

Metzker e Guerra: Fixação de pena em regime mais gravoso

Dentro da teoria da pena, temos três tipos de pena: a privativa de liberdade, a restritiva de direitos e a multa. Especificamente na pena privativa de liberdade, temos três espécies: reclusão, detenção e prisão



O artigo 33 do Código Penal deixa bem claro quais os

regimes possíveis nas espécies de reclusão e detenção. Em relação à prisão simples, encontraremos, quanto aos regimes, no artigo 6º da lei de contravenção penal (Decreto-Lei 3688/1941).

Para a escolha do regime adequado, deve ser observado, entre outros, o princípio da individualização da pena. O artigo 5º da Constituição Federal, o qual nos traz um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, prevê em seu inciso XLVI sobre a individualização da pena e as modalidades possíveis para sua aplicação.

A individualização da pena é uma contraposição às decisões genéricas, sem fundamentações. Uma sentença que se atém às situações extra-autos ou às gravidades abstratas viola o princípio da individualização da pena, vez que passariam a ter caráter exemplificador.

Quanto à observância desse princípio e a forma de particularizar a pena ao indivíduo, merece reprodução o emblemático precedente em que se assentou que *"a melhor prova da ausência de motivação válida de uma decisão judicial — que deve ser a demonstração da adequação do dispositivo a um caso concreto e singular — é que ela sirva a qualquer julgado, o que vale por dizer que não serve a nenhum"* (HC 78.013, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 24/11/1998).

Feitas essas premissas, passa-se a entrar no tema do presente artigo.

Da leitura dos artigos 33, §2º e §3º, têm-se as regras para fixação do regime prisional na sentença. Verifica-se que o legislador relevou três fatores importantes para fixação: quantidade, reincidência e circunstâncias judiciais.

O juiz, ao fixar o regime, deve levar em consideração a quantidade da pena. Para penas definitivas superior a oito anos, aplicar-se-á o regime fechado. Em caso de penas iguais ou inferior a oito anos e superior a quatro anos, será fixado o regime semiaberto. E, por fim, para penas definitivas iguais ou



inferiores a quatro anos, deverá ser fixado o regime aberto.

Todavia, a pergunta que surge é sobre a possibilidade de fixar regime mais gravoso ao qual o réu teria direito em relação a quantidade da pena.

Como visto, a norma legal em questão permite ao juiz impor ao sentenciado regime penal mais severo, desde que o faça, no entanto, em decisão suficientemente motivada. Assim, a opção pelo regime menos gravoso constitui mera faculdade legal reconhecida ao magistrado, consoante salientado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Bem se discute e se debate, com considerável amplitude, sobre a questão da constante atitude dos magistrados em fixar a pena em regime mais gravoso sem que se tenha a devida fundamentação para este tipo de aplicação.

Parece lógico que o legislador acabou por deixar a critério dos juízes a tomada de decisão sobre a análise do crime praticado pelo agente no caso concreto, aplicando-se o seu juízo de valor sobre a periculosidade do crime/ação praticada, valorando por meio deste se mais benéfico seria manter o réu em regime aberto, semi-aberto ou fechado (normalmente o mais optado).

Diante dessa situação, o número de recursos aos tribunais superiores foi crescente, sob a argumentação de não haver a devida fundamentação para aplicação da pena na sentença, caso vedado pela própria Constituição. Os ministros passaram a se ver diante da necessidade de um posicionamento, o que levou a origem de súmulas que abordam sobre o tema.

A súmula mais conhecida e mencionada é a 719 do STF, a qual exige a motivação idônea quando há a imposição de regime mais gravoso para a pena aplicada, devendo esclarecer as circunstâncias fáticas que o levaram a decisão tomada, sendo destacado pelo próprio STF o HC 132.331 afirmando que a gravidade em abstrato de um crime não deve justificar a escolha por regime mais gravoso.

Outra súmula de extrema importância para esta sustentação é a 718, também do STF, a qual afirma que a simples opinião do julgador em relação à gravidade do crime não constitui motivação idônea para se impor regime mais severo do que é permitido segundo a pena aplicada. Ou seja, se o cálculo da pena dá ao réu o direito ao regime aberto, não lhe deve ser imposto o regime fechado.

Já o STJ, por meio da Súmula 440, sustenta também pela impossibilidade de fixação do regime mais gravoso com base na gravidade abstrata do delito, devendo ser fundamentada nas circunstâncias judiciais do artigo 59, CP, como firmado no HC 412.933/SP, de relatoria do ministro Joel Ilan Paciornik, e seguindo o entendimento da Corte Constitucional.

Conforme se denota da legislação em vigor, em casos de reincidência, poderá ser fixado o regime mais gravoso, observado o §2º do artigo 33 do CP. Sendo caso, em razão da quantidade da pena, ser fixado o regime semiaberto, mas é caso de reincidência, poderá ser fixado o regime fechado.

Não sendo o caso de reincidência, deve-se observar a quantidade da pena e a circunstâncias judiciais. Sendo todas as circunstâncias favoráveis, não há que se falar em fixação de regime mais gravoso. Caso



não sejam favoráveis, deverá o magistrado de forma devidamente fundamentada motivar a fixação de regime mais gravoso.

Sobre a problemática, ainda se destaca o entendimento de um dos ministros do STF, ao discorrer sobre o tema, o qual afirma que o regime fechado não é ideal para todos os casos, não havendo compatibilidade razoável entre o grau de proteção do direito fundamental à individualização da pena e o seu cumprimento em regime fechado, vindo até existir por meio deste um excesso de execução.

Por fim, importa destacar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao analisar o HC 111.840, de relatoria do ministro Dias Toffoli, por maioria, declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/1990, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007. Sendo assim, ficou superada a obrigatoriedade de início do cumprimento da pena no regime fechado aos condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados.

Desse modo, entende-se que é preciso aplicar cautelarmente a fixação de um regime, observando os princípios, a legislação, as súmulas e as jurisprudências dominantes dos tribunais superiores.