



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 350.835 - SP (2016/0060262-0)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JÚLIA APARECIDA ROMÃO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SERGIO TOPOLNIAK JUNIOR (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. PRESENÇA DE INDICATIVOS NOS AUTOS DE DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REVISÃO. VIA IMPRÓPRIA. IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO PELA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PENA MAIOR QUE 4 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 44, I, CP. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a quantidade e a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando demonstrarem a dedicação à atividade criminosa. Precedentes.
3. Evidenciado que o benefício foi afastado em virtude das circunstâncias do caso – em especial, a quantidade e a qualidade das drogas –, as quais evidenciariam o não preenchimento dos requisitos legais, por se tratar de réu que se dedica à traficância, inexistindo constrangimento ilegal a ser sanado, sendo que a pretendida revisão do julgado implicaria o reexame do material cognitivo produzido nos autos, insuscetível de ser realizada na estreita via do *habeas corpus*. Precedentes.
4. Tratando-se de réu primário, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, o estabelecimento do regime mais gravoso, sem qualquer fundamento concreto, contraria o disposto nas Súmulas 440/STJ, 718 e 719/STF.
5. Incabível a substituição da pena corporal por restritiva de direitos se o *quantum* da pena aplicada ultrapassa a 4 anos. Art. 44, I, do Código Penal.
6. *Habeas corpus* não conhecido, mas ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto de cumprimento de pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Brasília (DF), 09 de agosto de 2016 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 350.835 - SP (2016/0060262-0)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JÚLIA APARECIDA ROMÃO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SERGIO TOPOLNIAK JUNIOR (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de SERGIO TOPOLNIAK JUNIOR, em face de acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, a 5 anos de reclusão, em regime fechado, e 500 dias-multa.

Interposta apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso, em acórdão assim ementado (fl. 28):

Apelação criminal - Tráfico de entorpecentes - Pretendida a absolvição por insuficiência de provas - Impossibilidade. Inviável a absolvição se as circunstâncias que envolvem os fatos, a variedade, quantidade, natureza das drogas, e a forma como estavam embaladas, dentre outras, evidenciam a prática do tráfico de entorpecentes - Não se pode negar valor aos depoimentos de policiais quando os mesmos são essencialmente harmônicos e não se vislumbra nenhuma razão para incriminarem injustamente o réu - Recurso não provido.

Alega, inicialmente, que, no que concerne à causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas, nada obstava a sua aplicação no patamar máximo, porquanto o paciente atende a todos os requisitos previstos no referido dispositivo legal (fl. 2).

Afirma que o paciente é primário e não há provas de que participasse de organização criminosa ou se dedicasse à prática de atividades ilícitas e, estando presentes os demais requisitos legais, não resta alternativa senão a aplicação do percentual máximo de diminuição da pena por ser direito subjetivo do paciente (fl. 2).

Sustenta, ainda, que, com a aplicação da causa de diminuição, o paciente tem direito à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, uma vez que a pena aplicada será inferior ao patamar de 04 (quatro) anos previsto no artigo 44 do Código Penal (fl. 5).

Acrescenta que se encontram presentes os demais requisitos do artigo 44, do Código Penal, porquanto: (1) o crime praticado não se deu com forma violenta ou grave



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ameaça à pessoa; (2) o paciente não é reincidente em crime doloso e (3) os motivos e circunstâncias que se deram no delito permitem essa substituição (fl. 5).

Pugna também pela fixação do regime menos gravoso, argumentando que o regime fechado foi fixado em base em fundamento inidôneo.

Requer, *em sede liminar, a imediata transferência do paciente para o regime aberto, ou, ao menos, semiaberto (fl. 12).*

No mérito, pede a concessão da *ordem de Habeas Corpus, a fim de reconhecer a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em seu patamar máximo; de fixar o regime inicial aberto, ou, ao menos, semiaberto para cumprimento da pena, observando-se a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fl. 12).*

A liminar foi indeferida às fls. 43/44.

As informações foram prestadas às fls. 56/69, 78 e 89/95.

O Ministério Público Federal se manifestou pelo não conhecimento da ordem ou, no mérito, pela sua denegação (fls. 79/85).

E o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 350.835 - SP (2016/0060262-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, PRIMEIRA TURMA DJe de 06/09/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Como é consabido, via de regra, não se presta o remédio heróico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica. Nesse sentido: HC n. 252.449/DF – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 9/6/2014; HC n. 152.775/PR – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Jorge Mussi – DJe 1/9/2011.

Como visto, foi o paciente condenado pela prática de tráfico de drogas às penas de 5 anos de reclusão, em regime fechado, e 500 dias-multa, tendo sido negada a aplicação da minorante inserta no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, nos termos seguintes:

Já na terceira fase, deixou-se corretamente de aplicar a causa especial de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, uma vez que a variedade e a quantidade de entorpecentes apreendidos evidenciam que o réu se dedica à atividade criminosa de maneira habitual, pois não se pode imaginar que traficante iniciante e eventual tivesse em seu poder tamanha quantidade de drogas, o que afasta definitivamente a possibilidade de reconhecimento de tal benefício (acórdão, fls. 33).

De início, cumpre esclarecer que é pacífico o entendimento nesta Corte Superior de que a quantidade e/ou a natureza da droga **podem** justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciarem a dedicação à atividade criminosa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Este Superior Tribunal firmou a orientação de que a apreensão de grande quantidade de drogas, **a depender das peculiaridades do caso concreto**, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas e, conseqüentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas.

2. Não obstante a acusada seja tecnicamente primária e possuidora de bons antecedentes, as circunstâncias do caso concreto - notadamente, a natureza, a diversidade e a elevada quantidade de drogas apreendidas (2.146,0 g de cocaína e de 1.590,0 g de crack) - levam a crer que a recorrida se dedicava a atividades delituosas, especialmente ao narcotráfico, porquanto evidente que não se trata de traficante ocasional.

3. A conclusão pelo afastamento da causa especial de diminuição não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento que, de fato, é obstado pela Súmula n. 7 deste Superior Tribunal. O caso em análise, diversamente, demanda apenas a reavaliação de fatos incontroversos que já estão delineados nos autos e das provas que já foram devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória, bem como a discussão, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada ao artigo de lei apontado como violado.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1442055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015 - grifos).

É exatamente o que ocorre na espécie, em que o Tribunal de origem negou a aplicação do benefício em virtude das circunstâncias do caso – em especial, a quantidade e a variedade das drogas (47 porções de cocaína e 17 porções de maconha) –, as quais evidenciariam o não preenchimento dos requisitos legais, concluindo que o réu *se dedica à atividade criminosa de maneira habitual, pois não se pode imaginar que traficante iniciante e eventual tivesse em seu poder tamanha quantidade de drogas* (fl. 33), sendo que a pretendida revisão do julgado implicaria o reexame do material cognitivo produzido nos autos, insuscetível de ser realizada na estreita via do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPETRAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. O enfrentamento de teses jurídicas na via restrita pressupõe que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.

3. O parágrafo 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

4. **Fixado na sentença condenatória e no acórdão da apelação, com base nos fatos, que o paciente se dedica a atividades criminosas (...situação em que nada se identifica com a pessoa do Réu, o qual, em caráter de habitualidade, por dispor de expressiva quantidade de drogas, em antro da traficância, expõe evidências no sentido de integrar organização criminosa espúria, dedicando-se, profissionalmente, ao tráfico de drogas, circunstância que evidencia seu enraizamento irresgatável ao submundo do crime...) é inviável o reconhecimento da minorante, pois não atende aos requisitos previstos na lei, conclusão que não pode ser alterada na via eleita, por demandar revolvimento fático-probatório.**

5. Regime de cumprimento e substituição de pena, matérias que não foram decididas pelo Tribunal de origem, o que denota a incompetência deste Sodalício para analisar tais matérias, sob pena de indevida supressão de instância.

6. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso concreto, essa benesse não se mostra razoável, até porque, mantido o quantum da pena, maior de 4 anos, o pleito é descabido.

7. É que apreendida grande quantidade de droga que atrai a incidência dos ditames norteadores do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

8. Condenado à pena de 5 anos de reclusão por tráfico de 13g de cloridrato de cocaína, acondicionados em 62 pequenos invólucros, correta a fixação do regime mais gravoso, o fechado.

9. Habeas corpus não conhecido (HC 192.828/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

25/06/2013, DJe 01/08/2013).

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TESE DE FALTA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. INAPLICABILIDADE NO CASO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. INVERSÃO DO JULGADO. VIA INADEQUADA.

1. O exame da tese de falta de provas para sustentar a condenação demanda, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, o que, como é sabido, não se coaduna com a via estreita do writ, sobretudo se a instância ordinária, soberana na análise fático-probatória, restou convicta sobre a existência do crime e sua respectiva autoria.

2. **Não preenchidos os requisitos legais, conforme atestou o acórdão impugnado, o qual, de acordo com a prova produzida nos autos, afirmou tratar-se de réu que se dedicava às atividades criminosas, havendo indícios, inclusive, de que integrava organização criminosa, não faz jus o Paciente à aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06.**

3. **Ademais, a via eleita é imprópria para o afastamento do entendimento adotado pela instância ordinária, em face da incabível dilação probatória que se faria necessária para reconhecer a presença dos requisitos subjetivos exigidos.**

4. *Ordem denegada* (HC 158.918/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 28/02/2012).

No que concerne à imposição do regime inicial fechado, trago à colação os seguintes excertos extraídos do acórdão impugnado (fl. 33):

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, não apenas em razão da quantidade de pena aplicada e da natureza do crime, que gera graves prejuízos à sociedade, merecendo, por isso mesmo, tratamento mais severo a partir da Carta Constitucional, a exemplo dos crimes hediondos (art. 5º, XLIII), aos quais o legislador entendeu por bem equiparar o tráfico de drogas (art. 2º, Lei 8.072/90), mas, notadamente, por não se tratar o réu de ínfimo traficante. Pelas mesmas razões, não há que se cogitar da fixação de outro regime, que não o fechado, estabelecido na sentença.

Na espécie, como visto, o regime fechado foi fixado com base na gravidade abstrata do crime de tráfico. Entretanto, nos termos do art. 33, § 3º, do CP, a *determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código*, ou seja, exige-se fundamentação concreta para a fixação de regime inicial mais gravoso do que a pena aplicada permite, conforme consolidado Súmulas 440/STJ e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

718 e 719/STF, *ad litteram*:

Súmula 440/STJ: 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.

Súmula 718/STF: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Súmula 719/STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Sendo assim, verifica-se, no presente caso o alegado constrangimento ilegal, devendo ser fixado, para o paciente, o regime semiaberto de cumprimento de pena.

Por fim, anote-se que, mantidos os termos do acórdão impugnado no tocante à não aplicação da minorante, inviável a análise do pleito de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, visto que o *quantum* de pena fixado, superior a 4 anos de reclusão, não comporta a concessão do benefício, a teor do art. 44, I, do Código Penal.

Ante o exposto, voto por não conhecer do *habeas corpus*, mas ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto de cumprimento de pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0060262-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 350.835 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00343974720148260050 01077892020148260050 1077892020148260050 20150000723620
343974720148260050 7122014

EM MESA

JULGADO: 09/08/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JÚLIA APARECIDA ROMÃO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SERGIO TOPOLNIAK JUNIOR (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, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.