

A lei estabelece que o juiz, ao escolher o regime inicial de cumprimento da pena (fechado, semiaberto ou aberto), não deve olhar apenas para a quantidade de pena aplicada, mas também para as circunstâncias do caso concreto.

Art. 33, § 3º, CP: A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

A leitura deste parágrafo deve ser expansiva. Embora a lei mande observar apenas o Art. 59 (que traz as circunstâncias da 1ª fase da dosimetria), na prática, o juiz também deve considerar elementos da 2ª fase, especialmente a **reincidência** (que é uma agravante e bloqueia, em regra, regimes mais brandos, conforme vimos na aula anterior).

O Sistema Trifásico de Nelson Hungria (Art. 68, CP)

Para entender como o Art. 59 influencia o regime, é preciso entender como o juiz chega ao tamanho final da pena. O Brasil adotou o **Sistema Trifásico**, idealizado pelo jurista Nelson Hungria, formalizado no Art. 68 do Código Penal. O juiz deve seguir três etapas:

1ª Fase: Cálculo da Pena-Base (Art. 59, CP)

O juiz parte da pena em abstrato (ex: homicídio simples, que é de 6 a 20 anos) e analisa 8 circunstâncias judiciais para fixar a pena-base.

As 8 Circunstâncias Judiciais

1. Culpabilidade;
2. Antecedentes (maus antecedentes que não gerem reincidência);
3. Conduta social;
4. Personalidade do agente;
5. Motivos do crime;
6. Circunstâncias do crime;
7. Consequências do crime;
8. Comportamento da vítima.

A lei não diz quanto cada circunstância desfavorável aumenta a pena. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) consolidou o entendimento de que, em regra, aplica-se a fração de **1/8 (um oitavo)** de aumento sobre o intervalo da pena para cada circunstância negativa.

2ª Fase: Pena Intermediária (Agravantes e Atenuantes)

Nesta fase, o juiz analisa circunstâncias legais genéricas previstas nos Arts. 61, 62 (Agravantes) e 65, 66 (Atenuantes). É aqui que entra a **Reincidência** (agravante) e a **Confissão Espontânea** ou **Menoridade Relativa** (atenuantes).

A lei também não fixa frações exatas para esta fase, mas a jurisprudência pauta-se na fração de **1/6 (um sexto)** para aumentar (agravantes) ou diminuir (atenuantes) a pena.

Vale destacar também que, nos termos da Súmula 231 do STJ, na 1ª e na 2ª fase, o juiz **jamais** pode ultrapassar o limite máximo nem ficar abaixo do limite mínimo previsto na lei. A pena intermediária fica estre essas balizas.

3ª Fase: Pena Definitiva (Causas de Aumento e Diminuição)

Também chamadas de **Majorantes** e **Minorantes**. Ao contrário das fases anteriores, elas vêm com frações matemáticas fixas previstas na lei. Exemplos são a Tentativa (minorante), uso de arma de fogo no roubo (majorante).

É apenas na 3ª fase que o cálculo **pode romper as balizas da pena em abstrato**, ou seja, a pena final pode ficar abaixo do mínimo legal ou acima do máximo legal.

A Interligação entre Dosimetria e Regime Inicial

O Art. 59 (1ª fase) não serve apenas para calcular a pena-base, servindo como indicador da gravidade concreta do crime.

Se um réu primário for condenado a 4 anos (o que, pela matemática, daria regime **aberto**), mas o juiz constatar que as consequências do crime foram devastadoras ou a culpabilidade foi altíssima (desfavorável nos termos do art. 59), o juiz pode fixar o regime **semiaberto ou fechado**, usando essas circunstâncias judiciais como fundamentação.

Nos termos das Súmulas 440 do STJ, 718 e 719 do STF, os tribunais superiores protegem o réu de arbitrariedades na escolha do regime. O juiz não pode impor um regime mais severo baseado *apenas na gravidade abstrata do crime* (ex: "roubo é um crime grave, então regime fechado"). A escolha de um regime mais duro do que a quantidade da pena permite exige **fundamentação idônea e concreta**, atrelada obrigatoriamente ao Art. 59 do CP.