



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

NOTA TÉCNICA 08

ASSUNTO: Soma de Penas. Parágrafo único do artigo 111 da LEP.

EMENTA: A Comissão Especializada em Execução Penal do CONDEGE entende que, sobrevindo nova condenação no curso da execução penal, com a soma de penas, a decisão acerca da data base a ser utilizada como marco para futuras progressões não pode ser estanque, devendo ser sensível e flexível ao caso concreto. A Lei de Execução Penal é omissa quanto a data base a ser considerada. Entretanto, deve-se efetivar a aplicação de marco que mais garanta o direito à liberdade do sentenciado, aplicando-se normas em sentido lato, tal como o princípio da legalidade interpretado à luz do princípio do *pro homine*. A jurisprudência apresenta três marcos possíveis: a última prisão, o trânsito em julgado da última condenação ou a data da sentença condenatória. A data da última prisão, comumente, apresenta-se como marco mais favorável. Todavia, há necessidade de afastamento de decisões utilizadas como paradigmas, notadamente a que fixa a data do trânsito em julgado da última condenação em toda, e qualquer, hipótese, pois ao fixar essa data como regra, estar-se-ia desconsiderando todo o tempo em que o sentenciado ficou preso provisoriamente (prejuízo à detração penal), tornando, ainda, sem utilidade a Guia de Execução Provisória, bem como terá o condão de claramente interferir no manuseio pelo acusado da via recursal atingindo, portanto o duplo grau de jurisdição.

ELABORAÇÃO: Alessa Pagan Veiga e Bruna Helena Neves O. Roldan – Defensoras Públicas do Estado de Minas Gerais.

APROVAÇÃO: UNANIMIDADE

ANO: 2015

Aprovada na I reunião da CEEP-CONDEGE realizada na cidade de Natal-RN no dia 26.06.2015.

Nota nº 08/2015/Comissão Especializada em Execução Penal do Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais – CEEP-CONDEGE.

Assunto: A decisão de soma de penas e o marco para direitos futuros.

1. Trata-se de análise do parágrafo único do artigo 111 da Lei de Execução Penal, e da falta de lei que indique qual marco a ser aplicado para as futuras progressões após a decisão de soma de penas.
2. Apura-se que sobrevivendo nova condenação no curso da execução penal, deve ser realizada a soma de penas, bem como, a detração penal, para a escolha do regime de penas.
3. O estudo demonstrará que, em que pese a falta de lei, há a existência de norma para análise acerca da fixação de novo marco para progressões de regime, com sugestão de que deve ser aplicado o marco que mais garanta o direito à liberdade do sentenciado, em razão do princípio da legalidade e direito à liberdade, com leitura à luz do princípio pro homine.
4. Destarte, conclui-se que na maioria dos casos concretos, a data que mais garante o direito de liberdade do sentenciado é a última prisão, pois a não consideração da prisão preventiva tornaria sem utilidade a guia de execução provisória. Entretanto, pondera-se que devem ser afastadas decisões estanques e utilizadas como paradigmas, notadamente a que fixa o trânsito em julgado da última condenação como data base a ser, sempre, considerada.
5. É a breve síntese.

I – Da Análise e Fundamentação nas ciências jurídicas e correlatas

6. Quando um processo de execução penal está em trâmite e sobrevém uma nova condenação penal é realizada a soma de penas, nos termos do parágrafo único do artigo 111 da Lei de Execução Penal.
7. Com a juntada da nova guia de execução, verifica-se o *quantum* de pena restante a cumprir e, nos termos do artigo 33 do Código Penal, é definido um novo regime de penas.

8. Determinado o regime de penas, é necessária a fixação de data base a ser utilizada como marco inicial para contagem de futuras progressões. A decisão que define tal marco tem causado acirrada discussão e divergência de entendimentos.

9. Os tribunais superiores, em alguns precedentes, aplicaram como marco a última condenação com trânsito em julgado, alongando o tempo de prisão em um mesmo regime, violando o princípio do sistema de progressões e contribuindo sobremaneira para a superlotação carcerária, na medida em que, com a reincidência, em um mesmo processo de execução, não raro, deságuam mais uma, duas, ou várias condenações, implicando em alta incidência de decisões de soma das penas que, a depender do marco considerado para progressões futuras, pode dilatar, e muito, o lapso para progressão, mantendo, por mais tempo, o encarceramento.

10. Seguindo os precedentes, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais uniformizou jurisprudência, em sede do agravo em execução penal n. 1.0704.09.136730-7/001, publicado em 22/08/2012.

11. Entretanto, a questão ainda não está pacificada e requer estudo detalhado, uma vez que não há lei que tenha o condão de impor marco prejudicial ao direito de liberdade do sentenciado.

12. A Lei n. 7.210 de 1984, lei de execução penal, é silente quanto ao termo inicial para contagem de futuras progressões, após a soma de penas.

13. Em razão do princípio da vedação ao *non liquet*, o juiz não pode se eximir de sentenciar, alegando lacuna da lei, nos termos do artigo 126 do Código de Processo Civil (FERREIRA, 2013). Com isso, o magistrado deve decidir pela aplicação de alguma data base para ser utilizada como marco para futuras progressões.

14. O artigo 4º da Lei de Introdução às normas brasileiras, Decreto 4.657 de 1942, traz os métodos de integração da norma e descreve que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

15. Assim, ao prolatar a decisão de soma de penas, para fixar o marco para futuras progressões, o magistrado deveria se pautar na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito. Estes eram considerados enunciações normativas que condicionavam e orientavam a compreensão do ordenamento jurídico (REALE, 2003).

16. No entanto, após a segunda guerra mundial, com a superação do positivismo jurídico (LENZA, 2009), com a fase filosófica denominada de “giro kantiano” ou “volta kantiana”, os princípios passaram de técnica de integração jurídica para normas jurídicas propriamente ditas, com valoração ética e moral, sustentadas na base da dignidade da pessoa humana, fundamento da democracia e fim precípua do Estado Democrático (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal).

17. Feitas essas considerações, em que pese a Lei de Execução Penal seja omissa em relação ao marco a ser adotado para benefícios futuros, quando da soma de penas, existe norma jurídica nesse sentido, haja vista a existência de princípios, que são normas jurídicas e podem ser aplicados no caso concreto para fixar o marco das futuras progressões.

18. Como ressaltado supra, apesar de não haver lei em sentido estrito versando sobre qual marco deve ser adotado na decisão de soma de penas, há norma a ser aplicada em tal caso consubstanciada no Princípio da Legalidade.

19. De acordo artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena em prévia cominação legal”. E artigo 5º, inciso II, do mesmo diploma “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

20. Nos mesmos termos, o inciso XLVI, do artigo 5º, prevê que é somente a lei que regulará o princípio da individualização da pena.

21. Tanto o crime como sua pena só podem existir quando houver lei constitucionalmente aceita, no que se denomina reserva absoluta de lei. (FRANCO, LIRA E FELIX, 2011).

22. O princípio da legalidade, além de nortear as fontes e a interpretação do direito penal, fundamenta garantias do cidadão, dentre elas a garantia processual e de execução penal.

23. Sob o ângulo da execução penal, a aplicação do princípio da legalidade implica no fato de que o preso não pode ser objeto de manobra, “vítima” da administração prisional e de decisões judiciais, na medida em que é sujeito de obrigações e direitos, que devem ser resguardados. (FRANCO, LIRA E FELIX, 2011).

24. Pois bem, à luz do princípio da legalidade, tanto no âmbito penal, processual e executivo, não é possível a privação de liberdade, seu prolongamento ou manutenção, quando a lei assim não o prevê.

25. No caso da decisão de soma de penas, a depender do marco a ser fixado para futuras progressões, o sentenciado sofrerá um prolongamento do seu direito à liberdade, sem que a lei assim preveja, pois, em caso de adoção do trânsito em julgado da condenação, por exemplo, ao se desprezar a pena cumprida antes de tal marco, o sentenciado terá que cumprir mais tempo de pena para progredir de regime.

26. O princípio da legalidade deve ser utilizado, então, como norma efetiva para evitar a fixação de marco que gere como consequência o agravamento da privação de liberdade.

27. Assim, inexistindo cominação legal expressa acerca do marco a ser adotado no caso de soma das penas, com fulcro na legalidade estrita, o interprete não poderá adotar marco temporal que importe em dilatação do tempo de encarceramento, sob pena de se extirpar garantias constitucionalmente asseguradas ao apenado, entre elas, o direito à liberdade.

28. O direito à liberdade está previsto no artigo 5º, caput, da Constituição Federal, como direito fundamental (BRASIL, 1988), bem como em artigo 9º do Pacto de Direito Cívico e Político. No mesmo turno, prescreve o artigo 7º do Pacto de San José da Costa Rica: “Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais”.

29. Com isso, o direito à liberdade é um direito humano e, como internalizado em normas constitucionais, um direito fundamental.

30. O Brasil, ao assinar um tratado internacional, assume duas obrigações. A primeira, no âmbito internacional, no caso de violação. A segunda, no âmbito interno, realizando o que for possível para que os direitos sejam observados.

31. O direito fundamental constitucional à liberdade traduz-se em norma jurídica de aplicação imediata, não dependendo de regulamentação, pelo que deve orientar a fixação da data base quando da soma das penas.

32. Dentro da ideia de força normativa de Konrad Hesse, citada por Pedro Lenza, “pode-se afirmar que a norma constitucional tem status de norma jurídica, sendo dotada de imperatividade” (LENZA, 2009). E o direito à liberdade, como direito

fundamental e norma jurídica constitucional, deve ser aplicado de forma imperativa e imediata, nos termos do artigo 5º, §1º, da Constituição Federal.

33. Dessa forma, tanto o direito à liberdade, quanto o princípio da legalidade, na qualidade de normas essenciais, devem ser consideradas por ocasião da fixação de marco para benefícios futuros.

34. Para se aferir o grau de aplicação do princípio da legalidade e do direito à liberdade, deve ser utilizado, como critério de hermenêutica, no caso concreto, o princípio “Pro Homine”, de forma a garantir que seja fixada a data base que mais garanta o direito de liberdade do sentenciado.

35. Os princípios que trazem os direitos humanos e fundamentais devem ter interpretação extensiva, sempre. E todas as normas que tratam de limitar esses direitos, devem ter aplicação restritiva.

36. No caso em estudo, ausente disposição legal, é necessária a aplicação de normas existentes, que se traduzem no direito fundamental à liberdade e no princípio da legalidade.

37. Tais normas, no entanto, para que sejam efetivas, e para que se obtenha o grau de aplicação, devem ser lidas à luz do princípio do *pro homine*, que, na qualidade de princípio geral de interpretação, visa restringir toda interpretação e integração que tenha o condão de cercear o direito à liberdade.

38. Ensina Mónica Pinto (pg163): “El principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”.

39. Importante lembrar que os artigos 5º, § 2º e 4º, inciso II, da Constituição Federal, prescrevem que os direitos e garantias expressos na CF não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais, bem como que a República Federativa do Brasil rege-se em suas relações pelo princípio da prevalência dos direitos humanos.

40. Posto isso, para além do princípio da legalidade, o princípio que deve ser utilizado para aferir qual o marco que mais garanta o direito à liberdade do sentenciado, em razão da inexistência de lei expressa, é o princípio geral de direitos humanos denominado “Pro Homine”.

41. O princípio “Pro Homine”, no âmbito regional, deriva do artigo 29 do Pacto de San Jose de Costa Rica, aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 27, de 25.09.1992, e promulgada pelo Decreto 678 de 06.11.1992. No âmbito global, do artigo 5º, do Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966, da Organização das Nações Unidas.

42. Não existe hierarquia entre as normas de Direitos Humanos, assim, à luz do princípio “pro homine”, a norma a ser aplicada é a que mais amplia o gozo de um direito, uma liberdade ou uma garantia, num determinado caso concreto.

43. Se não há lei acerca da data a ser considerada como marco após a soma de penas, deve-se analisar o caso em concreto e aplicar a data que mais garanta o direito à liberdade.

44. Por fim, importante destacar parte do voto do Relator Nelson Missias de Moraes, em agravo em execução penal n. 1.0231.07.097119-8/001, em que expõe que “o direito penal e o processual penal tem como base principiológica a atuação jurisdicional sempre em favor do réu. Ainda mais quando se tratar de matéria atinente à execução da pena, etapa essa ressocializadora e de reintegração dos detentos à sociedade”.

45. Conforme já destacado em sede introdutória, os Tribunais Superiores, alheios à realidade fática que permeia a execução penal, firmaram alguns precedentes no sentido de que, quando da soma das penas, deve ser adotado o trânsito em julgado como data base para futuros benefícios no processo executivo.

46. Tal entendimento jurisprudencial, no entanto, encontra-se totalmente dissociado da realidade fática a ser apurada de acordo com o caso concreto, ceifando dos sentenciados, no mais das vezes, tempo de pena cumprida para fins de progressão.

47. Explico. Ao se fixar como regra a última condenação com trânsito em julgado, estar-se-ia desconsiderando todo o tempo em que o sentenciado ficou preso provisoriamente, tornando, ainda, sem utilidade a Guia de Execução Provisória, já que o tempo de pena cumprida até o trânsito em julgado não seria utilizado para fins

de concessão de benefício, posto que, a seguir o entendimento esboçado supra, computar-se-ia o tempo de pena cumprida para fins de progressão de regime tão somente a partir da data do trânsito em julgado, desprezando-se o período anterior a este marco.

48. A fixação do trânsito em julgado como marco estanque da soma de penas acarreta inúmeros prejuízos. Senão vejamos. **Prejuízo à Isonomia:** em dois casos idealmente idênticos, adotando-se o entendimento jurisprudencial já esboçado, sentenciados que tenham cometido delitos em datas idênticas, com condenações iguais, cujo trânsito em julgado tenha ocorrido de forma breve, terá direito a progressão de regime em data anterior. **Prejuízo à ampla defesa:** os processados que optarem pela interposição de recurso, terão seus direitos inerentes à execução penal prejudicados, uma vez que o cômputo dos benefícios dar-se-ia da data do trânsito em julgado do seu recurso, e não da data em que efetivamente iniciou o cumprimento da pena privativa de liberdade. Desta feita, a prevalecer o trânsito em julgado como marco para benefícios futuros, o direito constitucional ao duplo grau de jurisdição e à ampla defesa poderia importar um ônus, sendo certo que um recurso exclusivo da defesa poderia gerar prejuízo ao apenado, na medida em que dilataria o prazo a partir do qual se passaria a computar seu direito à fruição dos benefícios executivos. **Prejuízo ao Sistema Progressivo de Pena:** a Lei 7.210/84 coloca como objetivo da execução penal efetivar as disposições da decisão criminal/sentença, dentro dos limites da lei, sendo inconcebível qualquer ato que seja realizado no bojo da execução fora de tais limites, como, por exemplo, estabelecer regime de cumprimento de pena mais gravoso do que o fixado ou desconsiderar o tempo de pena já cumprido em um dado regime, de tal maneira que o apenado venha cumprir frações maiores do que as determinadas em lei para progredir. Considerar a data do trânsito em julgado da condenação como fator interruptivo e marco para concessão de futuras benesses significa desconsiderar o período de pena cumprida no regime fechado até então, aumentando, assim, o lapso temporal para o regime menos rigoroso, em notório prejuízo ao sistema progressivo. Como desdobramento do prejuízo ao sistema progressivo de pena, tem-se o **prejuízo à detração penal**, já que o tempo de pena cumprida antes do trânsito em julgado é sumariamente

desconsiderado para fins de progressão. Tal prejuízo, talvez o mais evidente e nefasto, merece maiores considerações.

49. Importante mencionar que os artigos 112 da LEP e 2º, §2º da Lei 8072/90, fixam o cumprimento de 1/6 da pena comum ou 2/5 ou 3/5 da pena hedionda para progressão de regime.

50. De acordo com as disposições supra, nos casos em que o sentenciado se encontra, ainda que faticamente, no regime fechado, deve ser conservado todo o prazo adquirido neste regime para a progressão, não podendo a data base ser estabelecida no dia em que houve o trânsito em julgado, mas sim da data da última prisão. Caso contrário, o sentenciado cumprirá muito mais do que 1/6 da pena no regime fechado, violando o sistema de progressões de regime disposto em lei, bem como a detração penal.

51. Neste cenário, há que se ter em mente a súmula 716 do Supremo Tribunal Federal, que estabelece o seguinte: “Admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nele determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.

52. Cabe ainda frisar os termos do O §2º, do art. 387 do CPP, incluído pela Lei nº 12.736, de 2012 (BRASIL, 1941). *In verbis*: Art. 387 – O juiz, ao proferir sentença condenatória: § 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial da pena privativa de liberdade.

53. Repisa-se: se a prisão do réu é marco para cálculo dos benefícios, estabelecer outra data para tanto, com escopo de prejudicar a pessoa privada de liberdade, além de transgressão ao artigo 387 do Código de Processo Penal e ao princípio da legalidade estrita, consubstancia um contrassenso metajurídico.

54. Diante de todo o exposto, a decisão que fixa o marco para futuras progressões não pode considerar uma data base estanque, devendo ser sensível e flexível ao caso concreto.

55. Não existindo lei acerca do assunto, deve-se efetivar a aplicação de marco que mais garanta o direito de liberdade do sentenciado, aplicando-se normas em sentido lato, tal como o princípio da legalidade interpretado à luz do princípio do *pro homine*, bem como o direito constitucional à liberdade.

56. Quanto aos marcos possíveis de serem adotados de acordo com o caso concreto, existem ao menos quatro datas bases que aparecem de forma recorrente em decisões nos tribunais: a) data da última prisão; b) data da soma de penas; ou c) data do trânsito em julgado da última condenação.

57. Malgrado as várias interpretações possíveis, insta salientar que, na maioria massacrante dos casos em concreto, o marco que mais garante o direito à liberdade é, sem dúvida, a última prisão, já que todo o tempo de pena cumprido é considerado para fins de benefício.

58. Os Juízes de Direito dos maiores polos de Execução Penal no Estado de Minas Gerais assinaram a “Carta de Belo Horizonte”, no dia 14 de setembro de 2013, e firmaram o seguinte posicionamento jurisdicional: *“Para efeito de soma ou unificação de penas, será observada, como marco para novos benefícios, a data da última prisão, salvo marco temporal mais favorável ao apenado”*.

59. Em alguns raros casos, em que não há prisão até a data do trânsito em julgado, este poderá ser adotado como marco, já que, neste caso, tal data seria mais benéfica ao apenado.

60. Neste cenário, decisões estanques utilizadas como paradigmas, a exemplo da uniformização de jurisprudência, devem ser afastadas por técnicas de superação de precedentes - *overruling*, que ocorre quando um precedente é totalmente superado, expressa ou tacitamente -, pois cada caso demanda a análise do melhor marco a ser adotado em favor do sentenciado.

61. Posto isto, em que pese a fixação do trânsito em julgado como marco seja quase sempre prejudicial ao apenado, não se pretende rechaçá-la absolutamente ou defender a aplicação da data da última prisão em todo e qualquer caso, mas que seja analisado à luz do Direito à Liberdade, Princípio da Legalidade, Princípio Pro Homine e também do Sistema Progressivo das Penas, Detração Penal e caráter Ressocializador das Penas, qual marco cumpre o papel da execução penal, que, longe de representar um castigo para o apenado, deve adquirir contornos justos, razoáveis e flexíveis, capazes de redesenhar e resgatar a dignidade solapada e esquecida que há dentro dele.



Natal-RN, 26 de junho de 2015.

Alessa Pagan Veiga
Defensora Pública do Estado de Minas Gerais

Bruna Helena Neves O Roldan
Defensora Pública do Estado de Minas Gerais

REFERÊNCIA

1. FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. 7ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
2. LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2009.
3. MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal. São Paulo: Atlas, 2008.
4. MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Execução Penal. São Paulo: Atlas, 2007.
5. MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal: comentários à Lei no 7.210, de 11-7-1984. São Paulo: Atlas, 2006.
6. PINTO, Mónica. El Principio pro homine Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf>
7. REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.



8. FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. Dos métodos de Integração Normativa e a superação parcial do art. 4º da LINDB. Jus Navegandi, dezembro de 2013; disponível em: <http://jus.com.br/artigos/26203/dos-metodos-de-integracao-normativa-e-a-superacao-parcial-do-art-4-da-lindb#ixzz3djHBDs59>