



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 492.114 - SP (2019/0034775-9)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ÉRICA LEONI EBELING - SP323262
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELINTON DOS SANTOS CABRAL (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA RECONHECIDA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. REVISÃO DO ENTENDIMENTO. NECESSIDADE DE AMPLO REVOLVIMENTO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA CONCRETAMENTE FUNDAMENTADO. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Na espécie, a fixação da pena-base acima do mínimo legal está suficientemente fundamentada, tendo as vetoriais da quantidade e natureza das drogas, previstas no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, sido sopesadas negativamente em razão da apreensão de 203 (duzentos e três) porções de cocaína, 50 (cinquenta) porções de maconha e 720 (setecentas e vinte) cápsulas plásticas vazias comumente utilizadas para o acondicionamento de drogas.

2. Para se desconstituir o entendimento firmado pela instância ordinária de que o Paciente se dedicava às atividades ilícitas, seria necessário proceder ao revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se mostra cabível na via estreita do *habeas corpus*.

3. A *"valoração negativa da quantidade e natureza dos entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por penas restritivas de direitos"* (HC 451.496/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em DJe 16/11/2018).

4. A execução provisória da pena não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, de modo que, confirmada a condenação por colegiado em segundo grau, e ainda que pendentes de julgamento recursos de natureza extraordinária (recurso especial e extraordinário), a pena poderá, desde já, ser executada.

5. Ordem de *habeas corpus* denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.
Brasília (DF), 18 de junho de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 492.114 - SP (2019/0034775-9)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ÉRICA LEONI EBELING - SP323262
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELINTON DOS SANTOS CABRAL (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de em *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de WELINTON DOS SANTOS CABRAL contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos da Apelação n.º 1500973-29.2017.8.26.0536.

Consta dos autos que o Paciente foi preso em flagrante, em 30/03/2017, pois guardava e mantinha em depósito **203 (duzentos e três) porções de cocaína, 50 (cinquenta) porções de maconha e 720 (setecentas e vinte) cápsulas plásticas vazias comumente utilizadas para o acondicionamento de drogas** (fls. 13 e 14).

O Juízo sentenciante absolveu o Paciente, em 21/07/2017, ao fundamento de que os guardas municipais que efetuaram a prisão seriam incompetentes para tanto (fls. 16-20). Contra essa decisão, o Ministério Público Estadual interpôs recurso de apelação.

O Tribunal de origem, dando provimento ao apelo ministerial, condenou o Paciente, em 26/07/2018, à pena privativa de liberdade de 5 (cinco) anos, 10 (dez) meses e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, em regime inicial fechado, pela prática do ilícito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006 (fls. 21-27).

Neste *writ*, a Defesa sustenta que o Paciente faz jus à aplicação da pena-base no mínimo legal, à incidência da causa de diminuição da pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, bem como à fixação do regime aberto para cumprimento inicial da pena (fls. 03-11).

Alega, ainda, que a fundamentação do Tribunal não possui amparo legal, pois a quantidade significativa de drogas não constitui motivação idônea para o aumento de 1/6 (um sexto) da pena-base e nem para negativa da minorante prevista no art. 33, § 4º, da lei 11.343/06 (fls. 06 e 07).

Aduz o Impetrante que o Paciente é primário, inexistindo indícios de que este se dedique a atividades espúrias. Logo, faz jus à causa especial de redução da pena (fls. 07 e 08).

Requer, em medida liminar e no mérito, que seja facultado ao Paciente o direito de aguardar o julgamento dos recursos especial e extraordinário em liberdade; a aplicação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006; e a fixação do regime aberto ou, subsidiariamente, o semiaberto para o início do cumprimento da pena (fl. 11).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 32-34).

As informações foram prestadas (fls. 39-65).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem de *habeas corpus* (fl. 67-69).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 492.114 - SP (2019/0034775-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA RECONHECIDA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. REVISÃO DO ENTENDIMENTO. NECESSIDADE DE AMPLO REVOLVIMENTO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA CONCRETAMENTE FUNDAMENTADO. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Na espécie, a fixação da pena-base acima do mínimo legal está suficientemente fundamentada, tendo as vetoriais da quantidade e natureza das drogas, previstas no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, sido sopesadas negativamente em razão da apreensão de 203 (duzentos e três) porções de cocaína, 50 (cinquenta) porções de maconha e 720 (setecentas e vinte) cápsulas plásticas vazias comumente utilizadas para o acondicionamento de drogas.

2. Para se desconstituir o entendimento firmado pela instância ordinária de que o Paciente se dedicava às atividades ilícitas, seria necessário proceder ao revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se mostra cabível na via estreita do *habeas corpus*.

3. A *"valoração negativa da quantidade e natureza dos entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por penas restritivas de direitos"* (HC 451.496/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em DJe 16/11/2018).

4. A execução provisória da pena não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, de modo que, confirmada a condenação por colegiado em segundo grau, e ainda que pendentes de julgamento recursos de natureza extraordinária (recurso especial e extraordinário), a pena poderá, desde já, ser executada.

5. Ordem de *habeas corpus* denegada.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

As pretensões do Impetrante não merecem acolhimento.

Na hipótese vertente, o Tribunal de origem, ao dar provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público, condenou o Paciente com base nos seguintes fundamentos:

“O recurso comporta provimento.

A materialidade delitiva ficou provada pelo laudo pericial de fls. 74/75, que apontou o caráter entorpecente das substâncias apreendidas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

bem como pela prova oral colhida.

A autoria também é certa. O apelado foi detido sozinho, junto a um esconderijo onde encontrada significativa quantidade de substâncias entorpecentes. Tentou evadir-se quando da aproximação dos guardas. Instado a justificar sua presença no local, apresentou versões contraditórias.

[...]

Os depoimentos ofertados pelos Guardas Civis Alexandra e Nascimento, tanto em fase administrativa quando sob o crivo do contraditório, se mostraram harmônicos, coerentes e uníssonos. Ambos informaram que realizavam patrulhamento de rotina quando foram informados por um passante que preferiu não ser identificado, que um indivíduo pardo e magro estava indo de bicicleta a uma esquina do bairro buscar entorpecente para posterior venda. Dirigiram-se ao local e avistaram o apelado, que coincidia com a descrição fornecida. O apelado se preparava para pular um muro para ingressar em um terreno, mas empreendeu fuga quando avistou os guardas civis e foi abordado. Em seu poder, nada ilícito foi encontrado.

Perguntado sobre o que fazia ali, disse estar indo comprar cigarros para sua esposa. Desconfiados, sabedores da informação adrede transmitida, o guarda Nascimento efetuou buscas em muro lindeiro, no terreno onde o apelado pretendia entrar, e encontrou dois sacos plásticos, no interior dos quais havia 50 porções de maconha, 203 porções de cocaína acondicionadas em eppendorfs e 720 eppendorfs vazios. O autuado seguiu negando qualquer envolvimento com as substâncias entorpecentes apreendidas. A irmã do apelado esteve no local e disse que já sabia do envolvimento dele no tráfico de droga (fls. 03 e 04, e mídia digital).

[...]

Quanto à fixação da pena, verifico que, embora primário, já respondeu por outros crimes graves, sendo inclusive preso, a denotar personalidade voltada ao crime. Ademais, a quantidade e a diversidade das substâncias entorpecentes apreendidas impõem a fixação da pena um pouco acima do mínimo legal. Por isso, exaspero a pena em 1/6 (um-sexto), chegando a 05 (cinco) anos, 10 (dez) meses e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

À mingua de outras circunstâncias agravantes ou atenuantes e de causas de aumento ou de diminuição de pena, torno-a definitiva." (fls. 22-27; sem grifos no original).

Na espécie, conforme se observa da transcrição realizada, a fixação da pena-base acima do mínimo legal está suficientemente fundamentada, tendo as vetoriais da quantidade e natureza das drogas, previstas no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, sido sopesadas negativamente em razão da apreensão de **50 (cinquenta) porções de maconha, 203 (duzentos e três) porções de cocaína acondicionadas em eppendorfs e 720 (setecentos e vinte) de eppendorfs vazios.** Cumpre observar que não há nos autos a indicação do peso das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

drogas apreendidas, no entanto, infere-se, pela grande quantidade de porções, que seja também significativo.

Com efeito, a *"quantidade e a natureza da droga apreendida constituem fundamentos aptos a ensejar a exasperação da pena-base, por demonstrar maior reprovabilidade da conduta"* (AgRg no AREsp n.º 674.735/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016).

Nesse sentido, cito, igualmente, o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. NATUREZA. PRIMEIRA FASE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. QUANTIDADE. TERCEIRA FASE. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITO OBJETIVO. ORDEM DENEGADA.

1. *É possível a utilização da natureza da droga para sopesar a pena-base na primeira fase da dosimetria e, posteriormente, a consideração da quantidade de entorpecentes para justificar a impossibilidade de aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.*

2. *A natureza das drogas apreendidas - especialmente a cocaína - demonstra a maior reprovabilidade do delito, em razão do elevado potencial nocivo do entorpecente comercializado, o que autoriza a majoração da pena-base na primeira fase da dosimetria.*

4. *Para se concluir pela ausência de envolvimento habitual do Paciente com a atividade criminosa seria necessário amplo reexame probatório, o que não é possível na via estreita do habeas corpus.*

5. *Fixada a pena-base acima do mínimo legal, como ocorreu na hipótese, é possível a fixação de regime inicial mais gravoso do que o devido em razão do quantum da pena imposta, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.*

6. *Mantida a pena no patamar de 05 (cinco) anos de reclusão, é inviável a substituição da sanção privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, tendo em vista o não preenchimento do requisito objetivo exigido pelo art. 44, inciso I, do Código Penal.*

7. *Ordem denegada.*" (HC 465.394/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 30/04/2019.)

O Tribunal não reconheceu a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, por considerar que o Paciente se dedicava a atividades criminosas, conforme se observa:

"Impossível, no presente caso, cogitar-se do reconhecimento da redução de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, posto que o réu guardava e tinha em depósito considerável quantidade de drogas, de espécies diferentes, e já respondeu por crimes graves, o que evidencia que se dedica a atividades criminosas e faz do crime o seu meio de vida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, tal dispositivo ofende o princípio da proporcionalidade das penas, uma vez que a reprimenda deve ser proporcional à reprovabilidade da conduta e não é aceitável que a pena do crime de tráfico de entorpecentes seja reduzida de até dois-terços, muito aquém do mínimo legal estabelecido, já que isso importaria na imposição de pena absolutamente desproporcional à gravidade do delito." (fls. 26 e 27; sem grifos no original.)

Portanto, para se desconstituir a conclusão das instâncias ordinárias acerca da dedicação do Paciente à atividade criminosa, e, por conseguinte, acolher a pretensão do Acusado de reconhecimento da causa de redução de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, seria necessário proceder ao amplo revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, o que não se mostra cabível na estreita via do *habeas corpus*. A propósito:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE.

[...]

2 - A jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de que a quantidade de droga apreendida configura motivação suficiente para afastar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que evidencia a dedicação à atividade criminosa (HC n. 356.145/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 1º/12/2016).

[...]

4 - Não pode esta Corte Superior desconstituir os fundamentos adotados pelo Tribunal de origem sem ampla incursão no acervo fático-probatório dos autos, tarefa para a qual não se presta o habeas corpus.

5 - *Agravo regimental a que se nega provimento.*" (AgInt no HC 465.758/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 01/02/2019; sem grifos no original.)

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, verifico que o pleito de também não deve prosperar, pois, de acordo com o entendimento jurisprudencial desta Corte, *"a valoração negativa da quantidade e natureza dos entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por penas restritivas de direitos"* (HC 451.496/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em DJe 16/11/2018). Exemplificativamente:

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DROGAS. DOSIMETRIA. VALORAÇÃO NEGATIVA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL APENAS PELO TRIBUNAL, COM REDUÇÃO DE PENA DO ACUSADO. REFORMATIO IN PEJUS NÃO CONFIGURADO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. INCABÍVEL. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIÁVEL NA ESTREITA VIA DO WRIT. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO CONCRETAMENTE FUNDAMENTADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INAPLICÁVEL. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

[...]

4. A gravidade concreta da conduta, evidenciada pelas circunstâncias do crime, reclama a fixação de um regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso. No caso, o fechado.

5. Inviável a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da quantidade de pena aplicada, nos termos do art. 44, inciso I, do Código Penal.

6. Ordem de habeas corpus denegada." (HC 448.400/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 04/04/2019.)

Por fim, a execução provisória da pena não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, de modo que, confirmada a condenação por colegiado em segundo grau, e ainda que pendentes de julgamento recursos de natureza extraordinária (recurso especial e extraordinário), a pena poderá, desde já, ser executada. Nesse sentido:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Após o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/2/2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal". Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ. 2. O Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI) e, em 11/11/2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP.

3. Esgotadas as instâncias ordinárias, não há falar em necessidade de preenchimento dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, porque se trata de execução provisória da pena e não de prisão preventiva.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. *Habeas corpus denegado.*" (HC 480.988/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 19/02/2019).

Ante o exposto, DENEGO a ordem de *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2019/0034775-9

HC 492.114 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15009732920178260536 20180000561189

EM MESA

JULGADO: 18/06/2019

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. DOMINGOS SAVIO DRESCH DA SILVEIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ÉRICA LEONI EBELING - SP323262
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELINTON DOS SANTOS CABRAL (PRESO)

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.