



# REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENAS

**NOTA TÉCNICA  
SOBRE O PACOTE DE  
MEDIDAS PENAS  
DO MINISTRO  
SERGIO MORO  
(PL 822/2019)**

# 01.

## PROPOSTA DO PACOTE DE MEDIDAS PENAIS

**A**rt. 2º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações: (...)

“Art.33 (...)

§ 5º Na hipótese de reincidência ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual reiterada ou profissional, o regime inicial da pena será o fechado, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas ou de reduzido potencial ofensivo.

§ 6º Na hipótese de condenação pelos crimes previstos nos art. 312, caput e § 1º, art. 317, caput e § 1º, e art. 333, caput e parágrafo único, o regime inicial da pena será o fechado, exceto se de pequeno valor a coisa apropriada ou a vantagem indevida ou se as circunstâncias previstas no caput do art. 59 forem todas favoráveis.

§ 7º Na hipótese de condenação pelo crime previsto no art. 157, na forma do § 2º-A e do inciso I do § 3º, o regime inicial da pena será o fechado, exceto se as circunstâncias previstas no art. 59 forem todas favoráveis.” (NR)

(...)

Art. 59

(...)

Parágrafo único. O juiz poderá, com observância aos critérios previstos neste artigo, fixar período mínimo de cumprimento da pena no regime inicial fechado ou semiaberto antes da possibilidade de progressão. (NR)”

# 02.

## COMENTÁRIOS

**A**tualmente o Código Penal estabelece, em seu art. 33, §3º, que o regime inicial de cumprimento de pena será fixado “com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código”. Tal dispositivo dispõe que “o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja **necessário e suficiente** para reprovação e prevenção do crime: (...) III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade” (grifamos).

A inovação legislativa apresentada pelo pacote de medidas penais do Ministro da Justiça e Segurança Pública Sergio Moro tem como objetivo central o endurecimento no cumprimento das penas de determinados crimes, tidos como mais graves do que os demais, a exemplo do peculato, da corrupção passiva, da corrupção ativa e do roubo majorado.

Entretanto, ainda que se parta da premissa falaciosa<sup>1</sup> de que o “endurecimento” das penas contribui para alcançar o objetivo do pacote, que é justamente minimizar a ocorrência de crimes e conferir mais segurança à população, a sugestão elaborada não se sustenta por duas razões centrais.

Em primeiro lugar, o projeto apresentado

<sup>1</sup> Deixa-se de adentrar na crítica específica à falência da pena de prisão e à sua absoluta ineficiência como elemento preventivo do crime por não ser este o objeto do presente escrito. Existem inúmeros trabalhos publicados a respeito do tema, especialmente na área da Criminologia, mencionando-se, a título meramente exemplificativo, a obra de Cezar Roberto Bitencourt a respeito: “Falência da Pena de Prisão — Causas e Alternativas”.

viola previsão constitucional expressa. O art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, positiva o princípio da individualização das penas, segundo o qual, para condenar, o magistrado tem a *obrigação* de considerar as circunstâncias de cada indivíduo, bem como as peculiaridades do caso concreto, não apenas na fixação da pena, mas, também, no estabelecimento do regime inicial de cumprimento.

Consagrando tal concepção, o Supremo Tribunal Federal, em 2006, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos)<sup>2</sup>, que vedava a progressão de regime para os crimes hediondos, por violar o princípio da individualização das penas<sup>3</sup>. A decisão

<sup>2</sup> **Redação antiga, declarada inconstitucional:** Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

(...)

§1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

<sup>3</sup> A individualização das penas incide sobre o sistema penal de três diferentes formas, sendo a primeira delas exercida pelo legislador ao estabelecer as penas em abstrato para os tipos penais, fixando limites mínimos e máximos à discricionariedade do magistrado. A segunda forma é exercida pelo magistrado, ao individualizar e dosar a pena do acusado no momento da condenação, considerando as circunstâncias próprias de cada réu. A terceira também é exercida pelo juiz, mas somente após trânsito em julgado da condenação, na execução penal, ao dispor sobre o cumprimento indivi-

**Entretanto, ainda que se parta da premissa falaciosa de que o “endurecimento” das penas contribui para alcançar o objetivo do pacote, que é justamente minimizar a ocorrência de crimes e conferir mais segurança à população, a sugestão elaborada não se sustenta por duas razões centrais.**

foi tomada nos autos do *habeas corpus* 82.959, julgado em fevereiro de 2006, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio.

Posteriormente, com o advento da lei 11.464/07, a redação do art. 2º, §1º, da Lei dos Crimes Hediondos foi modificada, afastando a impossibilidade de progressão de regime, mas estabelecendo a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os crimes dessa natureza.<sup>4</sup>

Em razão de tal julgamento o STF editou, em dezembro de 2009, a súmula vinculante 26:

*“Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.”*

Em seguida, em junho de 2012 o STF declarou a inconstitucionalidade da nova redação do §1º, do art. 2º, da lei 8.072/90, nos autos do *habeas corpus* 111.840, relatado pelo Ministro Dias Toffoli, aplicando efeitos *ex nunc* à decisão.

Reconhecendo a relevância do tema e, mais do que isso, reconhecendo que as instâncias ordinárias estavam rotineiramente descumprindo aquilo que já estava pacificado na jurisprudência da Corte Constitucional, sob o argumento de que

<sup>4</sup> **Redação atual:** Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

(...)

§ 1o A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

a questão havia sido decidida apenas de forma incidental e, portanto, não teria efeito *erga omnes*, o STF, por meio do Agravo em Recurso Extraordinário 1.052.700, relatado pelo Ministro Edson Fachin, fixou a repercussão geral do tema e estabeleceu, expressamente, que “é inconstitucional a fixação *ex lege*, com base no art. 2º, §1º, da lei 8.072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal”. Assim, reafirmou a jurisprudência dominante sobre o tema.

É oportuno destacar, ainda sobre o assunto, as súmulas 718<sup>5</sup> e 719<sup>6</sup> do STF e a súmula 440<sup>7</sup> do STJ, todas firmes no sentido de que a fixação do regime inicial para cumprimento de pena exige motivação específica e idônea, não se admitindo, portanto, o estabelecimento, *a priori e ex lege*, do regime inicial, sob pena de violação do princípio da individualização das penas.

Fez-se necessária a realização dessa breve digressão para demonstrar, objetiva e indiscutivelmente, que a proposta em de-

5 “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”.

6 “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”.

7 “Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito”.

**Afinal, o princípio da individualização das penas impede a fixação, por lei, de um regime prisional obrigatório mais gravoso que esteja dissociado das circunstâncias do caso concreto.**

bate, no que diz respeito à fixação antecipada e *ex lege* de regime inicial de cumprimento de pena, sem levar em conta as circunstâncias do caso concreto, além de flagrantemente inconstitucional, já foi amplamente debatida pelo Poder Judiciário, sendo, ao final, veementemente rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal.

Isso porque trata-se de proposta que atenta contra o preceito constitucional da individualização da pena, não sendo possível exigir-se, sem fundamentação concreta e idônea, que o apenado tenha de iniciar o cumprimento de sua reprimenda corporal em regime fechado, sem que este mandamento esteja calcado em circunstâncias pessoais ou do fato criminoso específico.

Afinal, o princípio da individualização das penas impede a fixação, por lei, de um regime prisional obrigatório mais gravoso que esteja dissociado das circunstâncias do caso concreto.

Daí porque é imperiosa a análise conjugada do disposto nos artigos 33, §3º, e 59, inciso III, ambos do Código Penal, a fim de estabelecer, caso a caso, qual seria o regime mais adequado, seja o crime hediondo ou não.

Em segundo lugar, a proposta de abrandamento na fixação do regime na hipótese de ser “de pequeno valor a coisa apropriada ou a vantagem indevida” contraria a jurisprudência consolidada dos tribunais superiores quanto à tutela do bem jurídico da administração pública.

A razão para tanto é simples: a jurisprudência pátria, tanto do STJ, quanto do STF, é tranquila em asseverar que delitos praticados contra a administração pública, como é o caso do peculato, da corrupção

passiva e da corrupção ativa, por terem como bem jurídico tutelado a própria higidez da administração, não podem ser economicamente mensuráveis, daí porque seria impossível considerar de “pequeno valor” a coisa apropriada ou a vantagem indevida, justamente por inadmitirem, os tipos penais em questão, valoração econômica.

Se a mera promessa ou oferta de vantagem indevida já consome corrupção (passiva e ativa), é absolutamente descabido tratar do valor da vantagem financeira.

Nesse sentido, cite-se trecho do agravo regimental no Agravo em Recurso Especial 1.317.007, do Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: “3. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de não ser possível a aplicação do princípio da insignificância aos delitos contra a Administração Pública, pois o bem jurídico tutelado pelo tipo penal incriminador é a moralidade administrativa, insuscetível de valoração econômica”.

Remarque-se, por fim, que a sugestão apresentada no projeto de excepcionar a fixação do regime inicial fechado para tais crimes “se as circunstâncias previstas no art. 59 lhe forem todas favoráveis”, é dispa-

“

**É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de não ser possível a aplicação do princípio da insignificância aos delitos contra a Administração Pública, pois o bem jurídico tutelado pelo tipo penal incriminador é a moralidade administrativa, insuscetível de valoração econômica.**

ratada. Como visto acima, se existirem circunstâncias judiciais desfavoráveis, o juiz está autorizado a fixar um regime inicial mais grave do que aquele inicialmente estabelecido por lei, consoante o disposto nos artigos 33, §3º e 59, inciso III, do Código Penal.

No mais, o art. 59 do Código Penal, como cediço, estabelece critérios e parâmetros para a dosimetria da pena e, portanto, conduz a atuação do juiz do processo de conhecimento, que conduziu a ação penal, não sendo possível confundir suas atribuições, naturalmente, com o juiz da execução penal, a quem cabe a *fiscalização* do cumprimento da pena.

Em outras palavras, até por um impedimento técnico e dogmático, não é possível estabelecer, no bojo do art. 59 do Código Penal - que, repita-se, encontra razão de ser no estabelecimento de parâmetros para a primeira fase da dosimetria da pena e para a fixação do regime inicial de cumprimento-, períodos mínimos de cumprimento de pena nesse ou naquele regime, sob pena de se subverter toda a lógica do sistema penal. A fixação da pena e do regime inicial não pode se confundir com o estabelecimento de critérios para a progressão de regime: não apenas são momentos distintos, mas, também, são atribuições de juízes diferentes.

Mais do que isso, ainda que fosse possível superar essa questão formal, é preciso compreender que o regime inicial de cumprimento de pena é estabelecido após a análise detida do caso concreto, das circunstâncias do fato, do agente e da aplicação conjugada dos arts. 33 e 59 do Código Penal.

Os critérios para a progressão de regime, por sua vez, estão disciplinados na Lei de

# 03.

## PROPOSTAS

Execução Penal (Lei nº 7.210/84) e atinam com o comportamento do sentenciado em momento posterior aos fatos, já durante o cumprimento de pena, e contemplam a sua postura perante a execução criminal. Portanto, pouco importa o crime que levou o apenado ao cárcere. O objetivo deste (ao menos o idealizado) é a ressocialização. A proposta do pacote é que esse propósito da pena seja substituído por vingança, um retrocesso com rótulo de messianismo à pena de Talião.

A redação em questão permitiria que o juiz, segundo sua própria conveniência e convicção, estabelecesse critérios complementares e não previstos em lei para a progressão de regime - o que, além de ser excessivamente discricionário e dar margem a arbitrariedades, implicaria em uma violação ao princípio da legalidade enquanto garantia de anterioridade da lei penal.

Com efeito, o princípio da legalidade consagrou-se no sistema democrático por meio do brocardo latino *nullum crimen nulla poena sine previa lege* - não há crime sem lei anterior que o defina. Não obstante faça menção ao crime ou ao tipo penal especificamente, a compreensão deste princípio vai além e abarca, também, eventual sanção decorrente da prática de uma infração penal. Daí porque o dispositivo, hoje de índole constitucional, vai além, estabelecendo que não há “pena sem prévia cominação legal” (art. 5º, XXXIX).

Significa dizer, portanto, que ao cidadão, em um Estado que se pretenda Democrático de Direito, é assegurado ter conhecimento prévio não apenas de quais condutas são consideradas criminosas, mas também de quais serão as consequências eventualmente impostas em razão de uma violação da lei penal.

A redação proposta para o parágrafo único que se pretende incluir no art. 59 do Código Penal rompe com mais essa barreira democrática na medida em que permite ao juiz estabelecer, com base naquilo que lhe for conveniente, um período mínimo de cumprimento de pena em regime fechado ou semiaberto sem que seja dado ao cidadão conhecer, previamente, qual seria esse período e, pior, sem que seja estabelecida qualquer baliza de qual seria o período máximo, por exemplo. Isso é claramente inconstitucional.

Assim, com base nos critérios estipulados pelo art. 59, se o magistrado entendesse ser esse o caso, poderia, por exemplo, impedir que o condenado progredisse de regime, fixando um período mínimo que contemplasse a totalidade ou a quase totalidade da pena imposta, em violação à anterioridade que contempla o princípio da legalidade e em efetiva negação do disposto no art. 112 da Lei de Execução Penal.

Desse modo, nos parece impossível falar, quando da aplicação da pena, em período mínimo de cumprimento de pena em determinado regime. Entender de maneira diversa seria uma subversão da ordem natural das coisas, além de implicar em usurpação, pelo juiz de conhecimento, de função própria do juiz da execução penal e, também, em violação ao princípio da legalidade.

Diante do exposto, sugere-se a exclusão total do dispositivo que fixa regime inicial fechado.

É válido destacar que a ressalva feita ao final da redação do §5º, admitindo a fixação de regime diverso do fechado para as

infrações penais antecedentes que sejam insignificantes ou de reduzido potencial ofensivo, pode ser aproveitada e aprimorada para permitir, mesmo aos réus reincidentes, a fixação de regime penal menos gravoso, desde que a infração penal antecedente se encaixe em uma dessas hipóteses.

**Quanto à obrigatoriedade de o regime inicial para o cumprimento de pena ser o fechado, a única sugestão possível é a total exclusão do texto, na medida em que se trata de previsão que viola o princípio constitucional da individualização da pena e também a jurisprudência já amplamente reiterada pelo Supremo Tribunal Federal.**

