

Primeiras considerações sobre a dosimetria da pena na Ação Penal 470/MG – “Mensalão”



Luiz Renato Pacheco Chaves de Oliveira

Juiz Federal Criminal em São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Especialista em Direito Tributário pela PUC/SP. Especialista em Direito Administrativo pela PUC/SP. Mestrando em Direito pela PUC/SP.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Dos regimes de cumprimento de pena. 3. Das penas cominadas na Ação Penal 470/MG. 4. Das circunstâncias judiciais. 5. Conclusão.

RESUMO: Este trabalho busca analisar um dos aspectos da forma de dosagem da pena na Ação Penal 470/MG, conhecida como processo do “Mensalão”. A ação penal em questão vem sendo bastante comentada e analisada por sua importância tanto na história política de nosso país quanto pelo âmbito de inovações de posicionamento do Supremo Tribunal Federal em matéria penal. O estudo se dirige especificamente ao regime inicial de cumprimento de pena, bem como aos parâmetros utilizados para sua fixação.

PALAVRAS-CHAVE: AP 470, “Mensalão”, aplicação da pena, regime inicial de cumprimento de pena, Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This paper seeks to examine one aspect of the dosage of punishment in the Criminal Action 470/MG, known as “Mensalão” process. The criminal process in question has been widely commented and analyzed by its importance in the political history of our country as the scope of innovations positioning of the Supreme Court in criminal matters. The study specifically addresses to the initial regimen of imprisonment, as well as the parameters used for fixation.

KEYWORDS: AP 470, “Mensalão”, application of the penalty, initial imprisonment regime, the Federal Supreme Court.

1. Introdução.

Ação Penal 470/MG, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, vem trazendo diversas questões interessantes para serem examinadas, na medida em que representam uma atuação da Suprema Corte diferenciada do lugar comum.

Normalmente o Tribunal julga recursos extraordinários, ações de controle concentrado de constitucionalidade, como ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e ações de descumprimento de preceitos fundamentais, ou seja, se atém a questões de direito na grande maioria dos casos. Apenas em poucas situações (como

habeas corpus, por exemplo), efetua análise (ou reanálise) sobre matéria fática.

No processo do “Mensalão”, o Supremo Tribunal Federal foi instado a julgar originalmente membros do Congresso Nacional e outras pessoas sem foro por prerrogativa de função, mas que teriam cometido crimes conexos com aqueles, laborando tal qual um juiz de primeira instância, portanto.

Em decorrência de tal atuação diferenciada, rara, a despeito de constitucionalmente prevista, a Corte Suprema acabou por enfrentar questões que não são típicas de sua atividade diuturna, o que provocou uma série de decisões que estão sendo objeto de debates, críticas e elogios por parte dos meios de comunicação e da população em geral.

Cabe aos operadores do direito realizar análises técnicas de tais questões a fim de aclará-las e de compreender até que ponto podem ser efetivamente utilizadas como precedentes e balizas para decisões futuras, tanto do Supremo Tribunal Federal quanto de Cortes inferiores.

Uma das questões, que apesar de ainda não resolvida de forma definitiva, merece abordagem, principalmente por força de tudo o que vem se escrevendo e falando a respeito, é a relativa ao regime inicial de cumprimento de pena.

2. Dos regimes de cumprimento de pena.

Nos termos do § 1º do artigo 33 do Código Penal, os regimes de cumprimento de pena são: fechado, no qual a execução da pena se dá em estabelecimento de segurança máxima ou média; semi-aberto, sendo a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; ou aberto, regime em que a execução da pena ocorre em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Se a pena aplicada for de detenção, o regime inicial mais gravoso possível é o semi-



aberto (pode haver regressão para o regime fechado, em determinados casos durante a execução da pena); já na hipótese de ser cominada pena de reclusão, o cumprimento inicial pode ocorrer em qualquer dos três regimes.

A lei traça algumas regras fixas quanto ao regime inicial de cumprimento de pena (art. 33, § 2º, do CP), dando conta de que o condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado. Já o condenado cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto, desde que não seja reincidente. Por fim o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime

fechado.

(...)

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

Portanto, para fixação do regime inicial de cumprimento de pena deve-se atentar para a quantidade e o tipo de pena privativa de liberdade imposta (reclusão ou detenção), bem como sobre a existência de reincidência.

É certo que a reincidência não obriga ao cumprimento da pena em regime inicial fechado. Apenas o reincidente condenado à pena superior a quatro anos deve ter o regime inicial fechado cominado na sentença, pois, nos termos da Súmula 269 do Superior Tribunal da Justiça:

Súmula 269. É admissível a adoção de regime semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos, se favoráveis as circunstâncias judiciais.

Além disso, conforme pontifica o § 3º do mesmo artigo 33 do Código Penal, devem ser observadas, ainda, as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal.

Nessa medida, caso a pena base tenha sido elevada em face das circunstâncias judiciais serem desfavoráveis ao réu, além de im-

pedir a substituição por restritiva de direitos (art. 44, III, do CP) e a concessão de *sursis* (art. 77, II, do CP), pode haver a fixação de regime inicial mais gravoso.

Exemplificando para melhor esclarecer, temos que ao réu primário condenado a pena de cinco anos de reclusão (em regra seria fixado regime inicial semi-aberto), caso tenha maus antecedentes ou má conduta social, por exemplo, pode ser condenado a cumprir a pena em regime inicial fechado.

A opção pelo regime mais severo deve ser sempre fundamentada, conforme posição sumulada pelo Supremo Tribunal Federal:

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

Importante ressaltar que a gravidade do delito, por si só, não autoriza a imposição de regime de cumprimento de pena mais gravoso, nos termos da Súmula 718 do Supremo Tribunal Federal, com a seguinte redação:

Súmula 718. 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.

Portanto, temos que a quantidade de pena aplicada é apenas um dos aspectos a serem sopesados pelo julgador ao fixar o regime inicial de cumprimento de pena, além disso, há que se observar o tipo de pena, a existência de reincidência e as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, as quais serão abordadas adiante.

3. Das penas cominadas na Ação Penal 470/MG.

Passemos à análise de algumas das penas aplicadas pelo Supremo Tribunal Federal na ação penal do “Mensalão”, mormente no

que diz respeito ao regime inicial de cumprimento de pena.

O ex-presidente do Partido dos Trabalhadores, José Genoíno, foi condenado a 02 anos e 03 meses de reclusão pelo crime de quadrilha (art. 288 do CP) e a reprimenda de 04 anos e 08 meses de reclusão e 180 dias-multa, no valor de 10 salários mínimos cada quanto aos delitos de corrupção ativa (art. 333 do CP), totalizando 06 anos e 12 meses de reclusão, além da pena pecuniária.

À luz do exposto linhas acima, qual seria o regime inicial de cumprimento adequado a pena cominada considerando que o acusado não é reincidente? A resposta correta é: depende das circunstâncias judiciais ponderadas durante a fixação da reprimenda.

Não se pode imaginar que o regime inicial seja o semi-aberto, como vem se comentando de forma praticamente uníssona nos meio de comunicação,¹ tomando por base simplesmente a quantidade de pena e

o disposto no artigo 33, § 2º, do Código Penal, esquecendo o § 3º do mesmo dispositivo, o qual determina expressamente que o regime inicial de cumprimento de pena deve ser fixado com observância dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal.

Antes de tecer conclusões a respeito do caso, vamos exa-

minar outra condenação bastante comentada, também do chamado “núcleo político”:

Diversas são as menções na imprensa sobre a pena imposta ao ex-ministro chefe da Casa Civil, José Dirceu. O réu foi condenado à pena de 02 anos e 11 meses de reclusão pela prática de formação de quadrilha (art. 288 do CP). Em razão da proeminência do papel por ele desempenhado na condução da empreitada criminosa, aplicou-se, na segunda fase da dosimetria, a exasperação em decorrência da agravante disposta no artigo 62, I, do Código Penal:

Art. 62. A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes.

No que diz respeito à corrupção ativa (art. 333 do CP), estipulou-se a reprimenda em 07 anos e 11 meses de reclusão, além de 260 dias-multa, no valor de 10 salários mínimos cada.

A pena privativa de liberdade somou, portanto, 10 anos e 10 meses de reclusão, a ser cumprida, sem dúvida, em regime fechado.

Ocorre que a condenação pelo crime do artigo 288 do Código Penal deu-se por 6 votos a 4, propiciando a utilização do recurso de embargos infringentes. Digamos que tais embargos sejam providos e haja absolvição do réu quanto ao referido crime, qual seria o regime de cumprimento de pena para a condenação pela corrupção ativa, cuja pena privativa de liberdade foi fixada em 07 anos e 11 meses de reclusão?



1 Site do Jornal “Folha de São Paulo”. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/1185009-revisor-do-mensalao-diz-ser-dificil-ter-vaga-no-regime-semi-aberto.shtml>>. Acesso em: 10 jan. 2013.
Site Globo.com. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/mensalao/noticia/2012/11/do-nucleo-politico-so-genoino-deve-cumprir-pena-no-regime-semi-aberto.html>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

A despeito do que se tem comentado sobre a matéria, o regime semi-aberto não seria o adequado, pois também é necessário atentar às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal.²

Devemos lembrar que os Ministros do Supremo Tribunal Federal, ao ponderarem sobre a dosagem da pena, levaram em conta diversos fatores relativos ao papel desempenhado pelos réus na conduta criminosa e nas circunstâncias e consequências do delito, o que levou à aplicação da pena em patamares elevados. Tais ponderações são indispensáveis para que possamos concluir pelo regime inicial adequado para o início de cumprimento de pena privativa de liberdade.

4. Das circunstâncias judiciais.

As circunstâncias judiciais estão descritas no artigo 59, *caput*, do Código Penal e possuem uma série de funções no que concerne à aplicação da pena.

A primeira das funções é a de encontrar a chamada pena base. Partindo da pena mínima abstratamente cominada, devem-se ponderar as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal para a fixação inicial da pena, no chamado sistema trifásico.

Art. 59. 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:

- I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III - o regime inicial de cumprimento da

- pena privativa de liberdade;
- IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Caso tais circunstâncias sejam favoráveis ao réu, a pena permanece no mínimo; caso contrário, haverá uma elevação da pena em patamares não fixados em lei, devendo haver observância ao caso concreto. É certo que a ponderação das circunstâncias judiciais deve ocorrer com base em parâmetros concretos, não podendo ser baseada em assertivas vagas e abstratas. Nesse sentido, confira-se:

(...)

III. Hipótese em que a Magistrada sentenciante, ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, justificou os motivos que levaram ao indigitado *quantum*, considerando, no caso, a culpabilidade e a personalidade do réu, os motivos, as circunstâncias e as consequências do delito, além do comportamento da vítima, como ensejadoras do aumento da reprimenda.

IV. A fundamentação relativa à culpabilidade e aos motivos do delito não permitem a majoração da pena-base, eis que a alegação de que o réu “agiu deliberadamente e plenamente ciente da extrema gravidade de sua conduta” é inerente ao próprio dolo exigido para a configuração dos crimes por ele praticados, bem como a afirmação de que os motivos para o cometimento dos delitos foram “os piores possíveis” não constitui fundamentação idônea, ante a flagrante subjetividade de tal argumento.

(STJ, HC 58.821/SE, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, j. 15/08/2006, DJ 11/09/2006, p. 333)

Importante salientar que, nesta primeira fase de aplicação da pena, impossível sua redução aquém do mínimo ou aumento além do máximo previsto abstratamente.

A despeito de haver alguma divergência doutrinária sobre a matéria, o fato é que não

² Site Globo.com. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/mensalao/noticia/2012/11/advogado-de-dirceu-diz-que-vai-recorrer-da-pena-por-quadrilha.html>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

há qualquer vedação legal em fixar a pena base no máximo cominado em abstrato, caso as circunstâncias judiciais sejam absolutamente desfavoráveis ao réu. Sobre a questão, ressalta-se o seguinte precedente:

(...)

Na hipótese vertente, o cerne da irsignação está justamente na fixação da pena-base no valor máximo permitido para o caso: cinco anos. O Superior Tribunal Militar, como já relatado, afastou a alegação de nulidade da sentença por ausência de fundamentos quanto a esse particular. Examinando a sentença condenatória (fls. 20 a 31) é mister verificar, com efeito, que o Magistrado, de modo a justificar a aplicação da pena-base no máximo legal permitido, indicou elementos suficientes relativos à “gravidade do crime praticado e a personalidade do réu”, “intensidade do dolo”, “maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano”, “meios empregados”, “modo de execução”, “motivos determinantes”, “circunstâncias de tempo e lugar”, “antecedentes” e “atitude” do réu.

(STF, HC 92.116/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Meneses Direito, j. 25/09/2007, DJ 11/10/2007, p. 41).

A segunda das funções das circunstâncias judiciais é a de determinar o regime inicial de cumprimento de pena.

Conforme já dito, o artigo 33, § 2º, do Código Penal trata das penas de reclusão e detenção, bem como dos regimes de cumprimento de tais penas (fechado, aberto e semi-aberto). A regra para a adoção do regime de cumprimento de pena

é levar em conta a quantidade de pena aplicada: se a pena for superior a 08 (oito) anos, o condenado deverá começar a cumpri-la em regime fechado; se superior a 04 (quatro) anos e não exceder a 08 (oito), o cumprimento em regra ocorrerá em regime semi-aberto; e, por fim, caso a pena seja igual ou inferior a 04 (quatro) anos, o cumprimento poderá ser em regime aberto.

As circunstâncias judiciais, contudo, podem alterar tal quadro. Caso sejam desfavoráveis ao réu, além do aumento da pena base, pode haver a determinação de início de cumprimento de pena em regime mais gravoso do que o inicialmente previsto pelo artigo 33, § 2º, do Código Penal.

É possível, portanto, que um condenado a pena inferior a quatro anos inicie o cumprimento de sua pena em regime semi-aberto, ou um condenado a pena inferior a oito anos cumpra regime inicial fechado, bastando que as circunstâncias judiciais lhe sejam desfavoráveis.

As circunstâncias judiciais podem influenciar, ainda, na possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.³

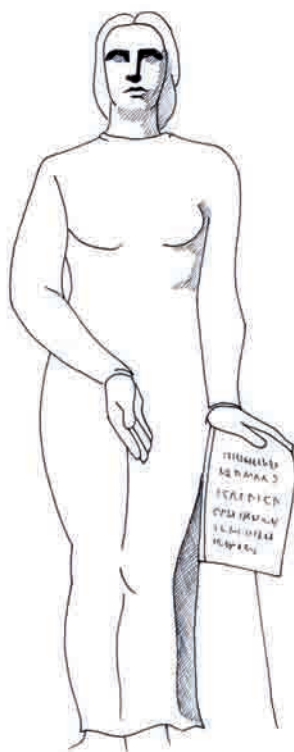
Nessa medida, devem ser examinadas as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, a fim de verificar a viabilidade de cominação de pena substitutiva, nos termos do que prescreve o artigo 44, III, do Código Penal:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

(...)

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

3 Nesse ponto cabe crítica ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal ao conceder pena substitutiva ao ex-deputado federal José Borba (PMDB), condenado a pena de 02 anos e 06 meses de reclusão, mesmo tendo agravado a pena base em função da condição do réu de líder de partido e das consequências do crime praticado.



Por fim, as circunstâncias judiciais devem ser observadas para fins de concessão ou não de *sursis*, em função do contido no artigo 77, II, do Código Penal:

Art. 77. A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

(...)

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício.

As circunstâncias judiciais do referido artigo 59 do Código Penal são: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima.

De forma bastante sintética, o termo culpabilidade deve ser compreendido como quantificação da reprovação social merecida pelo réu.

Já os antecedentes são considerados como os fatos da vida pregressa do réu, não podendo ser considerados processos que gerem reincidência, nem feitos não transitados em julgado, nos termos da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, com a seguinte redação:

Súmula 444. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

A conduta social se refere ao comportamento do réu em sociedade, ou seja, suas relações familiares e sociais, de modo geral.

Personalidade pode ser conceituada como verificação das características individuais de ordem psíquica do indivíduo.

Motivos do crime são as razões que levaram o autor a cometer determinado delito, podendo ser mais ou menos palatáveis.

Os crimes cometidos por amor, honra ou patriotismo, por exemplo, seriam menos gravosos, nesse tópico, que os cometidos por inveja, ciúmes ou cupidez. Inviável a adoção de motivos relativos ao próprio delito para fundamentar a elevação da pena base. Nesse sentido:

(...)

Os “motivos do crime” vislumbrados como circunstância judicial negativa referem-se às razões que moveram o acusado a cometer a infração. Desse modo, a “ganância” já é elemento que se subsume ao próprio tipo penal do roubo, não podendo ser utilizado na primeira fase de aplicação da pena, sob pena da incidência do odioso *bis in idem*.

(STJ, HC 47.901/SE, Sexta Turma, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, j. 16/05/2006, DJ 26/06/2006, p. 209)

Circunstâncias do crime são os elementos relativos à forma como foi cometido o crime.

Tomemos a seguinte situação como exemplo: pratica o crime de corrupção passiva, capitulado no artigo 317 do Código Penal, tanto o policial rodoviário que cobra para não lavrar uma autuação quanto o deputado que solicita dinheiro para aprovar ou não uma determinada lei, contudo, não há dúvida que a atuação do parlamentar é bem mais grave que a do policial. As circunstâncias que envolvem o crime são bastante distintas. Seguindo tal raciocínio, tal circunstância judicial foi sopesada pelo Supremo Tribunal Federal na dosagem das penas na Ação Penal 470/MG em relação a praticamente todos os réus.

Também aqui não se podem considerar circunstâncias ínsitas ao próprio delito e sempre ocorrentes como passíveis de serem apreciadas nesse tópico. As circunstâncias do crime de que se trata são as ocorrentes no caso concreto e não as perceptíveis pela simples leitura do tipo. A gravidade abstrata do delito não pode ser, de forma alguma, considerada como circunstância judicial.

As consequências do crime também são circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Entende-se por consequência a lesão causada ao bem jurídico penalmente tutelado.

Na esteira do que foi dito linhas acima, não se pode tomar a consequência natural do delito para exasperar a reprimenda. Por exemplo, a consequência do crime de homicídio consumado é sempre a morte da vítima. A apreciação deve ocorrer no caso concreto.

Por fim, deve ser considerado na primeira fase de fixação da pena o comportamento da vítima, circunstância estudada pela vitimologia.

Deve-se ter em mente que algumas pessoas são mais suscetíveis de serem vítimas de crimes do que outras, o que faz diferença no momento de aplicação e dosagem da pena. É claro que o comportamento da vítima nunca justifica a atitude do agente em cometer o delito, mas pode servir para reduzir a reprimenda, em determinados casos.

É certo que, a despeito de as circunstâncias judiciais serem ponderadas na primeira fase da dosimetria da pena, elas devem ser consideradas subsidiárias em relação às circunstâncias agravantes, atenuantes (segunda fase de fixação da pena) e causas de aumento e diminuição de pena (terceira fase da fixação da pena).⁴

Ou seja, ainda que um determinado fato possa ser havido como contido nas cir-

cunstâncias do artigo 59 do Código Penal, ele não deve ser considerado se for utilizado em qualquer das fases posteriores de aplicação da pena.

Por exemplo, se um determinado delito for praticado por motivo fútil, ainda que tal fato se enquadre nos motivos do crime men-

cionados no artigo 59 do Código Penal, não deve ser considerado na primeira fase de fixação da pena, pois se trata de circunstância agravante.

Esse raciocínio é determinante para que se possa impor o regime inicial de cumprimento de pena e mesmo para se avaliar a possibilidade de substituição da reprimenda por pena restritiva de direitos.

Quando o artigo 33 do Código Penal, já comentado, menciona os critérios previstos no artigo 59 deste Código, quer se referir à culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima, independente de tais elementos terem sido considerados na primeira, segunda ou terceira fase de aplicação da pena, ou seja, o mesmo conjunto de critérios subjetivos do acusado servirá para quantificar a pena e também para fixar o regime inicial, já que se tratam de decorrências diversas do mesmo tema.

O fato de o motivo torpe ser considerado circunstância agravante, não o desfigura como "motivo do crime". Da mesma forma, o fato de o emprego de arma de fogo aumentar a pena do roubo, não faz com que deixe de ser uma circunstância do crime.



⁴ Por exemplo, a reincidência não pode ser considerada como mau antecedente, sob pena de haver colidência com o princípio que veda o *bis in idem*.

A própria redação do artigo 44 do Código Penal corrobora tal entendimento:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

(...)

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Como é possível observar, o referido dispositivo, apesar de possuir redação semelhante ao do artigo 59 do Código Penal, não se refere a ele diretamente, mas sim a seus “critérios” (como o referido art. 33 do CP).

Dessa forma, independentemente da pena-base ser fixada no mínimo legal, se houver algum incremento na dosagem da reprimenda nas fases subsequentes em virtude de questões que reflitam quaisquer dos critérios do artigo 59 do Código Penal, o regime inicial de cumprimento de pena pode ser agravado e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos vedada.

Voltando ao caso do “Mensalão”, temos que as penas foram aplicadas em patamares bastante superiores ao mínimo legal, de forma que o Supremo Tribunal Federal considerou diversas circunstâncias para atingir tais patamares de pena. Para ficarmos com os exemplos já mencionados, temos que a pena mínima para o crime de quadrilha ou bando é de 01 ano de reclusão e José Genoíno foi condenado a 02 anos e 03 meses de reclusão pelo referido crime, enquanto que José Dirceu foi condenado à pena de 02 anos e 11 meses de reclusão pelo mesmo delito.

Ora, as penas foram fixadas muito acima do mínimo legal (aliás, perto do máximo de 03 anos de reclusão), sendo certo que o mesmo ocorreu com o crime de corrupção ativa (art. 333 do CP), em relação ao qual José Genoíno foi condenado à reprimenda de



04 anos e 08 meses de reclusão e 180 dias-multa, no valor de 10 salários mínimos, e José Dirceu à pena de 07 anos e 11 meses de reclusão, além de 260 dias-multa, no valor de 10 salários mínimos.

Tais elementos são determinantes para verificação do regime inicial de cumprimento de pena e possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Conclusão.

Nessa medida, conclui-se que o regime inicial de cumprimento de pena no caso do “Mensalão” (como em qualquer outro) não deve se basear somente na quantidade de pena aplicada, mas também nas circunstâncias que levaram as penas a serem fixadas em patamares tão elevados.

Seguindo esse raciocínio, quaisquer que sejam os elementos que tenham sido utilizados pelo julgador para imposição de pena acima do mínimo legal, desde que constituam medida de culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima, devem ser utilizados também para a fixação do regime de cumprimento de pena.

Ainda a título de exemplo, afirmar que José Dirceu teve a pena aumentada em razão da proeminência do papel por ele desempenhado na condução da empreitada criminosa, a despeito de ser uma circunstância agravante disposta no artigo 62, I, do Código Penal, também é uma das circunstâncias do crime, servindo para fixação de regime inicial de cumprimento de pena.

Equivocados, portanto, os posicionamentos referidos que verificam a adoção de regime aberto, semi-aberto ou fechado tomando por base somente a quantidade de pena aplicada, sem levar em conta outros fatores envolvendo o crime e o agente, aos quais a lei penal também atribuiu papel fundamental na fixação do regime inicial de cumprimento de pena.