

# Superior Tribunal de Justiça

**EDcl no HABEAS CORPUS Nº 513.714 - SP (2019/0160499-9)**

**RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO**  
**EMBARGANTE : ANA PAULA SILVA SOBRINHO**  
**ADVOGADO : PAULO SERGIO SEVERIANO - SP184460**  
**EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

## DECISÃO

Trata-se de embargos de declaração opostos à decisão monocrática de fls. 130/135, em que o *habeas corpus* foi concedido apenas para reduzir a pena da paciente ANA PAULA SILVA SOBRINHO para 1 ano e 8 meses de reclusão, mais 166 dias-multa, mantido o regime semiaberto para o cumprimento da pena.

Sustenta a embargante, em síntese, contradição na decisão embargada, uma vez que houve equívoco na medida em que considerou que a conduta criminosa teria se dado dentro de estabelecimento prisional, quando em verdade ocorreu no interior de transporte público.

Requer, assim, o acolhimento dos aclaratórios, com efeitos infringentes, a fim de que seja fixado o regime aberto em favor da embargada.

É o relatório.

DECIDO.

Quanto ao regime prisional, a decisão embargada assim dispôs (fls. 133/134):

No que tange ao regime prisional, a Corte de origem assim se manifestou (fl. 73):

Considerando o quanto da pena imposta e o disposto no artigo 387, §2º, do Código de Processo Penal, observa-se que a acusada permaneceu presa preventivamente entre o flagrante, em 26 de outubro de 2016 (fls. 42/43) e o dia 29 de março de 2017, quando foi concedido ordem de habeas corpus pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça (fl. 510), de modo que o tempo de pena que lhe resta a cumprir autorizaria, em tese, a fixação de regime mais brando. **Todavia, considerando a quantidade da droga apreendida, que se destinava ao consumo no interior de estabelecimento prisional, adequada a imposição do regime semiaberto, nos termos do disposto no artigo 33, § 2º, alínea “c”, e § 3º, do Código Penal.**

Deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e de conceder a suspensão condicional da pena por expressa determinação legal (artigo 44, inciso III, e artigo 77, caput, ambos do Código Penal).

A Terceira Seção deste STJ entende ser possível, desde que com base em motivação concreta, estabelecer regime prisional mais gravoso do que aquele que corresponderia, como regra geral, à pena aplicada. Tal fundamentação, porém, deve ser aferida caso a caso (HC n. 362.535/MG, Terceira Seção,

# *Superior Tribunal de Justiça*

Rel. Min. Felix Fischer, Rel. para o acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 8/3/2017).

**No caso, como visto, o Tribunal a quo trouxe fundamento concreto para estabelecer o regime mais gravoso, no caso o semiaberto, bem como para negar a substituição da pena por restritiva de direitos, haja vista o crime ter sido praticado no interior de estabelecimento prisional.** Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. QUANTIDADE DE DROGAS. PACIENTE TENTOU ENTRAR NO PRESIDIO COM DROGAS. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. ART. 33, § 3º E ART. 44, INCISO III, AMBOS DO CÓDIGO PENAL - CP. FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A quantidade e/ou natureza da droga apreendida é fundamentação idônea para justificar a fixação do regime prisional mais gravoso. In casu, fixada a pena em 2 anos de reclusão, o regime semiaberto (o mais gravoso, segundo o quantum da sanção aplicada) é o correto à prevenção e à reparação do delito, haja vista que a Corte estadual ressaltou a gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade de drogas e pelo modo de comercialização das drogas, dentro de um presídio, encontrando-se justificada a fixação de regime prisional mais gravoso, bem como a vedação à substituição da pena por restritiva de direitos, de acordo com o disposto no art. 33, § 3º, e art. 44, inc. III, ambos do CP.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda.

(HC 421.642/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 01/02/2018)

Assim, não há que se falar em ilegalidade na fixação do regime semiaberto para o cumprimento da pena, bem como para vedação de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

[...].

Razão assiste, em parte, a embargante.

Com efeito, a decisão embargada foi embasada em premissa fática equivocada, haja vista que na peça acusatória consta que a ré foi apreendida quando transportava droga em transporte público (fl. 47).

Não obstante, constou do acórdão impugnado que o entorpecente

# Superior Tribunal de Justiça

apreendido com a paciente *se destinava ao consumo no interior de estabelecimento prisional* (fl. 73), o que constitui fundamento idôneo para o estabelecimento do regime mais gravoso. A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. HABEAS CORPUS 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 recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.

11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

III - In casu, o Tribunal de origem considerou, além da quantidade das drogas, as demais circunstâncias da apreensão, vale dizer, 03 (três) invólucros de Cannabis sativa (com peso de 440,97 gramas), bem como as denúncias anônimas que apontavam a participação da paciente no tráfico de drogas realizado no interior de um presídio.

Rever esse entendimento, para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus. Precedentes.

IV - No que tange ao regime inicial de cumprimento de pena, cumpre registrar que o Plenário do col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal. V - **O regime adequado à hipótese é o inicial fechado, uma vez que, não obstante o montante final da pena autorizar o regime semiaberto, houve fundamentação idônea a lastrear a aplicação do regime mais gravoso, em razão da "considerável quantidade de droga apreendida na posse da ré, que era destinada à comercialização no interior de estabelecimento prisional", inexistindo flagrante ilegalidade a**

# Superior Tribunal de Justiça

**justificar a concessão da ordem de ofício. Precedentes.**

Habeas Corpus não conhecido.

(HC 484.799/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 19/02/2019)

Assim, para rever a conclusão alcançada pela Corte de origem seria necessário o revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos, incabível na via do *habeas corpus*.

Nesse contexto, acolho os embargos declaratórios apenas para sanar erro material, assim, onde constou "haja vista o crime ter sido praticado no interior de estabelecimento prisional" (fl. 34), fazer constar que "haja vista que a droga se destinava ao consumo em estabelecimento prisional".

Ante o exposto, acolho os embargos de declaração apenas para sanar erro material, mantendo, no mais, a decisão embargada.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 24 de setembro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO

Relator