

Coordenação:

**RAFAEL DE  
SOUZA MIRANDA**

# TESES PENAIIS NA VISÃO DA DEFESA

**4ª edição**

revista,  
atualizada  
e ampliada

**2025**

 **EDITORA**  
*Jus***PODIVM**  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

(Provisório)

1

**ENUNCIADO:** A prática de crime durante o período de pandemia não autoriza a incidência automática da agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea j, do Código Penal.

MARCUS VINICIUS RIBEIRO

#### ▶ EXPOSIÇÃO FÁTICA DO PROBLEMA

Para Aníbal Bruno, pena é “a sanção consistente na privação de determinados bens jurídicos, imposta ao criminoso em face do ato praticado”. Nossa legislação estabeleceu um critério para o juiz fixar, na sentença, a pena concreta que o condenado deverá cumprir. Criou, assim, um sistema dividido em três fases.<sup>1</sup>

Com efeito, o artigo 68 do Código Penal estabelece que “a pena base será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

Na primeira fase, o juiz irá fixar a pena base dentro dos limites previstos. Para isto, levará em conta as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP, tais como: a culpabilidade (o grau de reprovabilidade da conduta, de acordo com as condições pessoais do agente e com as características e circunstâncias do fato praticado); antecedentes (todos os fatos da vida pregressa do agente); a conduta social (relacionamento com a família, com

1. Direito Penal, Parte Geral, Tomo III, Forense: Rio \* São Paulo, 1967.

amigos, no trabalho etc.); personalidade (a índole do acusado); motivos do crime (o que ocasionou o crime, desde que não configure qualificadora, agravante ou atenuante, para não ocorrer *bis in idem*); as circunstâncias e consequências do crime e o comportamento da vítima.

Na segunda fase, são analisadas circunstâncias genéricas, agravantes e atenuantes, que podem aumentar ou diminuir a pena-base, obedecendo o máximo e o mínimo previsto no preceito secundário do tipo incriminador. As circunstâncias agravantes estão previstas nos artigos 61 e 62 para crimes cometidos em concurso de agentes, enquanto as atenuantes estão no artigo 65, todos do Código Penal.

Por fim, na terceira fase, são aplicadas as chamadas causas de aumento e de diminuição de pena. São causas que aumentam ou diminuem a pena em proporções fixas (1/3, 1/2 etc.) As causas de aumento ou diminuição genéricas estão previstas na parte geral (ex. tentativa, concurso de crimes etc.) enquanto existem também causas de aumento ou diminuição previstas na parte especial, específicas para cada crime. Nesta terceira fase, a pena pode subir acima do máximo legal ou ser reduzida abaixo do mínimo.

Pois bem, conforme mencionado, na segunda fase são examinadas as circunstâncias agravantes e atenuantes em que a pena-base fixada poderá ser aumentada ou diminuída obedecendo aos parâmetros máximos e mínimos. Entre estas circunstâncias agravantes, o artigo 61 do Código Penal prevê que

São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (...)

II – ter o agente cometido o crime: (...)

j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido.

O Decreto Legislativo nº 6 de 20 de março de 2020 reconheceu o estado de calamidade pública até 31 de dezembro de 2020, em razão da pandemia da Sars-Covid-19 doença provocada pelo Corona Vírus. O Projeto de Decreto Legislativo 566/20 prorrogou o estado de calamidade pública por mais seis meses, a partir de 1º de janeiro de 2021.

Grande parte do Ministério Público e a maioria dos julgados têm reconhecido tal agravante em todos os delitos ocorridos neste período.

Entretanto, entendemos que nem sempre tal agravante deve ser reconhecida.

**FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA**

Basileu Garcia ensina que a agravante em estudo se justifica porque, em geral, *“a apuração do fato é mais difícil, a prova é precária, pois as atenções não se prendem aos dramas individuais, quando toda uma coletividade padece”*.<sup>2</sup>

Aníbal Bruno acrescenta que é maior o juízo de reprovação do agente que se aproveita do estado de calamidade para a prática do delito. *“O que fundamenta as agravantes não é a periculosidade do agente, mas a sua acrescida culpabilidade”*. (...) *“Por mais culpável, isto é, por mais reprovável, nas condições enumeradas, é que ele recebe punição mais severa”*.<sup>3</sup>

Pois bem, conforme se infere das citações acima, para referida agravante ser aplicada, o juízo de reprovação sobre a conduta do agente deve ser maior, a apuração do fato deve ser mais difícil em virtude das atenções da vítima e das autoridades com a situação de calamidade e não é sempre que estas condições se reúnem nos crimes praticados durante a pandemia.

Ao contrário, o número de policiais não diminuiu, diferentemente da circulação de pessoas que foi e está (e deveria ser ainda mais) menor. Então, com a quantidade de policiais semelhante, senão maior, e menor número de pessoas nas ruas a atenção deles pode ser até intensificada, o que não justificaria a agravante.

De outra parte, o motivo de certos crimes pode até ter sido o desespero de pessoas atingidas com os efeitos da pandemia na economia e em seus empregos.

Assim sendo, se o agente se aproveitou do isolamento social para facilitar a prática do delito, se ele se aproveitou da situação de desgraça do ofendido ou da coletividade, demonstrando maior insensibilidade e egoísmo, a agravante se justifica.

Porém, se o crime foi praticado durante incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer outra calamidade pública se mostrou meramente ocasional, em nada interferindo para a sua prática, a execução ou consumação, não deve incidir a agravante. Vale dizer, para que referida agravante seja reconhecida deve existir nexó entre a situação ocorrida no período de

2. Instituições de Direito Penal, Vol. 1, Tomo II, p. 482, Max Limonad: São Paulo, 1976.

3. Direito Penal, Parte Geral, Tomo III, p. 129-130, Forense: Rio \* São Paulo, 1967.

calamidade pública e o crime, sob pena de se caracterizar responsabilidade penal objetiva, refutada por nosso ordenamento jurídico.

Ora, se o crime não foi facilitado pela pandemia ou por outra situação de desastre e o desvalor da conduta não difere dos crimes semelhantes praticados em situação de normalidade, não há lógica em agravar a pena. Em outras palavras, deve ser identificada uma relação entre o crime e a circunstância agravante e o juízo de reprovação do agente deve ser maior.

Luiz Regis Prado<sup>4</sup> ao comentar tal agravante afirma:

*“Essa circunstância implica maior gravidade do injusto, de modo a agravar o desvalor da ação, dado que a produção do resultado delituoso revela-se mais provável. É necessário que o agente tenha se aproveitado, de modo consciente e voluntário, da ocasião ou do momento particularmente difícil em que se encontra a vítima, com o fim de dificultar sua defesa. Tal agravante também se fundamenta em razões político-criminais, pois o agente pode prevalecer-se das circunstâncias não apenas para debilitar a defesa da vítima, mas também para facilitar sua impunidade”.*

No mesmo sentido, Alberto Silva Franco *et alii*<sup>5</sup> citam julgado do extinto Tribunal de Alçada Criminal com esta linha de raciocínio, *in verbis*:

*“[...] Mas, se a agravante será identificada quando cometido o crime em uma daquelas circunstâncias previstas no inc. II do art. 61, segue-se, inexoravelmente, que deverá também ser identificada uma relação direta entre o crime e a circunstância agravante. Cuida-se, aqui, de crime de furto, que pressupõe a subtração não consentida e, de regra, nem ao menos observada pela vítima; a desgraça particular que se abate sobre a vítima, portanto, deverá impedir ou, pelo menos, amortecer a normal vigilância e cuidado que tem esse ofendido por seus bens. A desgraça, aqui, terá sido a morte das pessoas envolvidas no acidente automobilístico, normalmente sentida e pranteada por seus parentes – que serão os herdeiros dessas pessoas e, portanto, as vítimas do furto. Mas o fato verificou-se longe das vistas dessas vítimas (aliás, nem ao menos identificadas nestes autos), não exerciam elas qualquer tipo de vigilância sobre os pertences das pessoas mortas não porque vieram*

4. in “Comentários ao Código Penal: Jurisprudência, Conexões Lógicas com os Vários Ramos do Direito”, 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 335.

5. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Vol. I, Tomo I, – Parte Geral, p. 1015, RT: São Paulo, 1997.

*a falecer seus parentes mas, sim, porque lá não estavam e, possivelmente, nem ao menos sabiam que no local onde ocorreu o desastre existiam jóias que aquelas pessoas traziam consigo” (TACRIM-SP – AC 497.731/2 – Rel. P. Costa Manso).*

Em suma, a agravante se justifica quando o agente se aproveita da situação de calamidade pública para a prática do delito, quando se vale das facilidades (dificuldades de policiamento, menor cuidado da vítima) que dela decorrem para praticar o crime. Deve ter incidência quando o juízo de reprovação da conduta do agente é maior, seja porque demonstrou insensibilidade pela situação do ofendido ou da coletividade, egoísmo ou outro valor reprovável.

Por outro lado, a aplicação da agravante a casos em que inexistente qualquer relação entre a prática delitiva e os efeitos da calamidade pública é totalmente despropositada na medida em que não há maior desvalor na conduta.

O reconhecimento indiscriminado de tal agravante, além de inadequado sob o ponto de vista jurídico, também pode gerar injustiças. Em determinados casos, ocasiona punição a maior para pessoas que não só não se prevaleceram das fragilidades ensejadas pela pandemia, mas também foram suas maiores vítimas.<sup>6</sup>

Pode ser cogitado o exemplo de uma pessoa desesperada que perdeu o emprego ou o meio de subsistência, que não consegue prover a família ou o tratamento médico próprio (ou de algum familiar) vítima exatamente da doença que causou a pandemia e comete um delito sem violência ou grave ameaça em que a vigilância do ofendido ou dos policiais não foi menor e em nada se aproveitou da situação de calamidade. É justo aumentar a punição em relação a outro crime em períodos ditos de normalidade? Será que o juízo de reprovação do agente deste exemplo é maior do que de outro que cometeu um crime semelhante em outra ocasião?

Outro exemplo que pode ser imaginado é de um traficante que vendeu uma porção de maconha a um usuário no período dito de pandemia em que a vigilância da polícia não foi menor, ao contrário, com menos pessoas na rua os policiais podem perceber a prática do delito com mais facilidade. Será que o juízo de reprovação é maior do outro que vendeu a mesma porção de

---

6. Cf. Gustavo Dias Cintra Mac Cracken, em artigo publicado *on line* no Conjur (<https://www.conjur.com.br/2020-out-28/mac-cracken-covid-19-agravante-ou-atenuante-pena>).

maconha ao mesmo usuário alguns meses ou dias antes? Será que ele se aproveitou da situação da pandemia ou praticou o delito por causa dela?

O que pretendemos demonstrar é que não basta a mera referência objetiva genérica do crime ter sido praticado em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública. É necessário que fique demonstrado que o agente se beneficiou, de alguma forma, deste período de pandemia e/ou que seu juízo de reprovação é maior naquele caso concreto.

Gustavo Dias Cintra Mac Cracken<sup>7</sup>, baseado na noção de coculpabilidade de Zaffaroni, chega até a defender que o crime ter sido praticado no período de pandemia pode configurar atenuante genérica em determinados casos, *in verbis*:

*“Constituirá agravante nos casos em que o agente se valer das fragilidades ensejadas pela pandemia para delinquir. Por outro lado, deverá ser, indubitavelmente, reconhecida como atenuante inominada quando as circunstâncias da prática delitiva revelem que o agente agiu em decorrência, dentre outras causas, de situação de vulnerabilidade evidentemente agravada pela pandemia de Covid-19”.*

Recentemente, a C. 1ª Câmara de Direito Criminal do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo afastou a agravante em tela com os seguintes fundamentos:

*“Entretanto, deve ser afastado a circunstância agravante relacionada à prática do delito durante calamidade pública decretada por conta da pandemia da Covid-19. Conforme bem observado pelo Procurador de Justiça: ‘...não restou demonstrado que o réu se aproveitou do perigo, da vulnerabilidade ou do risco que a nova pandemia introduziu na sociedade para a prática do delito. Neste ponto, entendemos que, para a incidência da circunstância agravante é necessário que se demonstre de que o agente tenha se aproveitado da situação de fragilidade, vulnerabilidade ou incapacidade gerada por aquilo que causou a decretação de calamidade para, assim, praticar o crime. No caso em espécie, a vítima andava em via pública quando foi surpreendida pela rápida atuação do acusado, que logo lhe subtraiu o aparelho celular e se evadiu. Não se evidencia nexo de causalidade entre a pandemia e a prática do delito.” (fls. 287-288)” (TJSP, 1ª Câmara de Direito Criminal, Apelação Criminal nº 1508223-62.2020.8.26.0228, Rel. Des. Figueiredo Gonçalves, julgado em 03/08/2020).*

7. *Idem, ibidem.*

Também a Colenda 16ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo afastou a referida, nos seguintes termos:

*“Equivocou-se o decisum ao reconhecer a calamidade pública, declarada pelo Governo Federal por ocasião da pandemia do coronavírus, como agravante a incidir no presente caso, porquanto os fatos em apreço não guardam qualquer relação com o estado de exceção mencionado, não tendo o acusado se aproveitado disso para a prática criminosa.”* (TJSP, 16ª Câmara de Direito Criminal, Apelação Criminal nº 1500873-61.2020.8.26.0571, Rel. Des. Guilherme de Souza Nucci, julgado em 17/10/2020).

Por sua vez, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, no HC Nº 620363 – SP, em decisão da lavra do Ministro Felix Fisher, também já decidiu:

*“(...) Com relação a agravante do art. 61, inciso II, alínea “j”, do Código Penal, em tese seria cabível em desfavor do paciente, em face da crise causada pela pandemia, de ordem, econômica, social e sanitária, já que o crime foi cometido na vigência do Decreto Legislativo 6/2020, de 20/03/2020. Todavia, a despeito da prática do crime em ocasião de calamidade pública e do desvalor, sem dúvida, da conduta do paciente, não é suficiente, a meu sentir, a existência do Decreto que reconheceu o estado de calamidade pública para incidência da aludida agravante, uma vez que é imprescindível a existência de situação concreta dando conta de que o paciente se prevaleceu da pandemia para a prática da traficância, e isso não foi devidamente demonstrado na hipótese em análise. Ademais, como bem destacou o parecer ministerial às fls. 89 “inexiste demonstração de que o paciente tenha se valido das fragilidades ensejadas pela pandemia do coronavírus para delinquir. De fato, conforme bem destacado pela Defensoria Pública, “há um menor número de pessoas circulando nas ruas e um aumento do número de agentes de segurança na cidade, razão pela qual não se cogira que durante o estado de calamidade pública tenha sido aferrecida a vigilância policial”, de modo que não evidencia onexo entre a pandemia e o crime (fl. 15)”. Por essas razões, afasto a agravante do art. 61, inciso II, alínea “j”, do Código Penal. (HABEAS CORPUS Nº 620363 – SP (2020/0275806-6) – Relator Ministro Felix Fisher).*

Enfim, repita-se, não basta a mera situação de “incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido” para a agravante ser reconhecida, o agente deve se beneficiar de tal situação e/ou que o juízo de reprovação da conduta foi maior.



## ▶ SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Quando a Defesa notar que a pena foi aumentada em razão da agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea j, do Código Penal (crime cometido durante incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública) e não estiver demonstrado nos autos um juízo de reprovação maior da conduta do que o normal para aquele delito, ou mesmo qualquer relação entre a situação de calamidade e eventual facilidade provocada por ela, deve impugnar a decisão com os recursos cabíveis.

No caso da agravante ser aplicada na sentença de primeira instância, o recurso será o de apelação. Caso a agravante tenha sido aplicada pelo Tribunal, na segunda instância, após recurso do Ministério Público, deve tentar impugnar perante os Tribunais Superiores.

No caso de escolha, conforme o caso, do Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça, deve estar atendo aos requisitos de tal recurso, seja de prequestionamento da matéria impugnada, proibição de exame da prova, transcrição dos textos legais e dos acórdãos impugnados e o paradigma. Além disto, deve ser feito o confronto analítico entre o acórdão impugnado com o paradigma.

Muitas vezes, convém fazer uso do *habeas corpus*, pois embora os Tribunais Superiores não venham admitindo *habeas corpus* substitutivo de recursos, com análise restritiva do remédio constitucional, podem conceder a ordem de ofício quando demonstrada a ofensa ao direito de locomoção.

## ▶ MODELO DE PEÇA

### PETIÇÃO DE INTERPOSIÇÃO

EXCELENTÍSSIMO/A SENHOR/A DOUTOR/A JUIZ/A DE DIREITO DA \_ª VARA CRIMINAL DO FORO CENTRAL DA COMARCA DE SÃO PAULO/SP

Processo nº 000.000

J. da S. S, nos autos já qualificado, inerentes à ação penal movida pela Justiça Pública, por intermédio de seu defensor infra-assinado, não se conformando com a respeitável sentença de fls. 00, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, dentro do quinquídio legal, com supedâneo no artigo 593, inciso I, do Código de Processo Penal, interpor o recurso de **APELAÇÃO**, pelas razões que seguem.

Requer seja recebido e processado o presente recurso e que sejam os autos remetidos ao Egrégio Tribunal de Justiça.

Nesses termos, pede deferimento.  
São Paulo, 00 de fevereiro de 0000.

Defensor Público

## RAZÕES DE APELAÇÃO

Processo nº 000.000  
Apelante: J. da S. S.  
Apelada: Justiça Pública

Egrégio Tribunal  
Colenda Câmara  
Nobre Procurador de Justiça

### DOS FATOS

O apelante foi denunciado como incurso nas penas prevista no artigo 157, parágrafos 1º e 2º, inciso II, c/c artigo 61, inciso II, “j”, ambos do Código Penal, porque, supostamente, teria subtraído 2 pares de tênis da vítima R.B.D. e “investido” contra ela quando tentou impedir tal subtração.

Houve por bem, o eminente magistrado de 1ª instância, condenar o apelante a 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 16 dias-multa, no piso, nos termos da denúncia.

Eis a síntese do necessário.

### DO MÉRITO RECURSAL

#### ***Da improcedência da pretensão condenatória***

Em que pese o exposto pelo insigne magistrado de primeira instância, a Defesa entende que a respeitável sentença “a quo” deve ser reformada pelos motivos que seguem:

Neste caminho, o apelante negou a prática do delito. Disse que o colega que o acompanhava tentou furtar os pares de tênis, sem seu conhecimento ou participação. Relatou que viu o momento que a vítima tentou recuperar os bens e agrediu seu colega. Afirmou que apenas agiu para impedir a reação excessiva.

O único policial ouvido à luz do contraditório não presenciou os fatos e apenas comentou o que ouviu da vítima e do apelante.

Por sua vez, a vítima confirmou que, quando percebeu a tentativa de subtração dos pares de tênis, reagiu para recuperá-los e chegou a agredir um dos agentes, quando o apelante interveio.

Ora, as controvérsias que existem são se o apelante participou, ou não, da empreitada e, acima de tudo, no segundo momento se agiu para tornar seguro o produto da subtração ou apenas para evitar o excesso na defesa do patrimônio pela vítima.

A própria vítima reconheceu que agrediu o agente, que estava com seus tênis, após recuperá-los no momento em que surgiu o apelante e teria entrado em luta corporal. Assim sendo, não é possível afirmar que a ação do apelante foi para tornar seguro o produto da subtração. Até porque, a *res* ficou na posse da vítima. É mais provável que tenha agido para que cessasse as agressões do executor da tentativa de subtração.

Enfim, além da falta de provas para a condenação, em tese, e mesmo que assim não fosse, seria hipótese de legítima defesa sucessiva (de terceiro) em relação à suposta agressão superveniente à subtração.

Desta forma, se não há prova suficiente sobre a unidade de desígnios, o apelante deve ser absolvido, com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal ou, se a dúvida que persiste é sobre a elementar do roubo impróprio, o caso deveria ter sido desclassificado para furto.

Aliás, deveria ocorrer a desclassificação para a modalidade tentada do delito, pois a infração penal não se consumou. Com efeito, a *res* foi integralmente recuperada e o apelante foi perseguido ininterruptamente pela própria vítima.

### ***Do indevido aumento da pena-base***

Se não bastasse, outros pontos da respeitável sentença mereceriam reparo no caso de manutenção da condenação nos moldes delineados na primeira instância. Com efeito, o aumento em 1 ano da pena-base (1/4) da pena pela reincidência é excessivo e 1/6 seria suficiente.

### ***Da não incidência da agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea j, do Código Penal***

De outra parte, a agravante mencionada na denúncia (art. 61, inciso II, alínea j, do Código Penal), deve ser afastada. Neste passo, o estado de calamidade decretado em virtude da pandemia em nada contribuiu ou facilitou a execução do delito.

Ora, para que referida agravante seja reconhecida deve existir nexo entre a situação vivenciada no período de calamidade pública e o crime cometido, sob pena de se caracterizar responsabilidade penal objetiva, refutada por nosso ordenamento jurídico.

No caso em exame, o crime não foi facilitado, em momento algum, pela pandemia que vivemos e não foi praticada em razão dela. Trata-se de crime comum, que em nada se difere de outros tantos que ocorrem em situações normais.

Nesse sentido:

*“[...] Mas, se a agravante será identificada quando cometido o crime em uma daquelas circunstâncias previstas no inc. II do art. 61, segue-se, inexoravelmente, que deverá também ser identificada uma relação direta entre o crime e a circunstância agravante. Cuida-se, aqui, de crime de furto, que pressupõe a subtração não consentida e, de regra, nem ao menos observada pela vítima; a desgraça particular que se abate sobre a vítima, portanto, deverá impedir ou, pelo menos, amortecer a normal vigilância e cuidado que tem esse ofendido por seus bens. A desgraça, aqui, terá sido a morte das pessoas envolvidas no acidente automobilístico, normalmente sentida e pranteada por seus parentes – que serão os herdeiros dessas pessoas e, portanto, as vítimas do furto. Mas o fato verificou-se longe das vistas dessas vítimas (aliás, nem ao menos identificadas nestes autos), não exerciam elas qualquer tipo de vigilância sobre os pertences das pessoas mortas não porque vieram a falecer seus parentes mas, sim, porque lá não estavam e, possivelmente, nem ao menos sabiam que no local onde ocorreu o desastre existiam jóias que aquelas pessoas traziam consigo” (TACRIM-SP – AC 497.731/2 – Rel. P. Costa Manso).*

Além disso, o policiamento não diminuiu no período. Deste modo, com menor número de pessoas circulando pelas ruas em virtude do isolamento social necessário para conter a pandemia e número de agentes de segurança semelhante, a atual situação de calamidade pela pandemia mais dificultaria o delito do que o facilitaria, motivo pelo qual não é razoável seu reconhecimento.

## DOS PEDIDOS

Diante do exposto, **requer** o conhecimento do presente recurso e seu respectivo provimento para absolver o apelante, com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, ou, *subsidiariamente*, afastar o roubo impróprio, reconhecer a modalidade tentada do delito e afastar a circunstância agravante prevista art. 61, inciso II, alínea j, do Código Penal, como medida de Justiça.

Nesses termos, pede deferimento.

São Paulo, 00 de fevereiro de 0000.

Defensor Público

## 2

**ENUNCIADO:** A reincidência não impede a fixação de regime inicial aberto, tendo em vista o princípio da proporcionalidade e da individualização da pena.

AMANDA MONIZ DE ABREU

### ▶ EXPOSIÇÃO FÁTICA DO PROBLEMA

Apesar de o art. 33, § 2º, do CP não permitir que condenados reincidentes cumpram pena em regime aberto, é possível defender a fixação de regime inicial mais benéfico quando não se mostrar proporcional o início de pena em regime diverso, ainda que o agente seja considerado reincidente.

Tal conclusão é retirada da conjugação dos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena juntamente com os arts. 33 e 59 do Código Penal.

Assim, a depender do *quantum* de pena aplicada e das circunstâncias do caso concreto, é viável que a defesa pleiteie o início do cumprimento de pena em regime mais benéfico do que prevê a literalidade do art. 33, § 2º, do Código Penal.

Essa conclusão já é aplicada para casos em que o agente é reincidente e a condenação não supera 4 anos, se as circunstâncias judiciais forem favoráveis (Súmula 269 do STJ). Mitigando a redação literal do art. 33, § 2º, “b”, do Código Penal, a referida súmula permite que o condenado inicie o cumprimento de sua pena privativa de liberdade em regime semiaberto, e não no regime fechado.

Desse modo, utilizando a mesma linha argumentativa, entende-se plausível a fixação de regime aberto para um indivíduo que seja reincidente quando a pena não supera 4 anos, em casos em que os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena demonstrem ser o regime aberto necessário e suficiente para a repressão e prevenção do delito.

Tome como exemplo uma condenação por um crime tentado de pequena lesividade, em que ao indivíduo tenha sido aplicada pena privativa de liberdade de apenas 10 meses. Nesse caso, seria desproporcional e contrário à individualização da pena impor a esse indivíduo o regime inicial semiaberto para começar o cumprimento de pena, somente porque se trata de reincidente.

A reincidência, portanto, não pode obstar a aplicação de regime aberto ao condenado a pena de até 4 anos, quando se concluir que o regime aberto é o mais adequado ao caso concreto.

## ▶ FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

A escolha do regime inicial de cumprimento de pena pelo julgador deve levar em conta a quantidade de pena aplicada e as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Vejamos o dispositivo que trata do assunto:

Art. 33, § 2º, do Código Penal. 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 anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado **não reincidente**, cuja pena seja superior a 4 anos e não exceda a 8, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o **condenado não reincidente**, cuja pena seja igual ou inferior a 4 anos, poderá, desde o início, cumpri-la em **regime aberto**.

§ 3º. A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com **observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código**.

Para facilitar a compreensão da norma, veja a tabela abaixo que resume as hipóteses de fixação de regime de cumprimento de pena:

	RECLUSÃO		DETENÇÃO	
	Reincidente	Não reincidente	Reincidente	Não reincidente
Pena > 8 anos	Fechado	Fechado	Semiaberto	Semiaberto
4 anos > Pena ≤ 8 anos	Fechado	Semiaberto	Semiaberto	Semiaberto
Pena até 4 anos	Semiaberto (se as circunstâncias judiciais forem favoráveis)	Aberto	Semiaberto	Aberto

Havia o entendimento de que o condenado reincidente deveria começar o cumprimento de pena em regime fechado. No entanto, após diversas decisões do STJ, foi consolidado o entendimento de que o reincidente poderia iniciar o cumprimento de pena em regime semiaberto, caso a pena não superasse 4 anos e as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal fossem todas favoráveis.

Esse é o teor da Súmula 269 do STJ:

Súmula 269 do STJ. É admissível a adoção do regime prisional **semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a 4 anos se favoráveis** as circunstâncias judiciais.

Nesse mesmo sentido, o STF vem aplicando o entendimento da Súmula 269 em diversos julgados:

Informativo 819 do STF. É legítima a fixação de regime inicial semiaberto, tendo em conta a quantidade e a natureza do entorpecente, na hipótese em que ao condenado por tráfico de entorpecentes tenha sido aplicada pena inferior a 4 anos de reclusão (2ª Turma. HC 133308/SP, julgado em 29/3/2016).

Esse entendimento, contudo, altera-se quando o agente possui circunstâncias judiciais desfavoráveis, pois, nesses casos, o STF alega que o juiz pode aplicar regime inicial mais severo que o indicado, mas sempre observando que se estabelecer um regime mais gravoso do que aquele previsto deve explicitar os motivos pelos quais decidiu dessa forma.

Foi exatamente com base nesse raciocínio que o STF criou a Súmula 719, rotineiramente aplicada nas varas criminais:

Súmula 719 do STF. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir **exige motivação idônea**.

Para evitar arbitrariedades, a Corte Suprema e o STJ consolidaram o entendimento de que a imposição de regime inicial de cumprimento mais severo não pode se basear unicamente na gravidade abstrata do delito. Isso porque, ao agir assim, os juízes estariam violando a Súmula 719 do STF, acima mencionada, uma vez que a gravidade abstrata do delito não é considerada fundamentação idônea para majorar a fixação de regimento inicial.

Os dois fundamentos são:

Súmula 718 do STF. 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.

Súmula 440 do STJ. 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

Assim, por exemplo, no crime de roubo, o emprego de arma de fogo não autoriza, por si só, a imposição do regime inicial fechado se, primário o réu, a pena-base foi fixada no mínimo legal (Informativo 562, STJ. 5ª Turma. HC 309.939-SP, julgado em 28/4/2015).

Do mesmo modo, se o réu não reincidente for condenado por tráfico de drogas, a pena de até 4 anos, e se as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP forem positivas, o juiz deverá fixar o regime aberto e deverá conceder a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, preenchidos os requisitos do art. 44 do CP. A gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para justificar a fixação do regime mais gravoso (Informativos 821 e 843 do STF).

Ocorre que existem casos ainda mais complexos em que o agente é punido com penas baixíssimas e sua conduta não demonstra periculosidade ou culpabilidade elevada. Para essas hipóteses excepcionais, defende-se que **os tribunais podem ir além da Súmula 269 do STJ**, permitindo ao réu reincidente iniciar o cumprimento de pena no regime aberto (ao invés do regime semiaberto, como autoriza a súmula).