



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 434.946 - SP (2018/0020062-6)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : BRUNO FERULLO RITA
ADVOGADO : BRUNO FERULLO RITA - SP0295355
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VANDER LUIS BRAGA CARDOSO

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECUSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. RÉU REINCENTE. REGIME FECHADO ADEQUADO. **WRIT** NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Os requisitos para a imposição do regime semiaberto, constam no art. 33, § 2º, alínea **b**, e § 3º, do Código Penal, quais sejam, a **ausência de reincidência**, condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos, bem como a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

III - Sendo o paciente reincente e fixada a pena em **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão**, o regime inicial **fechado** é o adequado para o cumprimento da sanção, nos termos do art. 33, § 2º, alínea **b**, do Código Penal, ainda que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, a manutenção do regime mais gravoso do que o cabível pelo **quantum** de pena imposta justifica-se na **reincidência do paciente**.

Habeas Corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 05 de abril de 2018 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 434.946 - SP (2018/0020062-6)

IMPETRANTE : BRUNO FERULLO RITA
ADVOGADO : BRUNO FERULLO RITA - SP0295355
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VANDER LUIS BRAGA CARDOSO

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de VANDER LUIS BRAGA CARDOSO, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, na Apelação n. 0000129-24.2015.8.26.0542.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, às penas de 8 (oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 800 (oitocentos) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir a reprimenda para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa em v. acórdão assim ementado:

"TÓXICO Crime de tráfico Quadro probatório que se mostra seguro e coeso para evidenciar autoria e materialidade do delito - Depoimento de agentes policiais Validade e suficiência desde que inexistente contradição ou confronto com as demais provas Análise que se faz em cada caso concreto Ausência de dúvida que justifica o édito condenatório Desclassificação inviável - Condenação mantida Sentença mantida Art. 252 do RITJSP Pena majorada em razão de o réu não ter dito a verdade Inadmissibilidade Retorno ao mínimo legal Réu reincidente Majoração mínima suficiente ao caso - Impossibilidade de aplicação do redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei de Drogas Regime inicial fechado mantido Recurso parcialmente provido (voto n. 30607)" (fl. 24).

Dai o presente **writ**, onde sustenta o impetrante, em síntese, a ilegalidade da r. decisão que teria imposto ao condenado o regime fechado para início de cumprimento da reprimenda com fundamento, apenas, na gravidade em abstrato do delito, em flagrante afronta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aos enunciados das Súmulas n. 718 e 719 do STF e 440 desta Corte.

Menciona, ainda, que *"Possível o regime semiaberto diante da pena fixada, a fixação do regime mais rigoroso deveria vir acompanhada de uma lógica explicação. A motivação deficiente e inexplicável, e até equivocada, como se demonstrou no caso, constitui nulidade, de caráter extremo, pelo próprio prejuízo para o ora Paciente, qual seja, a fixação de regime incompatível com a necessidade da lei e a situação do mesmo, o que pode ser declarado e ou imediatamente corrigido, conforme já se têm decidido, inclusive"* (fl. 8).

Requer, assim, a concessão da ordem para que possa iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto.

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 38-39.

Informações prestadas às fls. 50-51.

O Ministério Público Federal, às fls. 70-74, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ** em parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FLEXIBILIZAÇÃO DO REGIME FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCIDENTE CONDENADO À PENA DE 5 (CINCO) ANOS E 10 (DEZ) MESES DE RECLUSÃO. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE A SUPERAR A IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA.

- Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus" (fl 70).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 434.946 - SP (2018/0020062-6)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : BRUNO FERULLO RITA
ADVOGADO : BRUNO FERULLO RITA - SP0295355
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VANDER LUIS BRAGA CARDOSO

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**
SUBSTITUTIVO DE RECUSO ESPECIAL. NÃO
CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME
INICIAL SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE.
PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. RÉU
REINCIDENTE. REGIME FECHADO
ADEQUADO. **WRIT** NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Os requisitos para a imposição do regime semiaberto, constam no art. 33, § 2º, alínea **b**, e § 3º, do Código Penal, quais sejam, a **ausência de reincidência**, condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos, bem como a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

III - Sendo o paciente reincidente e fixada a pena em **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão**, o regime inicial **fechado** é o adequado para o cumprimento da sanção, nos termos do art. 33, § 2º, alínea **b**, do Código Penal, ainda que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, a manutenção do regime mais gravoso do que o cabível pelo **quantum** de pena imposta justifica-se na **reincidência do paciente**.

Habeas Corpus não conhecido.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Insta consignar, inicialmente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que a Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Como relatado, busca-se no presente **writ** a concessão da ordem para que seja estabelecido o regime semiaberto para o resgate da pena.

Cumpre asseverar, oportunamente, que a via do **writ** somente se mostra adequada para revisar a dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, *“o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita”* (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

Passo ao exame da tese de inadequação do regime prisional estabelecido. E, ao fazê-lo, **verifico não assistir razão ao impetrante**.

Transcrevo, todavia, fim de delimitar a **quaestio**, o seguinte excerto do v. acórdão impugnado, quanto a fixação do regime fechado, **in verbis**:

*“Não aplicado o redutor do art. 33, §4º, da lei especial, **em razão da reincidência do réu, adequado o regime inicial fechado** e a não substituição da reprimenda corporal por medidas restritivas, pela análise do §3º do art. 33 e inciso III do art. 44 do CP”* (fl. 31, grifei).

Inicialmente, destaco que os requisitos para a imposição do regime semiaberto, constam no art. 33, § 2º, alínea **b**, e § 3º, do Código Penal, quais sejam, a **ausência de reincidência**, condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos, bem como a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na hipótese, sendo o paciente reincidente e fixada a pena em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, o regime inicial **fechado** é o adequado para o cumprimento da sanção, nos termos do art. 33, § 2º, alínea **b**, do Código Penal.

Desse modo, ainda que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, a manutenção do regime mais gravoso do que o cabível pelo **quantum** de pena imposta justifica-se na **reincidência do paciente**.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. REINCIDÊNCIA. REGIME FECHADO PROPORCIONAL. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Os fundamentos utilizados pelo decreto condenatório não podem ser tidos por genéricos e, portanto, constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), não havendo falar em violação da Súmula 440/STJ, bem como dos verbetes sumulares 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

3. **Tratando-se de réu reincidente, ao qual foi aplicada reprimenda superior a quatro anos e inferior a oito anos de reclusão, ainda que a pena-base tenha sido estabelecida no mínimo legal, inexistente desproporcionalidade na fixação inicial do regime fechado.**

4. Writ não conhecido" (HC n. 381.661/SP, Quinta Turma, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 25/4/2017, grifei).

"HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, II, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE. ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SEGUNDA FASE. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. QUANTUM DE AUMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REINCIDÊNCIA. ADEQUAÇÃO. ORDEM DENEGADA.

[...]

3. Nos termos do artigo 33 do Código Penal, é apropriado o regime inicial fechado, no caso em que a pena resultou em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantum definitivo superior a 4 anos, sendo o paciente reincidente.

4. *Ordem denegada*" (HC n. 388.016/SP, **Sexta Turma**, Rel^a. Min^a. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/4/2017).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO NA VIA ELEITA. ROUBO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 231/STJ. REGIME. PACIENTE DIEGO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REINCIDENTE. REGIME ADEQUADAMENTE FIXADO. PACIENTE PAULO. PENA-BASE NO MÍNIMO. PRIMARIEDADE. PENA SUPERIOR A 4 E QUE NÃO EXCEDE 8 ANOS. POSSIBILIDADE DE REGIME INTERMEDIÁRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Tendo a penas-base sido fixada no mínimo legal, não há como a atenuante da confissão ter reflexos na pena, em razão da Súmula 231/STJ.

- Em relação ao regime arbitrado, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal ou na reincidência.

- Foi elaborado, então, o enunciado n. 440 da Súmula deste Tribunal, segundo o qual fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

- No caso dos autos, em relação ao paciente DIEGO, verifica-se ser inviável arbitrar outro regime que não seja o mais gravoso, porquanto o quantum da pena ficou em 5 anos e 4 meses e o paciente é reincidente. Dessa forma, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal, o regime fechado é o adequado ao caso.

- Em relação ao paciente PAULO, após fixada a pena-base no mínimo legal, o regime inicial fechado foi determinado sem fundamentação concreta. Portanto, tratando-se de paciente primário, condenado à pena superior a 4 anos e não excedente a 8 anos, faz jus ao regime semiaberto para cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime semiaberto apenas para o paciente PAULO, incumbindo o Juízo das Execuções a análise de aplicação do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal para ambos os pacientes" (HC n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

369.370/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/2/2017, grifei).

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0020062-6

HC 434.946 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001282420158260542 1282420158260542

EM MESA

JULGADO: 05/04/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : BRUNO FERULLO RITA
ADVOGADO : BRUNO FERULLO RITA - SP0295355
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VANDER LUIS BRAGA CARDOSO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.