



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 488.403 - SP (2019/0003880-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **RAFAELA LABEGALINI (PRESO)**
ADVOGADO : **SANTIAGO PASQUETTE PERES - SP408136**
AGRAVADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40, III, DA LAD. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE QUE O TRÁFICO ERA PRATICADO NAS REFERIDAS INSTITUIÇÕES OU QUE OS ENTORPECENTES SE DESTINAVAM AOS SEUS FREQUENTADORES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. PRECEDENTES. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. VULTOSA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA E PETRECHOS PARA A MERCANCIA – BALANÇA DE PRECISÃO, CADERNO DE ANOTAÇÕES SOBRE O TRÁFICO E EMBALAGENS. PACIENTE QUE SE DEDICAVA À ATIVIDADE CRIMINOSA. NÃO ATENDIMENTO DAS DIRETRIZES EXIGIDAS PARA O RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA ESTREITA DO *HABEAS CORPUS*. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. INVIABILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO

– Para a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 é desnecessária a efetiva comprovação de que o tráfico se dava naquelas entidades ou que a mercancia se destinava a seus frequentadores, bastando apenas que o crime seja cometido em suas imediações, conforme comprovado pelo laudo pericial. Precedentes.

– Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e *não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- As instâncias de origem, com base nas provas dos autos, consubstanciada não apenas na elevada quantidade e reconhecida letalidade do entorpecente apreendido – *424 pinos de cocaína pesando 428,6 gramas*, mas também diante da apreensão de uma balança de precisão, de um caderno com anotações sobre o tráfico e de várias embalagens, além de dinheiro –, entenderam que a paciente não se tratava de traficante eventual e que efetivamente *se dedicava à atividade criminosa*, de forma que não foram atendidas as diretrizes exigidas para o reconhecimento do privilégio.
- O regime inicial fechado está justificado na gravidade concreta do delito, evidenciada pela maior reprovabilidade da conduta da paciente, diante da expressiva quantidade de droga apreendida, nos termos da jurisprudência pacificada desta Corte Superior.
- Inalterado o *quantum* da pena, impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por expressa vedação legal, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.
- As pretensões formuladas pelo impetrante encontram óbice na jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, e na legislação penal, sendo manifestamente improcedentes.
- Agravo regimental não provido.

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de março de 2019(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 488.403 - SP (2019/0003880-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : RAFAELA LABEGALINI (PRESO)
ADVOGADO : SANTIAGO PASQUETTE PERES - SP408136
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

RAFAELA LABEGALINI agrava regimentalmente contra decisão de minha relatoria, na qual não conheci do *writ* porque substitutivo de recurso especial. Não obstante isso, ao analisar os autos, constatei que as pretensões formuladas pelo impetrante encontravam óbice na jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, e na legislação penal, sendo manifestamente improcedentes.

Afirma a agravante, contudo, que *nos autos só há a informação de que o local (que, aliás, era casa do sentenciado) fica próximo de praças, igrejas e espaços recreativos, o que é de todo insuficiente para satisfazer as exigências constitucionais da tipicidade do ilícito* (e-STJ fl. 175), para a incidência da majorante prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006.

Assevera, ainda, que faz jus à minorante pelo tráfico privilegiado, haja vista que *o simples fato de [...] vender drogas não conduz à necessária conclusão de que [...] se dedica às atividades criminosas* (e-STJ fl. 180). Ademais, *o redutor funciona como autêntico direito subjetivo do acusado se estiverem preenchidos os requisitos exigidos pela lei, como no caso* (e-STJ fl. 182). Por fim, argumenta que, uma vez aplicado o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, fará jus ao regime inicial aberto, ou ao menos o semiaberto, e à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pugna, por isso, pela reconsideração do *decisum* ou pela submissão do feito ao órgão Colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 488.403 - SP (2019/0003880-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O agravo regimental é tempestivo e infirmou os fundamentos da decisão combatida, razões pelas quais merece conhecimento. No entanto, não obstante os esforços do agravante, não constato elementos suficientes para reconsiderar minha decisão, cuja conclusão mantenho por seus próprios fundamentos.

Conforme relatado, buscava o impetrante, em síntese, o decote da causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, a aplicação da minorante pelo tráfico privilegiado, o abrandamento do regime prisional e a substituição da reprimenda da paciente.

I. Causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006

Nesse tópico, o impetrante buscava a exclusão da referida causa de aumento, ao argumento de que inexistia provas para a sua incidência.

Ao sentenciar a paciente, o Magistrado consignou quanto ao tema que (e-STJ fls. 49/53, destaquei):

[...]

A guarda municipal Márcia Aparecida de Moraes Almeida declarou que recebeu denúncia, via CECOM, de que no imóvel situado no local dos fatos havia chegado uma quantia considerável de entorpecente. Deslocaram-se até o local e foram atendidos por Rafaela, que disse ser moradora do local. Em conversa com Rafaela, inicialmente negou a denúncia e afirmou que o namorado dela também estava no local. Disseram a ela que tinham recebido denúncia de que no imóvel havia chegado entorpecente, mas acabou por confirmar posteriormente que as drogas que estavam ali pertenciam a seu namorado. Disse que ela indicou que os entorpecentes estavam no interior de uma lata, sobre o guarda-roupa do quarto. O acusado Alexandre foi questionado e informou que havia recebido a droga para guardar e ganharia R\$ 300,00 por semana. Esclareceu que no interior da lata havia vários pacotinhos contendo pinos de cocaína, que totalizaram 417 pinos. Ainda, sobre uma cômoda existente no quarto, encontraram um caderno com anotações, saquinhos tipo geladinho vazios



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(normalmente utilizados no embalo de drogas) e dinheiro, bem como, em uma gaveta desta cômoda, uma balança digital. Esclarece que ela sabia da existência das drogas e indicou o exato local em que estavam. Não se recorda se chegou a verificar se a balança estava em funcionamento, ou não.

[...]

Em terceira fase, incide também a causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/06, já que o laudo pericial de fls. 59/62 não deixa dúvida de que as praças públicas se situam dentro do raio de 300 metros do local onde ocorreu a prisão dos acusados.

Essa circunstância evidentemente facilita a propagação do tráfico de drogas, sendo certo que a lei não exige que a praça pública seja o local especialmente visado pelos infratores, bastando a proximidade física. A esse respeito:

A Corte estadual, por sua vez, ratificou o entendimento acima, nos seguintes termos (e-STJ fls. 114/119, grifei):

[...]

Consta, por fim, que o crime foi cometido nas imediações de locais onde se desenvolvem atividades recreativas (praças públicas, playground, campos de futebol e quadra), conforme demonstra o laudo pericial encartado aos autos às fls. 55 a 56.

A materialidade delitiva está consubstanciada no auto de prisão em flagrante (fls. 02); boletim de ocorrência (fls. 08/11); auto de exibição e apreensão (fls. 12/13); laudo de constatação (fls. 14); laudo pericial do local dos fatos (fls. 58/61); e laudo de exame químico-toxicológico (fls. 241/242), tudo de acordo com a prova oral.

[...]

No mais, bem reconhecida foi a causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei nº 11.343/2006, incidindo a exacerbação de 1/6.

Com efeito, a prova pericial indica que o local dos fatos fica próximo a diversas praças, igrejas e espaços recreativos (fls. 58/61).

Destarte, tem-se que a mera proximidade do ponto de venda de drogas com estabelecimentos como os da espécie é suficiente para a caracterização da causa de aumento em referência, sendo dispensável a prova da direta comercialização de entorpecentes com os freqüentadores desse local.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pela leitura dos recortes acima, verifiquei que o entendimento firmado pelas instâncias de origem estava em harmonia com a jurisprudência pacificada desta Corte Superior, que entende que, para a incidência da referida causa de aumento, é desnecessária a efetiva comprovação de que o tráfico se dava naquelas entidades ou que a mercancia se destinava a seus frequentadores, bastando apenas que o crime seja cometido em suas imediações, conforme comprovado pelo laudo pericial.

Nesse sentido:

[...] CRIME COMETIDO NAS PROXIMIDADES DE ESCOLAS E IGREJAS. CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO INCISO III DO ARTIGO 40 DA LEI 11.343/2006. MAJORANTE DE NATUREZA OBJETIVA. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE QUE O TRÁFICO ERA PRATICADO NAS REFERIDAS INSTITUIÇÕES OU QUE OS ENTORPECENTES SE DESTINAVAM AOS SEUS FREQUENTADORES

1. A jurisprudência deste Sodalício firmou-se no sentido de que a causa de aumento prevista no inciso III do artigo 40 da Lei 11.343/2006 possui natureza objetiva, não sendo necessária a efetiva comprovação do tráfico nas entidades nela mencionadas, ou mesmo que o comércio proscrito destina-se a atingir os seus frequentadores, bastando que o crime tenha sido cometido em locais próximos a tais estabelecimentos, o que afasta a coação ilegal suscitada na impetração.

2. Na hipótese em apreço, a autoridade impetrada manteve a incidência da referida causa com base em laudo que atestou que o local dos fatos era próximo a 3 (três) igrejas e a 2 (duas) escolas, afastando-se, assim, a coação ilegal suscitada na impetração.

[...]

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena cominada ao paciente para 7 (sete) anos e (quatro) meses de reclusão, e pagamento de 733 (setecentos e trinta e três) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão impugnado. (HC n. 443.828/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 12/6/2018, DJe 20/6/2018, grifei)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, III DA LEI N. 11.343/2006. EFETIVO COMÉRCIO AOS FREQUENTADORES DAS LOCALIDADES ESPECIALMENTE PROTEGIDAS. DESNECESSIDADE. AFASTAMENTO DA MAJORANTE. IMPOSSIBILIDADE. EXAME



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

[...]

2. O Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento consolidado no sentido de que, para a incidência da majorante prevista no artigo 40, III, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente que o crime tenha ocorrido nas imediações dos locais especialmente protegidos, sendo, pois, desnecessária comprovação da efetiva mercancia aos frequentadores dessas localidades.

3. Concluído pelas instâncias ordinárias, com fundamento nas provas colhidas nos autos, que a prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes ocorreu nas proximidades dos locais previstos no inciso III do art. 40 da Lei de Drogas, a pretensão de afastá-la demanda o reexame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável na via estreita do habeas corpus.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC n. 450.926/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 7/8/2018, DJe 15/8/2018, grifei)

II. Não incidência da causa de redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006

Quanto ao tema, ressaltei que,, nos termos do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas teriam a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando fossem **reconhecidamente primários, possuísem bons antecedentes e não se dedicassem a atividades criminosas ou integrassem organizações criminosas.**

Sob essas diretrizes, ao afastar a incidência da minorante, o Magistrado e o relator do voto condutor do acórdão asseveraram respectivamente que (e-STJ fls. 52/54 e 121/122, destaquei):

[...]

Ora, a posse de significativa quantidade de embalagens plásticas vazias, balança digital e caderno com anotações típicas de tráfico de drogas revela que a atividade ilícita não era novidade na vida dos acusados, indicando dedicação a atividades criminosas.

[...]

Por estes fundamentos, deixo de aplicar o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Finalmente, bem andou o douto magistrado ao afastar o redutor a que alude o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

O dispositivo legal em apreço exige que o agente, além de primário, de bons antecedentes, não se dedique à atividade criminosa ou não integre organização com esse fim, ou seja, é benefício destinado apenas e tão somente ao traficante de menor quilate, neófito, que se engaja pela primeira vez no tráfico ilícito, o "traficante de primeira viagem", nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (Leis Penais Especiais, RT, 2ª edição, 2007, p. 330), o que, à evidência, não é o caso dos autos.

[...]

Ora, extrai-se ser pouco provável que a dois desconhecidos e iniciantes na prática desse ilícito fosse entregue tamanha quantidade de drogas, cujo relevante valor financeiro não se ignora. Além disso, com os acusados houve a apreensão de balança de precisão, anotações referentes ao tráfico e embalagens plásticas para condicionar drogas, indicando a continuidade do tráfico, não iniciado naquele dia.

Enfim, todas estas circunstâncias denotam que os acusados não são neófitos na prática delitiva, mas que se encontram inseridos na espúria engrenagem do tráfico, donde se conclui pelo descabimento da minorante em debate.

Pela leitura dos recortes acima, constatei que as instâncias de origem, com base nas provas dos autos, consubstanciada não apenas na elevada quantidade e reconhecida letalidade do entorpecente apreendido – 424 pinos de cocaína pesando 428,6 gramas (e-STJ fl. 100), mas também diante da apreensão de uma balança de precisão, de um caderno com anotações sobre o tráfico e de vários saquinhos tipo geladinho vazios (normalmente utilizados no embalo de drogas, além de dinheiro (e-STJ fl. 50) –, entenderam que a paciente não se tratava de traficante eventual e que efetivamente *se dedicava à atividade criminosa* (e-STJ fl. 54), de forma que não foram atendidas as diretrizes exigidas para o reconhecimento do privilégio.

E asseverei que desconstituir tais assertivas, como pretendido, demandaria o revolvimento da moldura fática e probatória delineada nos autos, inviável na via estreita do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, C/C O ART. 40, VI, AMBOS DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 6 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL SEMIABERTO. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS, ANTE A PRESENÇA DE MAUS ANTECEDENTES. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA QUE NÃO COMPORTA OS BENEFÍCIOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

– Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

[...]

– Dessa forma, apesar de a quantidade da droga apreendida não ter sido muito elevada, tendo havido fundamentação concreta, pelo Tribunal local, para não aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, pois não preenchidos os requisitos legais, concluo que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do habeas corpus, de cognição sumária. Precedentes.

[...]

– Habeas corpus não conhecido. (HC n. 406.667/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, Julgado em 3/10/2017, DJe 11/10/2017, grifei)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ILEGALIDADE NA PRISÃO PROCESSUAL. FUNDAMENTO PREJUDICADO PELO ULTERIOR TRÂNSITO EM JULGADO DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR A MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06, EM RAZÃO DA CONCLUSÃO SOBERANA DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DE QUE O PACIENTE PRATICAVA AO MENOS EVENTUALMENTE A TRAFICÂNCIA. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. Transitada em julgado a condenação, resta prejudicada a alegação de constrangimento na prisão processual, por não mais se tratar de segregação provisória, mas definitiva.

2. São condições para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Tais requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente; à míngua de qualquer uma dessas condições não é legítimo reclamar a aplicação da minorante.

3. As instâncias ordinárias, soberanas na análise da matéria fática dos autos, reconheceram que o Paciente dedicava-se ao menos eventualmente à atividade criminosa de traficar drogas. Não há como tal conclusão ser reavaliada na via processual eleita, por se tratar de remédio constitucional de rito célere e cognição sumária.

4. Na hipótese, é de prevalecer o entendimento do Tribunal a quo mormente por se tratar de condenado que foi flagrado ao portar, na Cidade de Deus/RJ - localidade cujo comércio ilegal de drogas é monopolizado pela facção criminosa Comando Vermelho -, 31 sacos de plástico contendo cocaína, fechados por grampo metálico e identificados com os dizeres "CDD 13 PÓ DE 10 CVRL".

5. Ordem de habeas corpus parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada. (HC n. 270.931/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, Julgado em 15/10/2013, DJe 25/10/2013, grifei)

III. Regime de cumprimento de pena e substituição

Preliminarmente, ressaltei que, na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deveria expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenação por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na espécie, o regime inicial fechado estava justificado na gravidade concreta do delito, evidenciada pela maior reprovabilidade da conduta da paciente, diante da expressiva quantidade de droga apreendida – 424 pinos de cocaína pesando 428,6 gramas (e-STJ fl. 100) –, o que estava em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior. A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. APREENSÃO DE DROGA DE ALTA NOCIVIDADE. PACIENTE QUE OSTENTA OUTROS PROCESSOS PELA PRÁTICA DE IDÊNTICO DELITO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, "B", E § 3º, DO CÓDIGO PENAL C/C O ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

5. Sedimentou-se, nesta Corte Superior, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º do Código Penal em conjunto com o art. 42, da Lei n. 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

No caso dos autos, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, reconhecida primariedade técnica do paciente e o quantum de pena (5 anos) permita, em tese, a fixação de regime mais brando, a quantidade e natureza das drogas apreendidas - 9 porções de maconha, 15 porções de cocaína e 28 pedras de crack -, justificam o regime prisional mais gravoso, no caso o fechado, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Habeas corpus não conhecido. (HC n. 403.508/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 22/8/2017, DJe 4/9/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II - A circunstância judicial referente à quantidade e variedade da droga poderá incidir na primeira ou terceira fase da dosimetria da pena, para exasperar a pena-base, afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, ou ainda para modular o nível de redução da pena, sempre de maneira não cumulativa. Precedentes.

III - O 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. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, § 2º e 3º, do Código Penal.

IV - Todavia, na espécie, a quantidade do entorpecente serviu de fundamento para afastar a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, bem como foi apresentada fundamentação concreta relativa à especial gravidade do delito praticado, o que impede a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da quantidade da pena imposta. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido. (HC n. 386.827/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 16/5/2017, DJe 23/5/2017)

Desse modo, mantido inalterado o *quantum* da pena, consignei que era impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por expressa vedação legal, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

Assim, as pretensões formuladas pela impetrante encontravam óbice na jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, e na legislação penal, sendo manifestamente improcedentes.

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

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0003880-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 488.403 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00012060620188260362 12060620188260362 1542018 1652018 312018 5112018

EM MESA

JULGADO: 19/03/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : SANTIAGO PASQUETTE PERES
ADVOGADO : SANTIAGO PASQUETTE PERES - SP0408136
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAELA LABEGALINI (PRESO)
CORRÉU : ALEXANDRE BERALDO VIEIRA

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 : RAFAELA LABEGALINI (PRESO)
ADVOGADO : SANTIAGO PASQUETTE PERES - SP408136
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.