

DATA-BASE NA EXECUÇÃO PENAL QUANDO HÁ DETRAÇÃO: INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA E APLICAÇÃO PRÁTICA DO ART. 42 DO CÓDIGO PENAL

Daniel Nicory do Prado¹

Filipe de Sousa Alcantara²

RESUMO

O presente trabalho teve o objetivo de discutir a definição da data-base na Execução Penal, nos casos em que o apenado tenha apenas uma condenação e em que tenha havido prisão provisória e soltura ao longo do processo de conhecimento. Diante da falta de previsão legal para essa situação, a jurisprudência se divide, entre a adoção da data da prisão provisória e a da prisão definitiva como data-base. Tal escolha tem um efeito bastante prático: a depender da data, o tempo de permanência no regime inicial fixado na sentença será mais longo ou mais curto. O presente trabalho tem como hipótese que a fixação da data da prisão provisória como data-base é dogmaticamente mais adequada e pragmaticamente mais favorável aos apenados. Por isso, o texto se divide em duas partes, a primeira dedicada a verificar a correção dogmática e político-criminal da adoção da data da prisão provisória como data-base, e a segunda, destinada a testar a hipótese de que essa adoção é sempre a mais favorável para o apenado, com base em dez casos em que a Defensoria Pública do Estado da Bahia atuou durante os anos de 2024 e 2025. O trabalho chega à conclusão de que, além de ser mais correta dogmaticamente, a data da primeira prisão é sempre mais favorável aos sentenciados.

PALAVRAS-CHAVE: Data-base; detração; prisão provisória; liberdade provisória; prisão definitiva

Determining the earliest possible release date on parole: teleological interpretation and practical application of Brazil Penal Code's article 42.

ABSTRACT

This work intended to discuss how to determine the earliest possible release date on parole, in cases where the inmate has only one conviction, had been held in pretrial detention, and had been released on bail. There's no specific statutory definition in Brazilian Law, so Courts dissent, and there's precedent both of the date of pretrial detention and the date of post-conviction detention taken as the reference. In Brazilian law, this choice has a practical effect: depending on the reference, the earliest possible release date will change. This

¹ Doutor em Direito pela UFBA, Professor da Faculdade Baiana de Direito e do Mestrado Profissional em Segurança Pública, Justiça e Cidadania da UFBA, Defensor Público de Classe Final na Bahia, Coordenador da DP Especializada Criminal e de Execução Penal

² Advogado, analista jurídico da Defensoria Pública do Estado da Bahia, Bacharel em Direito pela UFBA

work proposes that choosing the pretrial detention date is legally correct and pragmatically more beneficial to the inmate. Therefore, this work has two parts, the first which discusses why the pretrial detention date is legally the correct choice, and the second, which demonstrates that this choice is always more beneficial to the inmate.

KEYWORDS: earliest possible release date; parole; pretrial detention.

1 INTRODUÇÃO.

O presente trabalho tem o objetivo de discutir a definição da data-base na Execução Penal, nos casos em que apenado tenha apenas uma condenação e em que tenha havido prisão provisória e soltura ao longo do processo de conhecimento.

Como não há previsão legal específica para essa particularidade, nem no Código Penal (CP), nem no Código de Processo Penal (CPP), nem na Lei de Execuções Penais (LEP), a jurisprudência varia entre: 1) a utilização da data da primeira prisão como data-base, computando a prisão provisória como pena cumprida, com o cálculo do requisito temporal (fração ou percentual) para a progressão de regime sobre o total da pena; e 2) a utilização da data da última prisão como referência, abatendo a custódia cautelar da pena cumprida, com o cálculo do requisito temporal (fração ou percentual) para a progressão de regime sobre a pena remanescente.

Em face de tal divergência, a pesquisa se propõe a verificar, sob o ponto de vista jurídico-dogmático, qual a interpretação mais adequada da legislação penal em geral, e do art. 42 do CP em particular, e a demonstração, sob o ponto de vista prático, de qual das duas interpretações é mais benéfica para a pessoa presa.

A hipótese do presente trabalho é de que a interpretação dogmaticamente mais correta e pragmaticamente mais favorável aos apenados é a adoção da primeira prisão como data-base.

Parte-se da vedação constitucional às analogias *in malam partem* no Direito Penal, dada a ausência de determinação pela Lei. Embora não haja precedente de observância obrigatória dos tribunais superiores, existe uma tendência clara do Superior Tribunal de Justiça (STJ), de considerar a custódia preventiva como pena cumprida, nos termos do Tema de Recursos Repetitivos Nº 1.277, para fins de indulto e comutação, utilizando expressamente a interpretação *in bonam partem* do artigo 42

do CP. No mesmo sentido, o Tema de Recursos Repetitivos Nº 1.155, para consideração do período de recolhimento domiciliar como tempo a ser detraído da pena, com referência expressa o dever de aplicação benéfica do art. 42 do CP.

Além disso, a interpretação mais prejudicial ao réu teria um efeito anti-isonômico quando comparados os casos dos apenados que permaneceram presos ininterruptamente desde o flagrante ou a decretação da preventiva, que poderiam contar a data da única prisão, com os casos de quem, justamente por oferecer menos risco, foi solto durante o processo e depois preso para cumprir a pena sem ter praticado nenhum novo ilícito.

Para a verificação de qual das duas interpretações é mais benéfica, realizou-se pesquisa empírica quantiquantitativa, por amostragem intencional, com base em dez casos julgados pela 2ª Vara de Execuções Penais de Salvador/BA, em face dos quais foi interposto agravo em execução, alguns em análise e outros já julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

2 INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DO ART. 42 DO CÓDIGO PENAL FACE DO SILÊNCIO LEGISLATIVO QUANTO À MATÉRIA.

A inquietação para a presente pesquisa surgiu com a observação de dezenas de casos práticos na atuação da Defensoria Pública do Estado da Bahia, no juízo de Execuções Penais, especialmente junto à 2ª Vara de Execuções Penais, que possui competência para os casos de regime fechado, conforme Art. 1º, §3º Resolução 49/2012 do Tribunal de Justiça da Bahia (Bahia, 2012). Entre agosto de 2024 e agosto de 2025, foram interpostos pelo menos 50 agravos em execução pelo Ministério Público, questionando o uso da primeira prisão como data base para progressão de regime, nos casos em que a pessoa presa foi solta ao longo do processo de conhecimento.

A ausência de previsão legal específica sobre o tema dá margem para discussão. A Lei de Execuções Penais não trata do tema, sendo o artigo 112 da Lei o responsável apenas por determinar os requisitos para progressão de regime ao longo do cumprimento da pena, mas sem determinar o que ocorre com a data de referência. Parte-se, então, para análise dogmática dos outros comandos legais correlatos. O art. 42 do CP se aproxima da temática na medida em que trata sobre o tempo de prisão

provisória e o dever de que seja computado na pena privativa de liberdade e na medida de segurança:

Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior

Em sentido similar, mas com redação ainda insuficiente para determinação de qual seria a data-base, o art. 387, §2º do CPP prevê:

§ 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 de pena privativa de liberdade.

Assim, em que pese a inexistência de dispositivo que determine especificamente qual data deverá ser utilizada, no caso de soltura antes do início da execução penal, é possível concluir que a prisão provisória não pode ser ignorada nos cálculos de progressão. A discussão jurídica giraria em torno da seguinte reflexão: o tempo durante o qual a pessoa ficou presa provisoriamente deve ser abatido do total da sentença, ou computado como tempo de pena cumprida?

A jurisprudência do STJ não oferece uma resposta pacífica. Enquanto existem decisões da Quinta Turma no sentido de se utilizar a última prisão como data-base (AgRg no AREsp n. 1.810.706/GO e AgRg no HC n. 850.619/SC, por exemplo), a Sexta Turma diverge e entende pelo cômputo da prisão provisória como tempo de pena, utilizando a primeira prisão como data-base (AgRg no AREsp 1895580/MG). Já a jurisprudência do STF é mais uniforme, em ambas as turmas, pelo uso da última prisão (HC 225.195 e HC 230170), mas sem nenhum julgado vinculante.

Ocorre que um dos principais argumentos utilizados pelas decisões, que entendem pela última prisão, é de que o uso da primeira prisão como data-base gera o risco de cômputo do período de soltura como pena cumprida:

Portanto, não há ilegalidade ou teratologia no fundamento do Tribunal a quo, segundo o qual "seja no caso de unificação de penas, ou de crime único, deve ser considerada para obtenção de futuros benefícios carcerários a data da última prisão, sob pena de se proclamar como pena efetivamente cumprida o período em que ele permaneceu em liberdade (HC 225.195. Relator: MIN. LUIZ FUX. Primeira Turma do STF) (Brasil, 2023a).

Desse modo, não é possível tomar como base a data da primeira prisão, já que o reeducando ficou solto por 5 meses, devendo, nesse caso, ser considerada para

obtenção de futuros benefícios carcerários, a data da última prisão, qual seja 13/06/2019, sob pena de se considerar como pena efetivamente cumprida o período em ele permaneceu em liberdade. (AREsp nº 1810706. Relator (A):Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma do STJ) (Brasil, 2021).

Contudo, como será explicado mais adiante, o próprio Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU) impede que isso ocorra, pois o período em que esteve solto não é computado na pena do reeducando, figurando nos atestados como tempo de interrupção. Para se evitar isso, inclusive, a presente pesquisa não aplicou nos cálculos o período de soltura na análise empírica, justamente para deixar claro que não há essa incidência.

Por fim, um julgado de relatoria do Min. Alexandre de Moraes demonstra que o erro de interpretação nesses casos é grave ao ponto de gerar tratamento desigual entre apenados que tenham tido o mesmo tempo de prisão provisória e sejam condenados pelo mesmo delito à mesma pena, se um deles tiver permanecido preso ininterruptamente até o início da execução, e o outro tiver sido solto ao longo da ação penal. Como será confirmado pela análise empírica, o réu solto (que, portanto, possuía condições sociais melhores para responder à ação penal em liberdade) passará mais tempo em regime fechado do que o réu que ficou preso ininterruptamente.

O uso da primeira prisão como data-base não resulta na soma dos tempos de prisão e soltura como pena, e sim na consideração do tempo de prisão preventiva como cumprimento de pena, desconsiderando a soltura. A crença de parte dos julgadores das Cortes Superiores de que o tempo de liberdade seria contado como pena, o que não ocorre na prática, inclusive por impossibilidade lógica e do sistema utilizado pelo próprio Poder Judiciário, gera sérias consequências para a execução da pena.

Conforme já decidiu esta SUPREMA CORTE, impõe-se considerar a data da prisão preventiva como marco inicial para obtenção de benefícios em sede de execução penal, desde que não se tenha notícia de interrupção do período de constrição da liberdade entre a prisão provisória e o juízo condenatório (RHC 142.463, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 3/10/2017). Em havendo interrupção (onde o réu foi preso, depois solto e preso novamente por conta do trânsito em julgado), como no caso dos autos (paciente permaneceu 8 anos em liberdade), o tempo de segregação anterior deve ser considerado apenas para fins de detração (HC 170.221/SC, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 3/6/2019). Respeita-se, assim, o sistema progressivo de cumprimento de pena, previsto na Lei de Execução Penal, bem como não estabelece tratamento discrepante entre os apenados que responderam presos às suas respectivas ações penais. (RHC 221296. Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES)(Brasil, 2023b).

Como dito anteriormente, não há precedente de observância obrigatória (art. 927 do Código de Processo Civil, CPC) sobre a fixação da data-base em caso de condenação única, com prisão provisória e soltura ao longo da ação penal, já que o Tema RR 1.006 do STJ cuida especificamente da impossibilidade de alteração da data-base pela soma de penas, pelo flagrante *bis in idem* (Brasil, 2019), ou seja, quando o apenado sofreu mais de uma condenação. Além dele, os julgados que mais se aproximam do objeto da presente pesquisa são os Temas de Recursos Repetitivos (RR) 1.277 e 1.155, julgados pelo STJ.

No entanto, a tendência que se extrai desses três julgados é clara: o tempo de restrição de liberdade deve ser aproveitado para todos os efeitos penais, e a mudança da data-base por motivos que não sejam a prática de um novo ilícito pelo apenado significa uma redução do proveito do tempo de prisão cautelar, sendo, portanto, vedada.

Quanto ao julgado no Tema RR 1.277, o STJ estabeleceu a seguinte tese:

É possível, conforme o artigo 42 do Código Penal, o cômputo do período de prisão provisória na análise dos requisitos para a concessão do indulto e da comutação previstos nos respectivos decretos.

A causa-piloto foi julgada no REsp 2069773/MG (Brasil, 2025a), em que o Ministro Relator Ministro Otávio de Almeida Toledo³ construiu a argumentação, que gerou a tese final, com base na interpretação *in bonam partem* do artigo 42 do CP, especialmente ao fundamentar que:

O artigo 42 do Código Penal não estabelece limitações como a pretendida pelo Ministério Público. Muito ao contrário, ao interpretá-lo, esta Terceira Seção, também no julgamento do Recurso Especial n. 1.977.135/SC, adotou o entendimento de que o dispositivo legal em questão não é *numerus clausus* e comporta compreensão extensiva e *in bonam partem* - o que afasta a possibilidade da interpretação restritiva pretendida

Existe importante destaque neste julgado, sobre a importância da interpretação teleológica do art. 42 do CP para a efetivação da dignidade da pessoa humana. Há menção expressa ao julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), com a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, bem como das decisões da Corte

³ Na oportunidade, Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, convocado.

Interamericana de Direitos Humanos, e ao próximo Tema de Recursos Repetitivos a ser analisado, o nº 1.155:

Esta Terceira Seção já alinhavou, ao julgar o Recurso Especial n. 1.977.135/SC, que solucionou o Tema Repetitivo n. 1155, no corpo do voto do Relator, Min. Joel Ilan Paciornik, que "a detração penal dá efetividade ao princípio basilar da dignidade da pessoa humana e ao comando máximo do caráter ressocializador das penas, que é um dos principais objetivos da execução da pena no Brasil". De outro lado, ao se discutir temas relativos à execução penal não se pode olvidar o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal (no âmbito da ADPF 347), de um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro. Também não se pode perder de vista o papel que órgãos internacionais como a Corte Interamericana de Direitos Humanos emprestam à contagem de tempo de prisão na verificação de violações relacionadas ao ambiente carcerário. (...).

Temos que, se o cômputo diferenciado (a maior) do tempo de prisão pode, em determinados contextos, ser medida reparatória de violações de direitos humanos no campo da situação carcerária, a contrario sensu, o cômputo a menor (resultado que se atingiria afastando a contagem do tempo de prisão provisória para fins de indulto) assume o vetor contrário: a vulneração de tais direitos - sobretudo num ambiente em que reconhecido pela Suprema Corte o estado de coisas inconstitucional. Nessa linha, o papel da detração como instrumento de salvaguarda dos direitos humanos no âmbito da execução penal, já reconhecido por esta Terceira Seção, encontra amparo no entendimento internacional e merece ser reforçado como critério na solução da questão jurídica sob análise. (Brasil, 2022)

Em sentido parecido, no julgamento do Tema RR 1.155 do STJ também fez interpretação benéfica do art. 42 do CP. A matéria é diferente, tratando do tempo de recolhimento noturno como pena cumprida, mas inevitavelmente houve ampliação do âmbito de incidência da norma, no sentido de se aproveitar o tempo de restrição de liberdade mesmo quando intermitente. A tese estabelecida foi:

- 1) O período de recolhimento obrigatório noturno e nos dias de folga, por comprometer o status libertatis do acusado, deve ser reconhecido como período a ser detraído da pena privativa de liberdade e da medida de segurança, em homenagem aos princípios da proporcionalidade e do non bis in idem.
- 2) O monitoramento eletrônico associado, atribuição do Estado, não é condição indeclinável para a detração dos períodos de submissão a essas medidas cautelares, não se justificando distinção de tratamento ao investigado ao qual não é determinado e disponibilizado o aparelhamento.
- 3) As horas de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga devem ser convertidas em dias para contagem da detração da pena. Se no cômputo total remanescer período menor que vinte e quatro horas, essa fração de dia deverá ser desprezada (Brasil, 2022).

No *leading case*, que partiu do REsp 1977135/SC (Brasil, 2022), também há menção expressa do posicionamento da Corte para interpretação análoga e benéfica do art. 42 do CP, nos seguintes termos do voto do Ministro Relator Joel Ilan Paciornik:

Nesta Corte, o amadurecimento da controvérsia partiu da interpretação dada ao art. 42 do Código Penal. Concluiu-se que o dispositivo não era *numerus clausus* e, em uma interpretação extensiva e *bonam partem*, dever-se-ia permitir que o período de recolhimento noturno, por comprometer o *status libertatis*, fosse reconhecido como período detraído, em homenagem ao princípio da proporcionalidade e em apreço ao princípio do *non bis in idem*.

Não é demais reconhecer, portanto, que o entendimento recente do STJ se inclina para a consideração do tempo de restrição de liberdade (prisão provisória, ou medida cautelar diversa que envolva recolhimento domiciliar) da maneira mais favorável à pessoa condenada.

Por isso, o entendimento da quinta turma do STJ, que adota como data-base a da última prisão, contraria a jurisprudência vinculante do próprio tribunal, na medida em que não aproveita de forma correta o tempo de prisão provisória e equipara os apenados que foram soltos ao longo do processo de conhecimento e foram recapturados para o cumprimento da pena aos que cometeram faltas disciplinares graves, como a fuga, ou outros delitos.

3 METODOLOGIA PARA A ANÁLISE EMPÍRICA.

Superada a discussão anterior, que demonstra que o art. 42 do CP deve ser sempre interpretado da forma mais favorável ao apenado, a presente pesquisa se destina a verificar, na prática, se o uso da primeira prisão como data-base é mesmo a solução mais benéfica.

A seleção dos casos para a investigação foi realizada por amostragem intencional, sendo escolhidos dez processos em que o juízo de 1º grau reconheceu como data-base a da prisão provisória, o Ministério Público recorreu, pleiteando a adoção da prisão definitiva e a Defensoria Pública contrarrazoou, entre agosto de 2024 e agosto de 2025, com a maior variedade possível de delitos e de datas do fato e, portanto, de requisitos temporais, com o objetivo de testar os mais diversos cenários.

Além da diversidade de delitos, a amostra é composta apenas por casos em que houve uma única condenação, tendo em vista que o cometimento de outro crime poderia ser considerado como falta grave, apto para alterar a data-base (art. 52 da LEP e Súmula 534 do STJ). Ademais, para facilitar a realização dos cálculos, foram filtrados casos em que houve apenas uma soltura, para seleção de apenas três datas: prisão provisória, soltura e prisão definitiva. Ademais, todos os casos foram de condenações com regime inicial fechado determinado pela sentença, seja por conta do total da pena ou pela existência de reincidência.

A seguir, o preenchimento da planilha, de extensão .xlsx, se deu com as seguintes variáveis: pena separada em anos/meses/dias, data de prisão provisória, data de soltura e data de recaptura (prisão definitiva). Com base nessas informações, foram aplicadas as seguintes fórmulas: fórmula para conversão da pena total em dias e fórmula para determinação do requisito temporal de progressão em dias.

O problema em questão leva em consideração dois cenários: 1) tempo de prisão provisória abatido do tempo de pena fixado na sentença, com a adoção da última prisão como data-base e; 2) tempo de prisão provisória não abatido do tempo de pena fixado na sentença, com a adoção da primeira prisão como data-base e o registro do tempo de liberdade provisória como período de interrupção da pena cumprida.

Em seguida, com base nas funções já aplicadas, foi feita fórmula para simular a progressão de regime nos dois cenários citados. Destaca-se que essa simulação não leva em consideração a remição, a comutação ou outros fatores que influenciam no cálculo de progressão de pena. É preciso reiterar que o período em que a pessoa esteve em liberdade provisória não foi utilizado em nenhum momento da pesquisa, da mesma forma que o SEEU faz, foi considerado como interrupção, sendo descartado nas fórmulas aplicadas.

As fórmulas utilizadas foram as seguintes:

- 1) Para conversão da pena em dias: $=(\text{Anos de pena} \times 365,25) + (\text{Meses de pena} \times 30,4375) + (\text{Dias de pena})$;
- 2) Para determinar o requisito temporal usando como data-base a prisão definitiva: $=(\text{Pena em dias} - (\text{diferença em dias da Data soltura} - \text{Data de prisão})) / \text{fração do requisito temporal}^4$;

⁴ Para 1/6: /6; Para 2/5: 2,5; Para 25%: /4; Pena 50%: /2.

- 3) Para determinar o requisito temporal usando como data-base a prisão provisória: $\text{=Pena em dias/fração do requisito temporal}$;
- 4) Para simular a progressão de regime usando como data-base a prisão definitiva: $\text{=(Data da prisão definitiva)+(Requisito temporal calculado nos termos do item 2)-1}$;
- 5) Para simular a progressão de regime usando como data-base a prisão provisória: $\text{=(Data da prisão provisória + requisito temporal calculado nos termos do item 3) - (Diferença em dias Data da Soltura - Data da primeira prisão) -1}$;
- 6) Para observar o tempo a mais no regime fechado: $\text{(Diferença em dias Data da progressão última prisão - Data da progressão primeira prisão)}$;
- 7) Para determinar a porcentagem de pena a mais: $\text{(Divisão do tempo a mais no regime fechado pela pena em dias)}$.⁵

Por fim, a planilha mostra com precisão a diferença entre os dois cenários, e que, invariavelmente, será mais benéfico para a pessoa apenada que sua data-base seja a prisão provisória.

Importante deixar claro que o termo “data-base” é usado ao longo do presente trabalho para se referir à data de referência para o início do cômputo do requisito objetivo, em outras palavras, o início do cumprimento da pena naquele regime (Pereira, Veitenheimer, 2013, p. 123). Assim, é a data de início para a primeira progressão de regime, que, nos casos analisados, é do fechado para o semiaberto.

4 A PRIMEIRA PRISÃO COMO DATA-BASE E A INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DO ART. 42 DO CÓDIGO PENAL.

Ao se abater da pena total o tempo de prisão provisória, adotando a última prisão como data-base, à pena remanescente será aplicado o requisito objetivo de progressão de regime. E, a não ser que a pessoa tenha ficado presa por tempo suficiente para progredir (hipótese em que o juízo de conhecimento deve alterar o regime inicial já na sentença, conforme art. 387, §2º do Código de CPP), acabará

⁵ Aqui se utiliza a formatação da célula para porcentagem (ferramenta disponível tanto utilizando o Google Sheets ou Microsoft Office Excell)

cumprindo mais tempo do que se a prisão for considerada já no cálculo de progressão de regime.

Não por acaso, o verbo utilizado tanto pelo art. 42 do CP como pelo 387, §2º do CPP é “computar” e não “abater” ou “descontar”. Isso significa que da própria interpretação gramatical dos artigos já se extrai que o mais correto é a contabilização da prisão provisória dentro da pena em execução, e não como subtração do total, para fins de aplicação das frações do requisito objetivo.

Indo além, a situação jurídica seria pior do que se o apenado tivesse ficado preso durante todo o processo. A coleta empírica demonstra que, independentemente da fração para progressão de regime (1/6, 2/5, 25% ou 50%⁶), o uso da última data-base significa dar tratamento mais gravoso a quem teve reconhecidas pelo juiz do conhecimento as condições sociais, fáticas e jurídicas adequadas à liberdade provisória.

Passando à discussão de cinco dos dez casos analisados (porque os demais reproduzem as mesmas características de pelo menos um dos processos escolhidos, sendo desnecessário o aprofundamento), têm-se os seguintes cenários:

Exemplo 01: pessoa condenada à pena de 14 anos, pelo art. 121, §2º, II e IV, do CP com fração de 1/6 para progressão⁷ (portanto, 02 anos e 04 meses), ficou presa provisoriamente por 09 meses e 15 dias. Se utilizada a primeira data, ele tem que ficar mais 01 ano, 06 meses e 15 dias presa para ir ao regime semiaberto. Se utilizada a última data, abatendo-se a prisão preventiva dos 14 anos de pena, ela deve cumprir 1/6 de 13 anos, 02 meses e 15 dias, ou seja, 02 anos, 02 meses e 12 dias de pena. Resulta-se, portanto, em 07 meses e 27 dias a mais.

Exemplo 02: pessoa condenada à pena de 07 anos de reclusão, pelo cometimento do art. 157, §2º, II, do CP, com fração de 25% para a progressão de regime (portanto, 01 ano e 09 meses), ficou presa provisoriamente por 01 ano, 04 meses e 06 dias. Se utilizada a primeira data, ele tem que ficar mais 04 meses e 24 dias para progressão. No caso da última data, abate-se a prisão preventiva da pena

⁶ Conforme art. 112 da LEP, existem outras frações para progressão de regime. Contudo, dentro dos processos analisados, essas foram as frações encontradas, e a análise dos dados mostrou que não há variação da hipótese, o que nos fez selecionar como exemplos apenas cinco dos dez casos, para demonstração no texto, evitando repetições desnecessárias.

⁷ Caso ocorrido no dia 17 de abril de 2002, portanto, inaplicável a fração de 2/5, nos termos da Súmula Vinculante 26 e julgamento do HC 82959, também pelo STF.

de 07 anos, restando 05 anos e 03 meses, devendo cumprir 25% disso, ou seja, 01 ano, 03 meses e 22 dias, um total de 10 meses e 28 dias de prisão a mais.

Os referidos exemplos deixam clara a ocorrência de excesso e desvio de execução nos termos do art. 185 da LEP, visto que estaria há mais tempo no regime errado (Roig, 2021, p 518).

Exemplo 03: condenada à pena de 04 anos e 08 meses, pelo art. 157, *caput*, CP que ficou presa preventivamente por 9 meses, com fração de 1/6, teria de cumprir mais 10 dias no regime inicial, se considerada a primeira prisão, e 7 meses e 25 dias se considerada a última prisão, ou seja, tempo suficiente para que pudesse progredir pela segunda vez, para o regime aberto.

Os exemplos anteriores demonstram que a adoção da última prisão como data-base não afeta apenas o *status libertatis* de cada apenado, mas gera problemas sérios para a administração prisional, num contexto em que o Plano Pena Justa exige a implantação de uma Central de Regulação de Vagas e a ocupação de cada vaga por um único apenado (Brasil, 2025b), justamente decorrente do julgamento da ADPF 347 pelo STF e forma de efetivar o *numerus clausus* (ROIG, p 87).

Exemplo 04: pessoa condenada à pena de 14 anos de reclusão, pelo art. 121, §2º, II e IV, do Código Penal, com fração de 2/5 para a progressão de regime (portanto, 05 anos, 07 meses e 06 dias), ficou presa provisoriamente por 11 meses e 19 dias. Se utilizada a primeira data, ele tem que ficar mais 04 anos, 07 meses e 17 dias. No caso da última data, abate-se a prisão preventiva da pena de 14 anos, restando 13 anos e 11 dias, devendo cumprir 2/5 disso, ou seja, 05 anos, 02 meses e 16 dias, um excedente de 06 meses e 29 dias.

Exemplo 05: pessoa condenada à pena de 12 anos de reclusão, pelo art. 121, §2º, IV, do CP, com fração de 50% para a progressão de regime (portanto, 06 anos), ficou preso provisoriamente por 01 mês e 08 dias. Se utilizada a primeira data, ele tem que ficar mais 05 anos, 10 meses e 22 dias. No caso da última data, abate-se a prisão preventiva da pena de 12 anos, restando 11 anos, 10 meses e 22 dias, devendo cumprir 50% disso, ou seja, 05 anos, 11 meses e 11 dias, portanto, um excedente de 19 dias.

Tabela 1 - Comparação dos casos escolhidos para análise

	Pena	Fração ou percentual	Tempo prisão provisória	Tempo faltante para a progressão com a data-base da primeira prisão	Tempo faltante para a progressão com a data-base da última prisão	Diferença
1	14a0m0d	1/6	0a9m15d	1a6m15d	2a2m12d	0a7m27d
2	7a0m0d	25%	1a4m6d	0a4m24d	1a3m22d	0a10m28d
3	4a8m0d	1/6	0a9m0d	0a0m10d	7m25d	0a7m15d
4	14a0m0d	2/5	0a11m19d	4a7m17d	5a2m16d	0a6m29d
5	12a0m0d	50%	0a1m8d	5a10m22d	5a11m11d	0a0m19d

Fonte: elaboração própria

Conclui-se que, independentemente da pena total ou da fração para a progressão de regime, o cálculo com base na primeira prisão é mais benéfico para a pessoa custodiada. Isso porque o tempo de prisão provisória reflete beneficamente quando o usado no cálculo direto da progressão, e não sendo abatido do total da pena. *A priori* poderia parecer que a aplicação da fração da progressão sobre uma pena menor seria melhor para o réu, mas, exceto no caso da pessoa ter cumprido o suficiente para progredir, o tempo remanescente de pena para a progressão será sempre maior.

É preciso insistir que, na prática da execução penal brasileira, ao menos na maioria dos Tribunais que o utilizam como sistema obrigatório, o próprio SEEU descarta os períodos de liberdade para fins de contabilização da pena cumprida. Existe a rubrica “interrupção”, o que faz com que o período entre a soltura e a recaptura/prisão definitiva seja ignorado para os cálculos.

Portanto, o argumento de que o uso da primeira prisão como data-base gera o risco de contabilização indevida da liberdade como pena não se sustenta, com base na própria ferramenta já disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução 304/2019.

Ao se comparar o cenário do réu solto durante a fase de conhecimento, com a situação da pessoa que responde presa todo o processo temos a quebra de

isonomia mais evidente. Ora, se a fração para progressão de regime será observada desde a prisão provisória, mantida pela sentença, é possível que a pessoa acesse o regime menos rigoroso antes do trânsito em julgado, nos termos da Súmula 716 do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, conforme visto anteriormente, se a pessoa for solta ao longo da ação penal, fazendo jus à liberdade provisória nos termos do art. 321 do Código de CPP, por não oferecer risco à ordem pública, à ordem econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal, e for presa em definitivo posteriormente, caso a data da última prisão seja usada como referência, ela ficará mais tempo no regime fechado do que a pessoa que permaneceu presa por toda a ação.

Frise-se que o tempo necessário para cumprir o requisito objetivo será o mesmo (1/6, 2/5, além das frações do art. 112 da LEP alterado pela lei 13.964/2019), sem que haja qualquer violação ao sistema progressivo, a diferença está na forma de utilização do tempo de prisão provisória pelo julgador.

Ademais, a última prisão, nos casos da hipótese aqui apresentada, é exclusivamente para cumprimento da execução da pena daquele delito, sem cometimento de novo ilícito, penal ou disciplinar, pelo sentenciado, que, nos termos dos arts. 50 e 52 da LEP, seria apto a gerar uma nova data-base e a interrupção da progressão de regime, nos termos da Súmula 534 do STJ.

Dessa forma, o tempo excedente de pena que a pessoa passaria no regime mais gravoso teria o mesmo efeito de uma sanção disciplinar, em desfavor de um apenado que não cometeu nenhuma falta grave, violando a regra de legalidade expressa do artigo 45 da citada Lei e do art. 5º, XXXIX da Constituição Federal. Na verdade a pessoa estaria sendo sancionada por ter seguido a lei, já que somente teve a data-base alterada pela revogação da sua prisão provisória, respeitando os requisitos legais para que fosse concedida uma liberdade provisória.

No casos em análise, quando a soltura decorreu do excesso de prazo da prisão preventiva, observou-se a maior diferença no tempo de permanência da pessoa em regime fechado, quando comparadas as utilizações da primeira e da última prisão como data-base.

Significa dizer, em breves linhas, que a morosidade judicial reconhecida na decisão de soltura pode resultar num segundo prejuízo para a pessoa presa, além do período durante o qual ela ficou presa preventivamente, se o juízo da execução utilizar a prisão definitiva como data-base.

Nos termos da *ratio decidendi* no julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, nos Temas 1.277 (Brasil, 2025a) e 1.155 (Brasil, 2022) de Recursos Repetitivos, a detração penal dá efetividade aos comandos da dignidade da pessoa humana e a ressocialização, especialmente no cenário carcerário brasileiro, declarado como estado de coisas inconstitucional pelo STF.

Portanto, devem ser aproveitados da melhor forma possível os períodos de prisão, na forma do art. 42 do CP, cuja interpretação não pode ser restritiva, sob pena de incorrer em proteção deficiente.

Conforme Cacicedo, Cabral e Machado (2025, p. 23), é necessário que o Poder Judiciário tome consciência da sua responsabilidade pelo hiperencarceramento, e isso passa, necessariamente, por uma análise crítica da interpretação de determinados institutos de Direito Penal, dentre eles a detração.

5 CONCLUSÕES

Testados diversos cenários, ficou claro que o uso da última prisão como data-base é desfavorável ao apenado. Embora não haja previsão legal sobre qual prisão deve ser adotada como data de referência para a primeira progressão de regime, no caso de interrupção da prisão provisória e recaptura para cumprimento de pena sem novo ilícito, não há justificativa para a adoção da solução mais prejudicial, que fará o apenado permanecer mais tempo no regime inicial da sentença, já que o art. 42 do CP determina que o tempo de prisão provisória seja computado para todos os efeitos.

O posicionamento do STJ no julgamento de diversos temas repetitivos vem sendo no sentido de impedir interpretações restritivas quanto ao uso do tempo da prisão provisória, o que vem ao perfeito encontro da hipótese aqui apresentada.

Sendo assim, a escolha do julgador pela alternativa mais gravosa não apenas é dogmaticamente equivocada, mas também político-criminalmente reprovável, por contribuir para o hiperencarceramento e resultar em um passo para trás em relação às determinações do Direito Internacional dos Direitos Humanos, da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Plano Pena Justa, determinado pelo STF como forma de corrigir e evitar a repetição do estado de coisas inconstitucional reconhecido pela Corte no julgamento da ADPF 347.

Dessa forma, deve o art. 42 do CP ser interpretado teleologicamente e *in bonam partem*, de maneira que o tempo de prisão provisória surta pleno efeito no

cálculo progressivo, contando como pena efetivamente cumprida e não sendo abatido do total de reprimenda para fins de progressão de regime, a partir do uso da primeira prisão como data-base.

REFERÊNCIAS

Bahia. Tribunal de Justiça. Resolução nº 49/2012. Disponível em: <<https://www7.tjba.jus.br/secao/lerPublicacao.wsp?tmp.mostrarDiv=sim&tmp.id=8638&tmp.secao=4> > Acesso em 02 out 2025.

Brasil. Constituição Federal da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 02 out 2025.

_____. Decreto Lei 2.848/1940 (Código Penal). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em 02 out 2025.

_____. Decreto Lei 3.689/1941 (Código de Processo Penal). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em 02 out 2025.

_____. Lei 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm Acesso em 02 out 2025.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Relator: Min. Marco Aurélio. Publicado em 19 dez 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773553256> Acesso em 02 out 2025.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 221.296/MS. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Publicado em: 06 fev 2023b Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=765393186> . Acesso em 02 out 2025.

Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 225.195/GO. Relator: Min. Luiz Fux. Publicado em: 14 abr 2023a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=767169482> Acesso em 02 out 2025.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula 716. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2499> Acesso em 02 out 2025.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.753.512/PR. Relator Min. Rogério Schietti Cruz. Publicado em 11 mar 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801781113&dt_publicacao=11/03/2019 Acesso em: 02 out 2025.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1977135/SC. Relator Min. Joel Ilan Paciornik. Publicado em: 28 nov 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103921805&dt_publicacao=28/11/2022. Acesso em: 02 out 2025.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2069773/MG. Relator Min. Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP) . Publicado em 19 fev 2025a. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202301490066&dt_publicacao=19/02/2025 Acesso em: 02 out 2025.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1.810.706/GO. Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Publicado em: 01 jun 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2061143&num_registro=202100017400&data=20210601&peticao_numero=202100134254&formato=PDF

_____. Conselho Nacional de Justiça. Plano Pena Justa. 2025b. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/plano-pena-justa/estrutura-do-plano/> Acesso em: 02 out 2025.

Cacicedo, P., Babini Lapa do Amaral Machado, Érica, & Luiza Maranhão Dias Cabral, M. (2025). A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a atualização da teoria da execução penal no Brasil: o exemplo do cômputo em dobro. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, 11(2). <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i2.1134> Acesso em: 25 set 2025.

Pereira, Mauro Kaufmann e Veitenheimer, Laura de Ferreira. A DATA-BASE NA EXECUÇÃO CRIMINAL. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul / Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 4, (ed.esp.) – (121-135) Porto Alegre: DPE, 2013 – Disponível em <http://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/issue/view/23/25> Acesso em: 29 set 2025.*

Roig, Rodrigo Duque Estrada Execução penal [livro eletrônico] : teoria e prática / Rodrigo Duque Estrada Roig. -- 5. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021