



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 410.836 - MS (2017/0192327-7)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : JOSIEL DOS SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. RÉU REINCENTE. REGIME ADEQUADO. SÚMULA 269/STJ. INAPLICABILIDADE.

I - A fixação da reprimenda em patamar superior a 4 (quatro) anos, somada à reincidência, afasta a incidência do enunciado **nº 269 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça**, que declara que *"É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais"*.

II - 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**.

Agravo regimental desprovido.

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, negar provimento ao agravo regimental.

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

Brasília (DF), 06 de fevereiro de 2018 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 410.836 - MS (2017/0192327-7)

AGRAVANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : JOSIEL DOS SANTOS

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de agravo regimental, nos termos do art. 258 do Regimento Interno deste Tribunal, interposto por JOSIEL DOS SANTOS em face da decisão de fls. 281-287, de minha lavra, que não conheceu do **habeas corpus**.

A hipótese versa a condenação do ora recorrente às penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa, pela prática dos delitos descritos no art. 33, **caput**, e art. 40, inciso VI, ambos da Lei n. 11.343/06.

Diante disso, a defesa impetrou **habeas corpus** nesta Corte, alegando a existência de manifesto constrangimento ilegal na dosimetria da pena, haja vista que 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 reincidência do paciente, posto que esta já foi utilizada para agravar a pena.

O **mandamus** não foi conhecido.

Daí o presente agravo regimental, no qual repisa o agravante os argumentos lançados na petição do **writ**, requerendo, ao final, a reconsideração da decisão monocrática ora atacada, para redimensionar o regime que lhe foi imputada, "*Considerando que a pena definitiva é inferior a 08 (oito) ANOS DE RECLUSÃO, mesmo que reincidente, é possível que inicie o cumprimento da reprimenda no regime inicial SEMIABERTO*"(fl. 297).

Menciona, ainda, o enunciado da Súmula n. 269/STJ com fundamento para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelecimento do regime semiaberto para resgate da reprimenda.

Por manter a decisão agravada, submeto o feito à **Quinta Turma**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 410.836 - MS (2017/0192327-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
AGRAVANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : JOSIEL DOS SANTOS

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. RÉU REINCIDENTE. REGIME ADEQUADO. SÚMULA 269/STJ. INAPLICABILIDADE.

I - A fixação da reprimenda em patamar superior a 4 (quatro) anos, somada à reincidência, afasta a incidência do enunciado **nº 269 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça**, que declara que *"É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais"*.

II - 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**.

Agravo regimental desprovido.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo regimental.

No mérito, contudo, o recurso não merece prosperar.

Conforme já delineado na decisão ora agravada, importante asseverar, inicialmente, que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da 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 a *“dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade”* (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

O Tribunal de origem, ao estabelecer o regime inicial fechado assim deixou consignado:

"O réu é reincidente" e a pena é superior a 4 anos de privação de liberdade, o que conclama a adoção do 'regime inicial fechado. Ressalto que inexiste bis in idem na valoração da reincidência para o aumento de pena e para justificar regime mais gravoso, pois as finalidades são distintas e o proceder ocorre em momentos diferentes da dosimetria penal. O que se veda é o duplo aumento de pena pelo mesmo fato, algo que inocorreu na hipótese.

Não estão preenchidos os requisitos dos benefícios do art. 44 e 77 do Código Penal, notadamente o montante de pena e a primariedade" (fl. 270, grifei).

Da leitura das transcrições acima, fácil perceber que a impetrante se equivoca ao afirmar que é descabida a fixação do regime prisional mais gravoso, com base apenas na reincidência, uma vez que todas as circunstâncias judiciais foram favoráveis e a pena-base foi fixada no mínimo legal.

Na hipótese, a fixação da reprimenda em patamar superior a 4 (quatro) anos, somada à reincidência, afasta a incidência do enunciado **nº 269 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça**, que declara que *"É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

favoráveis as circunstâncias judiciais " (grifei).

Desse modo, 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.

Destarte, 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.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Diante disso, constato que a agravante não trouxe qualquer argumento novo capaz de ensejar a alteração do entendimento firmado por ocasião da decisão monocrática, que deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao **agravo regimental**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0192327-7

AgRg no
HC 410.836 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00015477720118120035 00088836620138120002 035110015473 15477720118120035
35110015473 88836620138120002

EM MESA

JULGADO: 06/02/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : JOSIEL DOS SANTOS

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : JOSIEL DOS SANTOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

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, negou provimento ao agravo regimental."

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