenações, por fatos anteriores ou posteriores ao início do cumprimento de pena,

20 Art. 14 - A conduta do preso será avaliada tendo em vista o seu grau de adaptação às normas que regulam sua permanência na instituição.

§ 5º - Considerar-se-á PÉSSIMA a conduta do preso que tenha cometido falta grave, enquanto não atender ao disposto no parágrafo sexto deste artigo.

21 § 6º - A reclassificação progressiva de uma conduta para a conduta imediatamente superior, será automática a contar da data do cometimento da falta disciplinar e em razão da quantidade da pena aplicada, observando-se os seguintes prazos: (Alterado pelo Decreto 47.594/2010)

- a) penas até 05 (cinco) anos: 30 (trinta) dias;
- b) penas acima de 05 (cinco) anos, até 10 (dez) anos: 60 (sessenta) dias;
- c) penas acima de 10 (dez) anos, até 20 (vinte) anos: 90 (noventa) dias;
- d) penas acima de 20 (vinte) anos: 120 (cento e vinte) dias.

22 Art. 19 - Na aplicação da sanção disciplinar deverão ser considerados o comportamento e a conduta do preso durante o período de recolhimento, a causa determinante da infração, as circunstâncias atenuantes e agravantes e a relevância do resultado produzido.

§ 4º - Em caso de falta grave, a autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo máximo de 10 (dez) dias no interesse da disciplina visando à averiguação do fato e, este tempo de isolamento será computado no período de cumprimento da sanção disciplinar.

§ 6º - Quando o cumprimento do isolamento preventivo ou da sanção disciplinar ocorrer em outro estabelecimento prisional, o estabelecimento de origem do apenado será responsável pela recondução do preso após o término do prazo e, caso não ocorra a recondução, o estabelecimento de cumprimento da restrição deverá comunicar a Divisão de Controle Legal da SUSEPE.

sejam implantadas e, conseqüentemente, somadas à condenação na qual o reeducando cumpre pena.

A própria Lei de Execução Criminal, no art. 111, dispõe sobre a questão da seguinte forma:

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

O parágrafo único do mesmo dispositivo legal acima citado reza ainda que “sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime”.

Sobre a matéria leciona Scapini²⁴ que:

(...) na execução, as penas privativas de liberdade impostas no mesmo processo ou em processos distintos, para estabelecimento do regime e do tempo de cumprimento, devem ser somadas sempre que a hipótese não ensejar unificação (art. 111 da LEP). A unificação ocorre quando for ultrapassado o limite de 30 (trinta) anos (art. 75, *caput*, do CP) ou quando for reconhecida a continuidade delitiva pelo juízo da execução (art. 71 e parágrafo único do CP).

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

Passamos abaixo a verificar as conseqüências da implantação de condenação no processo de execução criminal por fato praticado anteriormente ao início do cumprimento de pena e por fato praticado na constância do cumprimento da pena privativa de liberdade.

6.1 POR FATO ANTERIOR AO INÍCIO DO CUMPRIMENTO DE PENA

Em caso de implantação de condenação por fato anterior ao início de cumprimento de pena, inviável a alteração da data-base por inexistência de previsão legal, tendo em vista que somente a superveniência de condenação por delito cometido no curso do cumprimento da pena, conforme dispõem os arts. 111,

23 Entendemos, com base no princípio da legalidade, de que o requisito subjetivo para a progressão de regime é aferido através do Atestado de Conduta Carcerária, emitido pelo Diretor do Estabelecimento Prisional.

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

parágrafo único, da LEP e 75, §2º, do CP, é capaz de alterar a data-base para fins de benefícios.

Chagas²⁵, ao comentar o art. 2º da LEP e tratar do princípio da legalidade na execução criminal, explica que o princípio da legalidade encontra quatro subdivisões bastante pontuais e definidas, sendo uma delas “o Princípio da legalidade da execução, dispositivo legal em tela – *nula executio sine lege*”

Destarte, em decorrência do princípio da legalidade, que também se aplica na execução criminal (art. 2º da LEP), não pode haver alteração da data-base no processo de execução criminal quando da implantação de condenação por fato praticado anteriormente ao início do cumprimento da pena.

Por outro lado, o apenado não pode ser prejudicado pela demora do Estado em julgar um processo criminal. Explicamos. O normal seria que o julgamento dos processos seguissem a ordem cronológica dos delitos. Todavia, como a realidade que encontramos no Poder Judiciário é muito diversa do ideal que se busca, alguns processos, inobstante tratem de delitos praticados em data anterior a de outros, se arrastam por anos e terminam bem mais tarde que os processos que se iniciaram preteritamente. Assim, a demora no julgamento de um delito não pode ensejar em prejuízo para o detento, uma vez que na maioria das vezes não deu causa para a procrastinação do feito.

Kuehne²⁶ coaduna com o entendimento acima exposto, referindo que:

É necessário separar-se convenientemente as situações, vale dizer, quando a superveniência de condenação resulta de fato novo ou fato pretérito. Quando por fato novo, sem dúvida que o tempo anterior será desprezado para fins de cálculo à futura e eventual progressão; todavia, quando a assim denominada nova condenação resulta de fato pretérito à execução em curso, a situação é distinta e o lapso temporal já cumprido não pode ser desprezado.

No mesmo sentido vêm decidindo algumas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EXECUÇÃO. DATA-BASE. CONDENAÇÃO POR FATO ANTERIOR. SOMA QUE NÃO ALTEROU O REGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. Como vem decidindo esta Corte, apenas a condenação por fato posterior ao início da execução da pena, autoriza a alteração da data-base para a concessão de benefícios. Aqui, por isso não se a altera, o crime antecede o início da execução da punição. A única hipótese de alteração da data-base por condenação por crime precedente é aquela prevista no

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

26 KUEHNE, Maurício. **Lei de Execução Penal anotada**. 12. ed. - Curitiba: Juruá, 2012. p.351.

parágrafo único do artigo 111 da Lei de Execução Penal. Contudo, no caso, o agravante já começou a cumprir a punição no regime fechado, o mais rigoroso previsto em lei e, deste modo, não poderia haver a alteração da data-base. Restabelecida a original. DECISÃO: Embargos infringentes acolhidos. Por maioria.²⁷

Objetivando ilustrar a situação em tela, cita-se o exemplo elaborado por Scapini²⁸:

Imagine-se a hipótese do condenado a uma pena de 25 anos de reclusão, que ao cumprir 20 anos alcança progressão para o regime semiaberto. Aportando nova condenação a uma pena, digamos, de 5 anos de reclusão, por fato cometido antes do início do cumprimento, fosse alterada a data-base, o apenado teria que sofrer 'regressão de regime' para o fechado (o saldo da pena seria de 10 anos) e nova progressão só seria possível com o cumprimento de 1/6 de 10 anos.

Por fim, cabe ressaltar que, embora os argumentos acima sejam categóricos, os Tribunais Superiores vêm entendendo que a superveniência de condenação no curso da execução criminal, seja por fato anterior ou posterior, altera a data-base. Vejamos.

Habeas Corpus. 2. Execução Penal. 3. Condenação superveniente, decorrente de fato cometido antes do início da execução da pena. 4. Fixação de nova data-base para obtenção de benefícios executórios. Possibilidade. Precedentes. 5. Constrangimento não configurado. 6. Ordem denegada.²⁹

6.2 POR FATO POSTERIOR AO INÍCIO DO CUMPRIMENTO DE PENA

No que tange a superveniência de condenação por delito cometido no curso da execução da pena privativa de liberdade, a regra é de que, neste caso, ocorra a alteração da data-base, pois assim determina o art. 111, parágrafo único, da LEP e art. 75, §2º, do CP.

Entretanto, há hipótese em que, mesmo com a implantação no processo de execução criminal de condenação por fato praticado no curso da execução da pena, não haverá modificação da data-base. Tal situação ocorre quando a soma das penas não altera o regime de cumprimento da pena.

A afirmação supra tem como fundamento a própria interpretação do art.111, parágrafo único, da LEP. O dispositivo legal citado apenas determina que

27 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 70046766820, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 23/03/2012

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

sobrevindo condenação no curso da execução o regime de cumprimento de pena dar-se-á com a soma da pena ao restante da que está sendo cumprida. Malgrado, não havendo modificação do regime de cumprimento de pena, não há que se falar em alteração da data-base para fins de benefícios. Nota-se que, com a nova condenação, a situação carcerária do apenado já é alterada, pois, após a soma desta, modificam-se todos os prazos para concessão dos benefícios, conforme determina o parágrafo único do art. 676 do CPP³⁰.

Explica Kuehne³¹ que:

Quando a somatória das penas não ultrapasse os limites temporais do §2º do art. 33 do Código Penal, outro entendimento não resta senão a manutenção do regime no qual se encontra o condenado. Estamos falando de condenação superveniente, mas por fato pretérito à execução em curso. O tempo da pena cumprido não pode ser desprezado.

Algumas Câmaras do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul coadunam com o entendimento acima:

EXECUÇÃO PENAL. SUPERVENIÊNCIA DE NOVA CONDENÇÃO. UNIFICAÇÃO DAS PENAS. AUSÊNCIA DE REGRESSÃO DE REGIME. ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA A CONCESSÃO DE NOVOS BENEFÍCIOS AO APENADO. DESCABIMENTO. A alteração da data-base para a concessão de novos benefícios ao apenado decorre da regressão de regime prisional, nos termos do art. 118 da LEP. Assim se unificada a pena após a superveniência de nova condenação criminal, não implica regressão de regime, descabida a alteração da data-base. Por sua vez, se a unificação decorre a regressão para regime mais rigoroso, a nova data-base deverá ser a data do trânsito em julgado da nova condenação e não a da implantação da condenação no sistema, pois o apenado não pode ficar sujeito à morosidade cartorária. AGRADO PROVIDO.³²

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista dos argumentos apresentados no presente artigo, observa-se que a data-base é tema de extrema relevância na execução criminal, pois está presente na grande maioria dos eventos que ocorrem durante o cumprimento da pena

29 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 102492, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 05/10/2010, DJe-207 DIVULG 27-10-2010 PUBLIC 28-10-2010 EMENT VOL-02422-01, PP-00057, LEXSTF v. 32, n. 383, 2010, p. 410-414

30 Art. 676. A carta de guia, extraída pelo escrivão e assinada pelo juiz, que a rubricará em todas as folhas, será remetida ao diretor do estabelecimento em que tenha de ser cumprida a sentença condenatória, e conterà:

(...)

Parágrafo único. Expedida carta de guia para cumprimento de uma pena, se o réu estiver cumprindo outra, só depois de terminada a execução desta será aquela executada. Retificar-se-á a carta de guia sempre que sobrevenha modificação quanto ao início da execução ou ao tempo de duração da pena.

31 KUEHNE, Maurício. **Lei de Execução Penal anotada**. 12. ed. - Curitiba: Juruá, 2012. p.353.

32 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Agravo Nº 70037111887, Oitava Câmara Criminal, Relator: Danúbio Edon Franco, Julgado em 28/07/2010.

privativa de liberdade, tais como progressão de regime, regressão de regime, prática de falta grave, implantação de condenação etc.

O princípio da legalidade, previsto constitucionalmente como garantia fundamental do indivíduo, no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, assegura que somente por lei é possível criar tipos penais e também normas que impliquem na restrição ou retardamento da liberdade de um indivíduo. Tal princípio é corolário do iluminismo, sendo garantia fundamental das liberdades individuais frente ao arbítrio do Estado. Trata-se de verdadeiro pilar do Estado Democrático de Direito.

Segundo os ensinamentos do Defensor Público Ximenes³³:

Atualmente, para quase todas as nações, em matéria penal vigora o princípio da legalidade. O fundamento é que nenhuma pena pode ser aplicada ou executada de forma não prevista em lei. Justifica-se o preceito pela constatação de que a reação a uma conduta tida como delituosa traz consequências extremamente danosas e muitas vezes irreversíveis, devendo, portanto, afastar-se ao máximo da discricionariedade.

Todavia, no desenvolvimento do assunto constatou-se que, embora a execução penal, assim como os demais ramos do direito, esteja vinculada ao princípio da legalidade, muitos juízes e tribunais, inclusive o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, vêm admitindo a modificação da data-base em hipóteses não previstas na Lei de Execução Penal.

A data-base, segundo a Lei de Execução Penal e o Código Penal, somente poderia ser modificada com a superveniência de condenação por crime praticado no curso do cumprimento da pena privativa de liberdade (inteligência dos artigos 111, parágrafo único, da LEP e 75, §2º, do CP), no entanto, vem prevalecendo o entendimento de que esta poderá ser alterada com a prática de falta grave e com a implantação, no processo de execução criminal, de condenação por delito cometido anteriormente ao início do cumprimento de pena.

Inobstante o entendimento dos Tribunais Superiores, devemos, como operadores do direito, rotineiramente aprofundar o estudo e a reflexão sobre todos os institutos da execução penal, inclusive a data-base, a fim de alcançar contínuo amadurecimento doutrinário e jurisprudencial com objetivo de evitar que decisões judiciais continuem violando os mais basilares princípios do direito.

33 XIMENES, Rafson Saraiva; PRADO, Daniel Nicory do; coordenadores, MIRANDA, Andréa Tourinho Pacheco de; [et al.] autores. **Redesenhando a execução penal**: a superação lógica dos benefícios. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010, p.32

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

HUNGRIA, Néelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao Código Penal. Vol.I, tomo I: arts. 1º ao 10º. Rio de Janeiro: Forense, 1976;

JULIOTTI, Pedro de Jesus. Lei de Execução Penal anotada. São Paulo: Verbatim, 2011;

KUEHNE, Maurício. Lei de Execução Penal anotada. 12. ed. - Curitiba: Juruá, 2012;

MARCÃO, Renato. Lei de Execução Penal anotada e interpretada. 3ª ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009;

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

SCAPINI, Marco Antonio Bandeira. Prática de Execução das Penas Privativas de Liberdade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009;

SCHWARZ, Rodrigo Garcia; organizador, ARAUJO, Edson Gramuglia; autor do verbete. Dicionário de Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Previdenciário aplicado ao direito de trabalho. São Paulo: Ltr, 2012.

SILVA, José Adaumir Arruda da; NETO, Arthur Corrêa da Silva. Execução Penal: novos rumos, novos paradigmas. Manaus: Aufiero, 2012;

XIMENES, Rafson Saraiva; PRADO, Daniel Nicory do; coordenadores, MIRANDA, Andréa Tourinho Pacheco de; [et al.] autores. Redesenhando a execução penal: a superação lógica dos benefícios. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010.