

TESE 82

Proponente: Bruno Haddad Galvão

Área: Criminal

Súmula: Com fundamento no princípio da proporcionalidade, a reincidência não impede a fixação de regime aberto para início de cumprimento de pena.

ASSUNTO

CÓDIGO PENAL. *PARTE GERAL*. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA.

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

CRIMINAL. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

III – DO REGIME INICIAL ABERTO PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA PENA

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, não é raro se decidir por um mais gravoso do que a pena recomenda, apenas pelo fato do réu ser reincidente.

No que diz respeito ao regime inicial semiaberto ou fechado fixado pelo Estado/Juiz, não obstante a pena possa ficar bem abaixo de 04 anos ou entre 04 e 08 anos, respectivamente, não podemos olvidar do posicionamento sumulado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Súmula 719 – “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir, exige **motivação idônea.**” (**grifo nosso**)

Nessa toada, considerando a pena fixada geralmente muito inferior ao máximo recomendado pelo regime, há que se questionar qual a proporcionalidade de uma decisão que fixa regime mais gravoso não obstante a quantidade da pena aplicada justifique o regime aberto ou o semi-aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, “b” e “c”, do Código Penal, *in verbis*:

Art.33, §2º, -

b) o condenado **não reincidente**, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda 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. (**grifo nosso**)

E nem se argumente que a reincidência afastaria a aplicação do citado diploma legal simplesmente porque o mesmo faz menção expressa a "condenado não-reincidente", haja vista que o antigo Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo já chegou a fixar precedente em sentido contrário:

"Diante do princípio da proporcionalidade, ao condenado a pena de dez meses e vinte dias de reclusão, e multa, **pode ser aplicado o regime aberto, ainda que reincidente**". (TACrSP, AP. 1.215.695-4, rel. Juiz Márcio Bártoli, j. 25.10.00, **grifo nosso**)

Da mesma forma o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação Criminal n.º 700134570031, senão vejamos:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO SIMPLES. QUALIFICADORA DO ARROMBAMENTO NÃO CONFIGURADA. PENA-BASE. PEDIDO DE EXASPERAÇÃO. REGIME INICIAL PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. **RÉU REINCIDENTE. REGIME ABERTO.** POSSIBILIDADE. CASO EXCEPCIONAL, EM QUE A PENA APLICADA NÃO JUSTIFICA O REGIME MAIS GRAVOSO. Apelo desprovido. (Apelação Crime Nº 70013457031, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 04/05/2006)

A **reincidência**, por si só, não constitui motivação idônea que justifique a não aplicação do artigo 33, § 2º, "b" ou "c", do Código Penal no que diz respeito a fixação do regime de cumprimento de pena. Conforme já foi dito, é completamente desproporcional que, somente devido à agravante da reincidência, o recorrente inicie a condenação em regime intermediário ou fechado. A proporcionalidade deve ser observada.

Até porque, sofreriam os réus um triplo agravamento. Um, reconhecendo a reincidência para negar benefícios processuais. Dois, a considerando para agravar a pena. Três, impondo regime inicial mais gravoso do que a pena permite.

Vejam que, nos acórdãos, se admitiu regime aberto para aquele "reincidente", condenado a pena de até 04 anos. O mesmo raciocínio deve ser aplicado ao regime semiaberto, guardadas as devidas proporções.

Não se justifica a migração para o regime intermediário ou fechado, a depender do caso, eis que feriria o princípio da proporcionalidade, consistente em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Os três têm como base as finalidades da pena, e não o contrário.

Interessante, quanto a possibilidade de fixação de regime aberto um recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

Habeas corpus. Penal. Roubo. **Réu reincidente. Circunstâncias judiciais favoráveis. Regime fechado. Agravamento exacerbado do regime prisional. Concessão do semi-aberto.**

1. Se as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal foram consideradas favoráveis, **ensejando inclusive a fixação da pena-base no mínimo legal**, descabe aplicar regime mais gravoso, no caso o fechado, por conta apenas da reincidência.

2. "É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais" (Súmula n.º 269 do STJ).

3. Ordem concedida para fixar o regime semi-aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente. (Superior Tribunal de Justiça STJ; HC 83.118; Proc. 2007/0112311-1; SP; Quinta Turma; Relª Min. Laurita Hilário Vaz; Julg. 23/08/2007; DJU 01/10/2007; Pág. 340) CP, art. 59 Súm. nº 269 do STJ.

Assim, sendo as circunstâncias judiciais plenamente favoráveis, **fixando-se a pena-base no mínimo**, e permanecendo a pena no patamar do regime aberto ou semi-aberto, fixadas bem abaixo do máximo permitido para o regime, é possível a fixação do regime aberto/semiaberto, mesmo se tratando de réu reincidente.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

Sempre nos deparamos com réus reincidentes, que tem a pena fixada bem abaixo de 04 anos de reclusão e, apenas pelo fato da reincidência, mesmo com circunstâncias judiciais favoráveis, não fazem jus ao regime aberto, por impedimento legal. Da mesma forma, e nas devidas proporções, a fixação de regime fechado para aqueles reincidentes que têm a pena fixada muito abaixo de 08 anos.

Ocorre ser necessária uma leitura constitucional, sobretudo pelo princípio da proporcionalidade, do art. 33, §2.º, "b" e "c", do Código Penal.

Referida leitura é feita por alguns tribunais, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, que já entendeu conforme a tese aqui apresentada.

Assim, é de fundamental importância o trato do tema no Pré-Encontro Estadual.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

A operacionalização é muito fácil.

Uma vez fundamentada a tese pelo colega, que certamente contará com o apoio deste Defensor Público que a presente subscreve, esta pode ser sustentada em memoriais defensivos, debates e recursos de forma muito simples.