

# CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

DECRETO-LEI 3.689 DE 03-10-1941

Tribunal

STJ

---

. Ano LVII. Nº 681

## RESUMO

- ..., sem que haja dissídio qualquer, como entendo e tenho decidido, é segura, no direito penal vigente, excluída a hipótese da alínea "a" do parágrafo 2º do artigo 33 do Código Penal, a inexistência de relação necessária entre a quantidade da pena prisional e o regime inicial do seu cumprimento, restando, ao contrário, bem estabelecido que a pena-base prisional e o seu regime inicial, presididos, embora pela mesma norma, inserta no artigo 59 do Código Penal (circunstâncias judiciais), devem ser estabelecidos distinta e fundamentadamente. - Nada impede, por conseguinte, que o Magistrado, fazendo consideração das circunstâncias que informam a individualização da pena prisional, insculpidas no artigo 59 do Código Penal, a estabeleça no mínimo legal, à falta de agravante obrigatória e de causa de aumento, fixando, todavia, fundamentadamente, regime de cumprimento diverso do menos grave, sem que incorra em contradição qualquer, porque as circunstâncias individualizadoras da pena estarão, nos casos apontados, a cumprir funções diversas, quais sejam, a do estabelecimento da quantidade da pena e a do regime que presidirá inicialmente o seu cumprimento. - Não há como aceitar em casos tais a tese, que vem sendo esposada em vários julgados, de que, pura e simplesmente, a "pena base" fixada no mínimo determina a imposição de regime menos grave previsto, porque ilegal e violadora da Constituição Federal, que impõem a individualização da pena. - Por igual, mostra-se-nos abso lutamente incabível nos casos em que o juiz acertada e fundamentadamente estabelece regime diverso do menos grave, mas fixa, erroneamente, a pena no mínimo legal, cassá-la, atribuindo-se ao erro eficácia que não possui, para desconstituir a individualização acertada, legal, ajustada ao mandamento constitucional. - E dando seguimento a tal indevida relação necessária entre a quantidade mínima da pena e o regime de cumprimento menos rigoroso, se afirma também, para aplicá-la, serem favoráveis as circunstâncias de individualização da pena de prisão, nos casos de existência de causa de aumento, eis que inexistente, entre essas causas e as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, qualquer distinção ontológica, tratando-se, sim, de hipótese legal de obrigatoriedade da função agravadora da circunstância, tal como ocorre com as circunstâncias agravantes genéricas, por igual em nada distintas ontologicamente do elenco do citado artigo 59 da Lei Penal Material. - Por fim, a jurisprudência das Turmas que integram a Terceira Seção e do próprio Supremo Tribunal Federal culminou por firmar-se também em que, aplicada a pena-base no mínimo legal, o regime de cumprimento da pena prisional há de ser o regime menos grave, ainda que seja o aberto, postulado ou não pela parte, com desprezo da exigência da prova positiva das suas condições específicas, quais sejam, "a autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado" (Código Penal, artigo 36), em nada estranhas, contudo, aos elementos da individualização da resposta penal. - Há mais, ainda, sem que se tenha obtido maioria: apelando o réu da sentença, relativamente ao regime de pena, a matéria só é devolvida enquanto favorável ao réu condenado, não podendo o Tribunal oferecer motivação própria para a preservação do regime, porque incidiria, argumenta-se, em reformatio in pejus. - Tudo parece resultar, na sua maior parte, da equivocada interpretação do artigo 68 do Código Penal, que é instrumental às circunstâncias de individualização da pena genericamente elencadas no artigo 59 do Código Penal. - Os elementos que informam a individualização judicial da pena, na sentença, estão contidos, por inteiro, no artigo 59 do Código Penal, compreendendo, pois, as denominadas "circunstâncias judiciais", que outras não são que não aqueles mesmos elementos, quando a lei penal não lhes atribui função obrigatória como circunstância legal, agravante ou atenuante, ou causa de aumento e diminuição, e cuja função deve ser determinada pelo juiz,

caso a caso. - E, por certo, assim, nenhuma diferença ontológica há entre as circunstâncias judiciais, legais e as causas de aumento ou de diminuição, assinalando, como assinalam, tão-só, funções dos elementos de individualização de resposta penal. - Não é menos correto, por outro lado, que a fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, constitui-se em condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua

#### **EMENTA**

A imposição de regime mais gravoso, entre os admitidos em lei, requisita, necessariamente, fundamentação específica (Constituição Federal, artigo 93, inciso XI). - Fazendo-se manifesto que a recusa do regime inicial "plus douce" ao condenado decorre de pura e simples presunção de periculosidade, derivada da natureza do delito ou da sua gravidade abstrata, cabe "habeas corpus" para superação do inegável constrangimento ilegal.