



---

**Súmula n. 269**



---

**SÚMULA N. 269**

---

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.

**Referência:**

CP, arts. 33, § 2º, e 59.

**Precedentes:**

EREsp	182.680-SP	(3ª S, 22.11.2000 – DJ 18.12.2000)
REsp	175.207-SP	(6ª T, 14.09.1999 – DJ 17.12.1999)
REsp	203.584-SP	(6ª T, 29.03.2000 – DJ 22.05.2000)

Terceira Seção, em 22.05.2002

DJ 29.05.2002, p. 135



---

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 182.680-SP  
(2000.0092988-3)**

---

Relator: Ministro Felix Fischer  
Embargante: Ministério Público Federal  
Embargado: Sandra Maria Alves  
Advogado: Fabio Henrique Prado de Toledo e outros

---

**EMENTA**

Penal. Embargos de divergência em recurso especial. Reincidência. Regime prisional.

O réu reincidente, condenado a pena inferior a quatro anos e com circunstâncias judiciais favoráveis, poderá iniciar o cumprimento em regime semi-aberto. Artigos 33 e 59 do Código Penal. (*Precedentes*)

Embargos rejeitados.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, rejeitar os embargos de divergência interpostos pelo Ministério Público Federal, nos termos do voto do Ministro Relator. Votaram de acordo os Ministros Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Jorge Scartezzini, Edson Vidigal, Fontes de Alencar, José Arnaldo da Fonseca e Fernando Gonçalves. Ausente, por motivo de licença, o Ministro William Patterson.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Vicente Leal, Presidente

Ministro Felix Fischer, Relator

---

DJ 18.12.2000

**RELATÓRIO**

O Sr. Ministro Felix Fischer: O Ministério Público Federal opôs embargos de divergência em face do v. acórdão da c. Sexta Turma, assim ementado:

Recurso especial. Criminal. Estelionato. Reincidência. Regime prisional.

O artigo 33 do Código Penal, na letra do seu parágrafo 2º, proíbe ao reincidente o regime inicial aberto, em qualquer caso, e o semi-aberto quando a pena for superior a quatro anos.

Nada impede, objetivamente, que se lhe defira o regime semi-aberto na pena igual ou inferior a quatro anos.

Recurso conhecido e provido. (fls. 243).

Alega o embargante divergência jurisprudencial com acórdãos da Quinta Turma (REsp n. 149.263-DF, rel. Min. *José Arnaldo da Fonseca*, DJ 22.06.1998; REsp n. 83.856-SP, Rel. Min. *José Dantas*, DJ 02.03.1998; e REsp n. 80.867-SP, rel. Min. *Cid Flaquer Scartezzi*, DJ 29.09.1997), argumentando que a reincidência leva ao cumprimento de pena em regime fechado, independentemente da pena aplicada.

Embargos admitidos às fls. 273.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Trata-se de divergência acerca do regime prisional aplicável a réu reincidente condenado a pena inferior a 04 (quatro) anos.

A fixação do regime inicial de cumprimento de pena pressupõe, conforme o artigo 33, § 3º do Código Penal, a análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal.

Assim, o réu reincidente condenado a menos de 04 (quatro) anos que tenha todas as circunstâncias judiciais favoráveis, com pena aplicada no mínimo legal, poderá iniciar o cumprimento da pena em regime semi-aberto, conforme interpretação dos artigos 33 e 59 do Código Penal.

Nesse sentido, precedentes desta Corte:

Penal. Condenação. Condenado reincidente. Pena inferior a quatro anos. Regime prisional. CP, art. 33, § 2º.

A fixação do regime inicial integra o processo de individualização da pena, regulando-se pela compreensão sistemática do art. 33, § 2º, e do art. 59, ambos do Código Penal, com integração do critério relativo ao *quantum* da pena e critério pertinente às circunstâncias judiciais.

Na compreensão sistemática das alíneas do § 2º do art. 33, do Código Penal, a melhor exegese aponta no sentido de ser admissível a imposição do regime semi-aberto aos condenados reincidentes cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, consideradas as demais circunstâncias judiciais (art. 59) em plano favorável.

Recurso especial conhecido e desprovido.

(REsp n. 203.584-SP, 6ª Turma, rel. Min. Vicente Leal. DJU de 22.05.2000).

Recurso especial. Criminal. Estelionato. Reincidência. Regime prisional.

O artigo 33 do Código Penal, na letra do seu parágrafo 2º, proíbe ao reincidente o regime inicial aberto em qualquer caso e o semi-aberto, quando a pena for superior a quatro anos.

Nada impede, objetivamente, que se lhe defira o regime semi-aberto na pena igual ou inferior a quatro anos.

Recurso conhecido e desprovido.

(REsp n. 175.207, 6ª Turma, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 17.12.1999).

Voto, pois, para que os embargos sejam rejeitados.

---

### **RECURSO ESPECIAL N. 175.207-SP (98.0038302-6)**

---

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Recorrido: Eduardo Capello Barbosa

Advogados: Marco Antônio Rodrigues e outros

---

#### **EMENTA**

Recurso especial. Criminal. Estelionato. Reincidência. Regime prisional.

1. O artigo 33 do Código Penal, na letra do seu parágrafo 2º, proíbe ao reincidente o regime inicial aberto em qualquer caso e o semi-aberto, quando a pena for superior a quatro anos.

2. Nada impede, objetivamente, que se lhe defira o regime semi-aberto na pena igual ou inferior a quatro anos.

3. Recurso conhecido e improvido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma o Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, porém lhe negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Vicente Leal e Fernando Gonçalves. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro William Patterson.

Brasília (DF), 14 de setembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro Vicente Leal, Presidente

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

---

DJ 17.12.1999

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recurso especial interposto contra acórdão da Décima Segunda Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que, provendo parcialmente o apelo do sentenciado, reduziu-lhe a pena para um ano e dois meses de reclusão e onze dias-multa, substituindo o regime prisional fechado pelo semi-aberto, pela prática do crime de estelionato.

O órgão ministerial recorrente alega que o cumprimento da pena de reclusão imposta a condenado reincidente deverá, sempre, ser iniciado no regime fechado, salvo disposição especial em sentido contrário.

Violação ao artigo 33, parágrafo 2º, alínea c, do Código Penal e divergência jurisprudencial fundam a insurgência especial.

Positivo o juízo de admissibilidade (Constituição da República, artigo 105, inciso III, alínea c).

O Ministério Público veio pelo provimento do recurso, colacionando jurisprudência deste Tribunal:

Penal. Réu reincidente. Condenação. Reclusão. Regime inicial.

O condenado reincidente deve sempre iniciar o cumprimento da reprimenda corporal em regime fechado.

Recurso provido. (REsp n. 80.867-SP, Relator Ministro Cid Flaquer Scartezzini, Quinta Turma, unânime, DJ de 29.09.1997, p. 48.246).

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhor Presidente, a questão está no reconhecimento da obrigatoriedade do regime inicial fechado como efeito da reincidência.

O sentenciado, Eduardo Capello Barbosa, foi condenado a um ano e dois meses de reclusão e onze dias-multa, pela prática do crime de estelionato, tendo sido fixado o regime semi-aberto de cumprimento de pena.

A disciplina aplicável à espécie é a do parágrafo 2º do artigo 33 do Código Penal, que assim dispõe:

§ 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 08 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado.

b) O condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 04 (quatro) anos e não exceda a 08 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto.

**c) O condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 04 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.** (nossos os grifos).

Considerada a quantidade de pena prisional imposta e a condição de primário ou reincidente do imputado, determina a Lei que a pena superior a oito anos deve, obrigatoriamente, ser cumprida em regime fechado, sendo proibido, no mais, *ao reincidente*, o regime inicial aberto em qualquer caso e o semi-aberto, quando a pena for superior a quatro anos.

Nada impede, portanto, que, ao reincidente, seja deferido o regime inicial semi-aberto, desde que a pena não exceda a quatro anos e as circunstâncias do artigo 59 indiquem-no como necessário e suficiente.

Sendo a reincidência o fundamento único da decisão impugnada, infringente de Lei Federal, conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

*É o voto.*

---

**RECURSO ESPECIAL N. 203.584-SP (99.0011484-1)**

---

Relator: Ministro Vicente Leal

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Recorrido: Marcelo Terzi

Advogado: Marli Aparecida Sampaio e outros

---

**EMENTA**

Penal. Condenação. Condenado reincidente. Pena inferior a quatro anos. Regime prisional. CP, art. 33, § 2º.

- A fixação do regime inicial integra o processo de individualização da pena, regulando-se pela compreensão sistemática do art. 33, § 2º e do art. 59, ambos do Código Penal, com integração do critério relativo ao *quantum* da pena e critério pertinente às circunstâncias judiciais.

- Na compreensão sistemática das alíneas do § 2º do art. 33, do Código Penal, a melhor exegese aponta no sentido de ser admissível a imposição do *regime semi-aberto* aos condenados reincidentes cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, consideradas as demais circunstâncias judiciais (art. 59) em plano favorável.

- Recurso especial conhecido e desprovido.

---

**ACÓRDÃO**

---

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial mas negar-lhe provimento, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Fontes de

Alencar, Fernando Gonçalves e Hamilton Carvalhido. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro William Patterson.

Brasília (DF), 29 de março de 2000 (data do julgamento).

Ministro Vicente Leal, Presidente e Relator

---

DJ 22.05.2000

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Vicente Leal: Marcelo Terzi, condenado a um ano e dois meses de reclusão pela prática do crime de furto, ajuizou revisão criminal, que foi deferida em parte pelo Egrégio Segundo Grupo de Câmaras do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, para alterar o regime inicial fechado para o semi-aberto (fls. 104-109).

Irresignado, o Ministério Público do Estadual interpõe o presente recurso especial com suporte nas alíneas **a** e **c**, do permissivo constitucional, alegando que o acórdão em destaque negou vigência ao art. 33, § 2º, **c**, do Código Penal, e divergiu da jurisprudência pretoriana, ao fixar o regime semi-aberto para réu reincidente (fls. 112-118).

Oferecidas as contra-razões (fls. 125-133) e admitido o recurso, subiram os autos a este Tribunal.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer de fls. 144-147, opina pelo improvimento do recurso.

*É o relatório.*

### VOTO

O Sr. Ministro Vicente Leal (Relator): O Tribunal *a quo*, embora tenha reconhecido ser o réu reincidente, modificou a sentença de primeiro grau que fixara o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, deferindo-lhe o regime semi-aberto.

É contra tal decisão que se insurge o Ministério Público local, alegando desrespeito à regra do art. 33, § 2º, do Código Penal.

Tenho que ao recorrente não assiste razão.

A questão é relevante.

A fixação do regime prisional inicial integra o processo de individualização da pena, tema que hoje foi elevado a preceito de magnitude constitucional. E no campo infraconstitucional situa-se na compreensão sistemática dos artigos 33, § 2º, e 59, ambos do Código Penal, com integração do critério referente ao *quantum* da pena e o critério pertinente às circunstâncias judiciais.

Na espécie, tem relevância o estudo da quantidade da pena para fins de definição do regime prisional, impondo-se para tanto, a decantação das alíneas **a**, **b** e **c** do § 2º do art. 33, já mencionado.

Para uma precisa análise do tema, leia-se a expressão textual do parágrafo referenciado:

§ 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 08 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 04 (quatro) anos e não exceda a 08 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 04 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Da leitura das citadas disposições extrai-se as seguintes conclusões:

a) Aos condenados a *pena superior a oito anos*, o regime prisional inicial *será* obrigatoriamente o *fechado* (alínea **a**).

b) Aos *não reincidentes* condenados a *pena superior a quatro anos e não excedente a oito anos*, o regime prisional inicial *poderá ser* o semi-aberto. Não poderá ser o aberto, mas poderá ser o fechado, desde que exaustivamente demonstrado a necessidade da medida, à luz das circunstâncias inscritas no art. 59, do Código Penal.

c) Aos *não reincidentes* condenados a *pena igual ou inferior a quatro anos*, o regime prisional *poderá ser*, desde o início, o *aberto*.

Neste quadro normativo - alíneas **a**, **b** e **c**, do parágrafo 2º do artigo 33, do Código Penal - não há, como se pode perceber, previsão referente à hipótese de *condenado reincidente* ao qual foi imposta *pena igual ou inferior a quatro anos*. Tal situação não se enquadra em nenhuma das alíneas referenciadas.

Apesar disso, tem-se proclamado reiteradamente que ao reincidente condenado à pena de reclusão, independentemente do *quantum* da pena aplicada, deverá ser submetido ao regime inicial fechado. Basta que seja reincidente para ter que transitar pelos três regimes prisionais pela via da progressão.

Neste sentido, inúmeros são os precedentes deste Tribunal, merecendo referência os seguintes: REsp n. 4.217-PA, Rel. Min. José Cândido, *in* DJ de 05.11.1990, p. 12.438; REsp n. 6.221-PR, Rel. Min. Carlos Thibau, *in* DJ de 22.04.1991; REsp n. 66.708-SP, Rel. Min. Edson Vidigal, *in* DJ 24.06.1996, p. 22.786; REsp n. 77.373-SP, Rel. Min. William Patterson, *in* DJ de 13.05.1996, p. 15.583; REsp n. 149.263-DF, Rel. Min. José Arnaldo, *in* DJ de 22.06.1998.

Após demorada reflexão sobre o *thema decidendum*, estou em que tal orientação não reflete, *data venia*, a melhor exegese em torno da matéria.

Como antes assinalado, não existe, no contexto normativo, qualquer vedação no sentido de se fixar o *regime inicial semi-aberto* aos condenados reincidentes punidos com pena *não superior a quatro anos*.

O princípio da individualização da pena consubstancia uma das franquias democráticas para proteger o réu do arbítrio judicial. *Individualizar* a pena é situar a atuação punitiva do Estado nos seus precisos limites, considerado o fato criminoso e o seu agente, em todas as suas nuances. Daí porque nesse processo se conjugam os critérios do *quantum* da pena e do exame das circunstâncias judiciais.

E o Juiz, ao realizar tal operação, deve buscar a medida do justo, sopesando aqueles valores relativos aos elevados propósitos da sanção penal: *a prevenção e a repressão do delito*.

Dentro dessa linha de visão não se pode conferir ao repositório normativo uma interpretação mais gravosa, limitativa do poder do Juiz na compreensão do assunto. As restrições na definição de um regime prisional mais brando devem ser aquelas literalmente previstas. E a letra da lei não impede a fixação do regime prisional semi-aberto na hipótese em que o reincidente é condenado a pena igual ou inferior a quatro anos.

De outra parte, impõe-se, no trato do assunto, uma maior reflexão sobre a extensão dos efeitos da reincidência. Na verdade, a reforma penal de 1984 conferiu a esse instituto um exagerado valor, vinculando de modo marcante a definição do regime penitenciário, circunstância susceptível de causar grave injustiça, pois coloca em situação equivalente um condenado por crime de pequeno potencial ofensivo, que tenha uma pequena condenação anterior, a um delinquente que feriu gravemente a sociedade com a prática de homicídio qualificado ou latrocínio.

Neste sentido, merecem registro as críticas da melhor doutrina nacional. Confirmam-se, a propósito, Alberto Silva Franco (*in* “Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial”, Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 400), Miguel Reale Junior, René Ariel Dotti e outros (“Temas de Direito Penal”, Saraiva, 1986, p. 117-118).

Na verdade, não há como se conceber tamanha relevância ao instituto da reincidência. Vejo com aguda restrição, porque incompatível com os princípios que informam o Estado de Direito, a *teoria da duplicidade de normas*, invocada para justificar repercussão da reincidência, seja, uma norma que condena a conduta típica e outra que impõe a abstenção da prática de novos crimes no futuro. Exsurge dessa teoria um segundo bem jurídico tutelado, consubstanciado na pura vontade estatal de submissão do indivíduo. Nessa linha de visão, pune-se o agente pela sua conduta e pune-se também a sua personalidade, tida como socialmente perigosa. Institui-se, de conseqüência, uma distinção entre os *não-perigosos* e os *perigosos*, quebrando-se o princípio da igualdade e desprezando-se a dignidade da pessoa humana, valores de proteção constitucional.

Concebendo o tema sob esta perspectiva, há de se conferir ao tema uma exegese que afaste a idéia de imposição obrigatória do regime fechado ao reincidente, sem expressa previsão legal, como na hipótese *sub examen*, em que ao condenado foi imposta a pena de apenas *um ano e dois meses de reclusão*, embora reincidente.

Correto, portanto, o acórdão atacado no recurso, que fixou o regime prisional semi-aberto em sede de revisão criminal, merecendo destaque o seguinte excerto do voto condutor do julgamento, da lavra brilhante do Juiz Marco Nahum, do TACRIM-SP, *verbis*:

Fundamentar o regime fechado somente na reincidência é o mesmo que não se fundamentar a necessidade do regime imposto. O regime de pena determinado na decisão deve estar justificado pelos elementos do artigo 59 do Código Penal, e a reincidência veda, apenas, a aplicação do regime aberto, nos termos do artigo 33 e parágrafos, do citado diploma material.

(fl. 108).

Merece, por inteiro, ser prestigiado o pensamento acima proclamado, que situa com precisão lapidar a questão em estudo.

Isto posto, conheço do recurso especial em razão do dissenso, porém nego-lhe provimento.

*É o voto.*