

## TESE INSTITUCIONAL 04

**Súmula:** Os regimes para início de cumprimento de pena indicados nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do § 2º do art. 33 do Código Penal, quando favoráveis as circunstâncias judiciais, não são vinculativos, inclusive nos casos de reincidência, sob pena de não recepção do dispositivo pela Constituição da República de 1988 e pela Convenção Americana de Direitos Humanos. (Redação aprovada pela maioria de 2/3 dos presentes - I Encontro Estadual – 2017)

**Proponente:** Dr. Antonio Vitor Barbosa de Almeida

**Assunto:** Fixação do regime inicial para cumprimento de pena ao tempo da dosimetria da pena pelo juízo criminal

### **Fundamentação jurídica:**

Ao tempo da fixação da pena ao juízo sentenciante compete determinar o regime inicial de cumprimento de pena, com base no montante fixado e nas circunstâncias judiciais do caso concreto, nos termos do art. 59 c/c art. 33, §3º ambos do Código Penal.

Ocorre, porém, que, ainda quando aposta a pena base em seu mínimo legal, os operadores do direito, comumente, aplicam os regimes indicados nas alíneas do §2o, do art. 33 do *Codex* Repressor utilizando como parâmetro a pena total fixada. Assim, se ao sentenciado, cuja pena foi fixada: a) até 4 anos o regime será o aberto, salvo se reincidente; b) se maior que 4 anos, porém menor que 8 anos, o regime será o semiaberto, salvo se reincidente; c) se maior que 8 anos sempre será o fechado, independentemente de ser reincidente.

Contudo, diversamente do que se acostumou a crer, não pode haver essa fixação rígida do regime inicial de cumprimento de pena, quando as circunstâncias judiciais não são agravadas, sob pena de não recepção do dispositivo penal pela Constituição da República de 1988 (em razão da violação do princípio da proporcionalidade, isonomia e individualização da pena), e de estabelecimento de uma incongruência no ordenamento jurídico a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal em sede dos Habeas Corpus 82.959-7 e 111.840/ES. Senão, vejamos.

A Constituição da República, em seu art. 5o, XLVI, estatui como um direito e uma garantia do cidadão ao cumprimento de uma sanção penal justa a individualização da pena.

A individualização judicial da pena abarca quatro etapas: 1ª) a identificação da espécie de pena a ser cominada (se privativa de liberdade, se alternativa, ou se de multa); 2ª) a quantificação da pena imposta (tempo da pena), conforme o preceito secundário da norma penal; 3ª) a indicação do regime inicial para o cumprimento da pena, observando o art. 59, III, e art. 33 do CP; 4ª) a análise da possibilidade de

substituição da pena privativa de liberdade (se se tratar desta) por outra restritiva de direitos.<sup>1</sup>

E mais, é necessário condensar outros princípios que diretamente se vinculam à fixação da pena e, por conseguinte, ao regime inicial para o cumprimento da pena, quais sejam: a proporcionalidade e a isonomia (igualdade). Por este último, brevemente, deve-se observar que “ (...) infrações penais e infratores desiguais devem ser tratados na medida de sua desigualdade”<sup>2</sup>. Já a proporcionalidade, numa perspectiva mais sintética, indica que “castigo deve variar conforme gravidade do crime cometido, isto é, o princípio requer um juízo de ponderação entre a carga de privação ou restrição de direito que a pena comporta, e o fim perseguido com a incriminação e com as penas em questão”<sup>3</sup>.

Tais premissas devem, portanto, balizar a pretensão do Defensor Público ao tempo do embate na fixação da pena.

Com efeito, o art. 33, §2º, do Código Penal estatui:

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

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

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

A leitura rápida – e desatenta – do dispositivo pode suggestionar, por exemplo, que o sentenciado primário que obter a pena mínima para o delito do art. 157, §2º, II, do Código Penal, isto é, de 5 anos e 4 meses deverá cumpri-la em regime inicial semiaberto, ainda que aposta no piso legal e com as circunstâncias do art. 59 do CP fixadas em seu mínimo (e, portanto, positivas).

Nada mais equivocado.

Ora, se a pena deve ser corretamente individualizada às circunstâncias do caso concreto e do indivíduo, tem-se que tal obrigatoriedade de regime inicial não pode ser imposta, sob pena de se violar o princípio da proporcionalidade – pois o caso

---

<sup>1</sup> Fases desenvolvida em: CARVALHO, Salo de. “Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro”. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 262.

<sup>2</sup> JUNQUEIRA, Gustavo et. al. “Manual de Direito Penal”. São Paulo: Saraiva, 2a ed. 2014, p. 482.

<sup>3</sup> QUEIROZ, Paulo. “Curso de Direito Penal”, 10a ed. Salvador: JusPodvm, 2014, p. 84

concreto e as circunstâncias pessoais do cidadão podem justamente indicar o contrário – e o princípio constitucional da individualização da pena, nos termos acima definidos.

Assim, tal como no exemplo acima colacionado, ao indivíduo primário apenado com uma sanção de 5 anos e 4 meses, o regime máximo que lhe pode ser imposto é o regime semiaberto, porém não há óbice legal para a fixação do regime aberto mormente quando as circunstâncias factuais e subjetivas assim o indicarem.

Nesse sentido, Salo de Carvalho sustenta:

Desta forma, seguindo os mesmos parâmetros fixados para a delimitação da quantidade de variação de pena nas hipóteses de concurso formal e crime continuado, entende-se que a observância das condições do art. 59, caput, do Código Penal, para a definição do regime de pena deve ser limitada, em seu máximo, pelas circunstâncias legais objetivas e subjetivas do §2º, do art. 33. **Significa dizer, portanto, que a análise do grau de responsabilidade penal do autor (culpabilidade em sentido amplo) permite flexibilizar o regime em benefício do acusado.** Isto porque os critérios do §2º do art. 33 se constituem, em realidade, como fronteira máxima de punibilidade. **Se as circunstâncias judiciais forem favoráveis**, não haveria quaisquer óbices para aplicação do regime semiaberto nos casos de (a) pena fixada acima dos oito anos ou de (b) sanção dosada entre 4 anos e 8 anos, em caso de réu reincidente; ou, ainda, estabelecer regime aberto nas situações de (c) pena aplicada abaixo dos 4 anos, em caso de condenado reincidente. A flexibilização da legalidade penal em benefício do réu, seguindo a previsão exposta no art. 33, §2º, é plenamente admissível em um modelo penal de garantias. O contrário, porém, é vedado, visto ser a legalidade uma barreira de contenção que não pode ser ultrapassada em prejuízo dos direitos individuais. A diretriz exposta é reforçada pela consolidação jurisprudencial realizada pelo Supremo Tribunal Federal: 'a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para imposição do regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada' (Supremo Tribunal Federal, súmula 718). Sobre a mesma matéria: 'a imposição de regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada exige fundamentação idônea' (Supremo Tribunal Federal, Súmula 719)<sup>4</sup>

**Dessa forma, o quanto enunciado no art. 33, §2º, do CP não está a impor a fixação do regime nos moldes às hipóteses ali elencadas, isto é, não há uma obrigatoriedade na fixação do regime sugerido.** Até porque, nas linhas do art. 33, §2º, do CP, a fixação do regime inicial para cumprimento de pena se fará observando as circunstâncias do art. 59 do CP, possibilitando, assim, a imposição de um regime mais brando em benefício do sentenciado. Com efeito, os regimes indicados nas alíneas servem apenas como limites máximos legais.

Não fosse assim, a imposição do regime inicial violaria a individualização da pena e a proporcionalidade, não sendo recepcionado o dispositivo 33, §3º, do Código

---

<sup>4</sup> CARVALHO, Salo de. "Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro". São Paulo: Saraiva, 2013, p. 468 e 469. Grifos nossos.

Penal, viabilizando o ajuizamento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (inclusive, para se viabilizar uma declaração conforme à Constituição).

Entende, ainda, este Defensor que a presente interpretação é respaldada no art. 5º, item 6, da Convenção Americana de Direitos Humanos, o qual estabelece que:

Artigo 5. Direito à integridade pessoal

6 - As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

Ora, em sendo a finalidade da sanção penal a “readaptação social” do indivíduo, tem-se que a imposição de um regime de cumprimento rígido (com base apenas na quantidade da pena concretamente aplicada) – ainda que as circunstâncias fática e pessoal indiquem para a aplicação de um regime mais brando –, concorre para desvirtuar por completo aquele escopo inicial da Convenção no que tange à sanção penal, estabelecendo uma barbárie jurídica: a imposição legal de um excesso de condenação!

O presente entendimento deve ser adotado, sob pena de se concluir, então, que a Convenção Americana de Direitos Humanos teria derogado o art. 33, §2º, do CP, o que seria discutido em sede de controle difuso de convencionalidade.<sup>5</sup>

Não bastasse o entendimento daqueles que concluem pela impossibilidade de flexibilização dos regimes indicados no art. 33§2o, do Código Penal, ser contrário à principiologia da Constituição e à convencionalidade do Pacto de São José da Costa Rica, tem-se que a partir da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal em sede do Habeas Corpus 111.840/ES, esse entendimento não mais se sustenta, sob pena de incorrer em incoerência interna no sistema de precedentes.

Isso porque o Supremo Tribunal Federal, em sede do HC 82.959-7/SP declarou **inconstitucional** o art. 2º, §1º, da Lei 8072/90, o qual estabelecia o cumprimento **integral da pena em regime fechado** para os sentenciados pela prática de Crimes Hediondos. Diante disto, o legislador ordinário alterou a redação daquele dispositivo para prever o **regime inicialmente fechado** para condenados pelos mesmos delitos. Em face dessa nova alteração legislativa o Supremo Tribunal Federal, novamente, analisou a redação legal e concluiu pela **inconstitucionalidade da imposição do regime**

---

<sup>5</sup> Leonardo Massud aprofunda o estudo da pena para sustentar que o caráter retributivo da pena previsto do art. 59 do CP foi de vez espancado pela CADH. “Esse caráter retributivo fora inegavelmente abandonado, pois, embora pouco observada pela doutrina e também pela jurisprudência, houve, depois da Reforma da Parte Geral de 1984, a incorporação, no sistema jurídico brasileiro, de outra norma a respeito da finalidade da pena: Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como o Pacto de São José da Costa Rica. (...) No art. 5º, item 6, deste Tratado, os países signatários resolveram atribuir à punição um cariz marcadamente de prevenção especial positiva, pois, contudo se referissem às penas privativas de liberdade, estatuíram que estas 'devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados', sendo, pois, estes os objetivos que devem nortear o magistrado na dosimetria da reprimenda.” (MASSUD, Leonardo. “Da pena e a sua fixação – Finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal”, São Paulo: DPJ editora, 2009, p. 144)

**inicialmente fechado para início de cumprimento pena.** Com efeito, em sede do aludido HC 111.840/ES, concluiu-se que não há uma cogência para que o início da execução da pena se dê neste regime fechado:

(...) Considerando o que decidido pelo Plenário deste Supremo Tribunal, parece-me que não se poderia, em hipótese de tráfico de entorpecentes, sustentar a cogência absoluta de que o cumprimento da reprimenda carcerária decorrente da prática do crime de tráfico se dê em regime inicialmente fechado, tal como preconizado no art. 1º da Lei nº 11.464/07, que alterou a redação do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Há de se considerar que a própria Constituição Federal contempla as restrições a serem impostas àqueles que se mostrem incursos em dispositivos da Lei nº 8.072/90. Dentre elas não se encontra nenhuma que verse sobre a obrigatoriedade de imposição do regime extremo para o início de cumprimento da pena.

No inciso XLIII do rol das garantias constitucionais – artigo 5º - afastam-se, tão somente, a fiança, a graça e a anistia, assegurando-se, em inciso posterior (XLVI), de forma abrangente, sem excepcionar essa ou aquela prática delituosa, a individualização da pena.

No tocante ao tema, assinalo que, a partir do julgamento do HC nº 82.959/SP (Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio , DJ de 1º/9/06), esta Corte Suprema passou a admitir a possibilidade de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, dada a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Tal possibilidade veio a ser acolhida posteriormente pela Lei nº 11.464/07, que modificou a Lei nº 8.072/90, positivando-se, desse modo, a possibilidade da mencionada progressão. Contudo, como já dito, essa lei estipulou que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados fosse, obrigatoriamente, cumprida inicialmente no regime fechado. Tal como já indagado no julgamento do HC nº 82.959/SP, tinha e tem o legislador ordinário poder para isso estabelecer? A minha resposta é negativa. **Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, o qual foi modificado pela Lei nº 11.464/07”.**<sup>6</sup>

No bojo do mesmo feito, o Relator do HC traz a lume a fundamentação do então Ministro Eros Grau, utilizada para concluir pela inconstitucionalidade do regime integralmente fechado em crimes hediondos (HC 82.959/SP), a qual aqui é utilizada para corroborar a impossibilidade da imposição de regra fixa a priori, que inviabilize a correta individualização da pena:

No que tange à proibição da progressão de regime nos crimes hediondos, afronta o princípio da individualização da pena (art. 50, XLVI), direcionado ao legislador, que não pode impor regra fixa que impeça o julgador de individualizar, segundo sua avaliação, caso a caso, a pena do condenado que tenha praticado qualquer dos crimes relacionados como hediondos. Considere-se ainda a vedação da imposição de penas cruéis (art. 5, XLVII, ‘e’) e o respeito à dignidade da pessoa humana (art.

---

<sup>6</sup> (STF - HC: 111840 ES, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 27/06/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013). Grifos no original.

1º, III), sendo também certo que o cumprimento da pena em regime integral, por ser cruel e desumano, importa violação a esses preceitos constitucionais.<sup>7</sup>

Importante consignar, ainda, que a Ministra Rosa Weber, acompanhando o entendimento da inconstitucionalidade da imposição abstrata do regime inicial abre ainda mais a possibilidade interpretativa, de modo a contemplar o quanto aqui sustentado, ao enunciar, *in verbis*, que: “A meu juízo, **a situação é a mesma da imposição de pena padrão, essa imposição de regime, em abstrato, de cumprimento**, e, por essa razão, **ferido o direito e a garantia fundamental de individualização da pena** pelo magistrado, acompanho o eminente Relator quando declara, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade desse preceito e concede a ordem”.

Por fim, quanto à questão da reincidência, é necessário observar que, no caminho aqui trilhado, a circunstância agravante tão somente importará num limite (máximo) de um regime mais gravoso, não prejudicando a imposição de um regime mais brando, ainda que reincidente, se as circunstâncias do caso e do indivíduo assim indicarem (art. 59 do Código Penal). Dessa forma, exemplificando: a um cidadão reincidente, cuja pena imposta pela prática do delito previsto no art. 155, §4º, I, do CP foi de 2 anos, a ele poderá ser fixado o regime inicial aberto e não necessariamente o regime semiaberto, sob pena de se violar o princípio da individualização da pena, pelos fundamentos acima expostos: “A flexibilização da legalidade penal em benefício do réu, seguindo a previsão exposta no art. 33, §2º, é plenamente admissível em um modelo penal de garantias. O contrário, porém, é vedado, visto ser a legalidade uma barreira de contenção que não pode ser ultrapassada em prejuízo dos direitos individuais”. Finalmente, é importante observar que a adoção de entendimento análogo para o recrudescimento da situação penal do sentenciado não seria possível em razão do princípio da legalidade, bem como pela vedação da analogia *in malam partem*.

#### **Fundamentação fática:**

A aplicação dos regimes nos limites quantitativos indicados no art. 33, §2º, do Código Penal no cotidiano forense evidencia que os operadores do Direito não se atentaram para a possibilidade de sustentação da tese acima indicada, após a abertura interpretativa realizada pelo Supremo Tribunal Federal em sede do HC111.840/ES.

É quase que mecânica a aplicação do regime nos seguintes moldes: se pena base foi fixada em seu mínimo legal: a) até 4 anos o regime será o aberto, salvo se reincidente; b) se maior que 4 anos, porém menor que 8 anos, o regime será o semiaberto, salvo se reincidente; c) se maior que 8 anos sempre será o fechado, independentemente de ser reincidente.

---

<sup>7</sup> (STF - HC: 82959 SP, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 23/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-09-2006). Trecho do voto da Min. Rosa Weber.

Ocorre, entretanto, que tal sistemática concorre por violar o princípio da individualização da pena. Um cidadão primário com uma pena de 5 anos e 4 meses, inserido no mercado de trabalho e com família, por exemplo, teria que iniciar o cumprimento de sua pena em regime semiaberto (Colônia Penal Agrícola), implicando na sua retirada do mercado de trabalho e em prejuízo ao sustento de sua família, fazendo com que o princípio da intranscendência penal seja violado.

O mesmo se dá em relação ao cidadão que, apesar de contar com uma anotação transitada em julgado anterior (reincidente), terá que cumprir uma pena inferior a 4 anos em regime semiaberto, ainda que apenas conte com esses dois delitos, bem como tenha circunstâncias pessoais e concretas favoráveis.

As situações não são poucas.

Dessa forma, a Defensoria passou a sustentar a presente tese, a qual, apesar de encontrar resistência, logrou ser acolhida em um precedente no TJPR, ainda que por fundamento diverso. No caso, mesmo sendo reincidentes e obtendo uma pena superior a 4 anos, aos Defendidos foi imposta um regime semiaberto, mesmo diante da dicção legal do art. 33, §2º, b, do CP:

ROUBO MAJORADO (ART.157, § 2º, I E II, DO CP) E FALSA IDENTIDADE (ART. 307 DO CP) - PRELIMINAR PELA NULIDADE DO RECONHECIMENTO DOS RÉUS - NÃO OBSERVÂNCIA AO ARTIGO 226 DO CPP - AFASTAMENTO - IDENTIFICAÇÃO POSTERIORMENTE CORROBORADA EM JUÍZO - ABSOLVIÇÃO QUANTO AO ROUBO MAJORADO - IMPRATICABILIDADE - ARGUIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA - DESCABIMENTO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - PALAVRA DAS VÍTIMAS E DOS POLICIAIS MILITARES - APELANTES PRESOS EM POSSE DAS ARMAS BRANCAS E REI FURTIVAE - FALSA IDENTIDADE - TESE DE AUTODEFESA AFASTADA PELO STF EM JULGAMENTO DE RECURSO REPETITIVO - DOSIMETRIA - REINCIDÊNCIA - ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO - POSIÇÃO PACÍFICA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES PELA CONSTITUCIONALIDADE - MANUTENÇÃO AUMENTO - EXCLUSÃO MAJORANTE ART. 157, §2º, I, DO CP - IMPOSSIBILIDADE - POTENCIALIDADE INERENTE AO PRÓPRIO ARTEFATO - ARMA IMPRÓPRIA APTA A CONFIGURAR O ACRÉSCIMO - CONCURSO DE PESSOAS EVIDENCIADO - EXACERBAÇÃO MANTIDA - RECONHECIMENTO DA MODALIDADE TENTADA - NÃO ACOLHIMENTO - INVERSÃO DA POSSE - DELITO CONSUMADO - MODIFICAÇÃO DE REGIME PARA O SEMIABERTO - ACOLHIMENTO - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 269 DO STJ - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (...)

Regime de cumprimento da pena: Insurgem-se, finalmente, os apelantes quanto ao regime fixado para o início do cumprimento das penas, pontuando que considerar a reincidência para fixar o regime fechado não constitui motivação idônea, constituindo um triplo agravamento, ferindo o princípio da proporcionalidade.

De fato, **levando-se em conta apenas o quantum das penas fixado, seria cabível o regime semiaberto. No entanto, os acusados são reincidentes específicos, eis que condenados definitivamente por crime patrimonial, o que autoriza a fixação de regime mais gravoso.**

O Magistrado fixou o regime fechado aos apelantes, diante da reincidência.

**Entretanto, verifica-se que na análise das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, todas foram favoráveis, sendo fixadas as penas-base no mínimo legal.**

**Logo, impõe-se a modificação do regime fechado para o semiaberto, tendo em vista a reincidência dos apelantes e a situação favorável quanto às circunstâncias judiciais.**

Diante do exposto, conhece-se do recurso, e, dá-se parcial provimento, para modificar o regime inicial de cumprimento das penas para o semiaberto, inclusive quanto ao delito apenado com detenção para o réu Cledoaldo. TJPR - 5a Câmara Criminal. Des. Relator: Marcus Vinícius de Lacerda Costa Processo 1290649-9 Apelação Crime DJ: 18/03/2015

#### **Sugestão de operacionalização:**

Os Defensores Públicos poderão utilizar a presente tese em sede de memoriais, no âmbito do processo penal, pugnando pela aplicação de regime mais brando (flexibilizado) quando a pena base for aposta em seu mínimo legal (art. 59 do CP), ainda que a quantidade de pena indique o contrário nos parâmetros do art. 33, §2º, do CP. Em caso de não acatamento, poderá, ainda, sustentar em sede de apelação.

Para tanto, sugere-se que o Defensor entre em contato com familiares para acostar documentos de trabalho e/ou estudo, bem como de filhos menores, para indicar que a imposição do regime não atenderá à finalidade da sanção nos limites fixados no dispositivo acima, devendo-se flexibilizar a sua imposição.