

TESE INSTITUCIONAL Nº 31

PROPONENTE: Elisa Rocha Teixeira Netto.

SÚMULA

A reincidência, por si só, não impede a fixação de regime aberto para início de cumprimento de pena.

ASSUNTO

Direito Penal. Parte Geral. Regime inicial de cumprimento de pena. Reincidência. Princípio da Proporcionalidade.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

O art. 33, §2º, do CP disciplina o regime inicial de cumprimento de pena, em relação ao seu critério objetivo, dispondo que:

§ 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.

Não obstante o parâmetro objetivo previsto no art. 33, §2º, do Código Penal, segundo o qual o regime aberto seria reservado às penas iguais ou inferiores a 4 anos, a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores reconhece que a interpretação dessa norma deve ser realizada à luz da proporcionalidade e da individualização judicial da pena, jamais de forma mecânica ou automática. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. CRIME DE VIOLAÇÃO A DIREITO AUTORAL. VENDA DE CDS E DVDS PIRATAS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. **REINCIDÊNCIA NÃO IMPEDE REGIME MAIS BRANDO. JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE.** ORDEM CONCEDIDA. RESTABELECIMENTO DO REGIME INICIAL FIXADO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. 1. O

reconhecimento da agravante da reincidência não impede a fixação do regime prisional aberto, especialmente quando o juízo de primeiro grau, próximo aos fatos e provas, motiva a sua escolha nas circunstâncias concretas do delito, observando a proporcionalidade entre a conduta praticada e a resposta penal.

2. Ordem concedida para restabelecer o regime inicial aberto fixado na sentença condenatória. (STF - HC: 187203 SP 0095683-77.2020.1.00 .0000, Relator.:

EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 15/03/2021, Segunda Turma, Data de Publicação: 19/04/2021)

Em igual sentido, é importante destacar o entendimento sumulado:

Súmula 719/ STF – “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir, exige motivação idônea.”

Assim, não se admite, à luz da Constituição e da jurisprudência dos Tribunais Superiores, a aplicação automática da fórmula “reincidência + regime mais gravoso” sem a devida análise da razoabilidade da resposta penal e da individualização da pena. A reincidência, isoladamente, não pode autorizar, por si só, a imposição de regime inicial mais severo, sobretudo quando a reprimenda fixada é significativamente inferior ao patamar usualmente associado ao regime imposto.

É irrazoável, por exemplo, estabelecer regime semiaberto para uma pena de 8 meses de reclusão sem qualquer fundamentação concreta, adotando-se critério meramente automático em razão da reincidência. Tal prática contraria o entendimento do STF e STJ no sentido de que a escolha do regime deve considerar a gravidade concreta da conduta, as circunstâncias judiciais e a suficiência da resposta penal, e não apenas um dado formal de reincidência.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

No cotidiano da atuação defensiva criminal, é comum visualizarmos a fixação de regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso, tão somente pelo fato do acusado ser reincidente, sem que haja motivação concreta para tanto.

Assim, verifica-se que acusados condenados a penas muito inferiores a 4 anos, ainda que detentores de circunstâncias judiciais amplamente favoráveis, vêm tendo o

regime semiaberto fixado com base na interpretação rígida do art. 33, §2º, “c”, do Código Penal — entendimento segundo o qual o regime aberto somente seria possível para réus não reincidentes.

Ocorre que é necessário que se faça uma leitura constitucional, sobretudo pelo viés do princípio da proporcionalidade, do art. 33, §2º, “b” e “c”, do Código Penal.

Desse modo, a adoção automática de regime mais severo, fundada exclusivamente na reincidência, representa **excesso e desproporção**. Cabe ao julgador, verificando que as condições pessoais do réu e as circunstâncias do caso não revelam maior reprovabilidade, **mitigar o critério objetivo** e adotar o regime aberto como resposta penal adequada.

Ressalta-se que tal tese já foi veiculada pela Defensoria Pública de São Paulo (tese 82).

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Incumbe ao Defensor Público postular o regime inicial aberto já nas alegações finais, mesmo nos casos em que o acusado seja reincidente, sempre que a pena cominada ao delito não ultrapassar 4 anos e as circunstâncias judiciais lhe sejam favoráveis. Caso o pleito não seja acolhido pelo Juízo de origem, a matéria deve ser renovada em sede de apelação criminal, a fim de preservar o direito do assistido e viabilizar a revisão pelo Tribunal.

Ainda que o Tribunal de Justiça de Roraima, no atual cenário, não adote orientação favorável à flexibilização do art. 33, §2º, do Código Penal nesses casos, é essencial manter a irresignação recursal, contribuindo para o amadurecimento jurisprudencial e para futura mudança de entendimento.



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE RORAIMA



ESDEP-RR

Boa Vista-RR, 05 de dezembro de 2025.

Escola Superior da Defensoria Pública do Estado de Roraima