



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 378.084 - SP (2016/0292963-4)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MEHMET YALCIN

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES ART. 33, **CAPUT**, DA LEI 11.343/2006. CONFISSÃO QUE DEVE SER RECONHECIDA, AINDA QUE PARCIAL (PRECEDENTES). QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. *BIS IN IDEM* CONFIGURADO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 possível a concessão da ordem de ofício.

II - Esta Corte firmou entendimento no sentido de que deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, integrar o acervo probatório e fundamentar a condenação. A teor do tema, a Súmula 545 do STJ dispõe que *"quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal"*.

III - A utilização cumulativa da quantidade e natureza da droga apreendida, na primeira fase da dosimetria da pena, para majorar a pena-base, e na terceira fase, para afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06, configura **bis in idem**, de acordo com o posicionamento firmado, em repercussão geral, pelo Pretório Excelso, no ARE n. 6666.334/AM (Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 6/5/2014).

Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida, de ofício**, para determinar ao eg. Tribunal de origem que proceda à nova dosimetria da pena do paciente, levando em consideração a atenuante de confissão e, no que tange à quantidade de droga, limitar-se a utilizar tal circunstância em somente uma das etapas do cálculo de pena.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, não conhecer do pedido, conceder "Habeas Corpus" de ofício e julgar prejudicado o exame acerca do regime inicial para o cumprimento da pena, ficando cassada a liminar de fls. 68-69, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 21 de março de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 378.084 - SP (2016/0292963-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em benefício de MEHMET YALCIN, apontando como autoridade coatora o eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/06, às penas de **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão**, em regime inicial **fechado**, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa (fls. 35-37).

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o eg. Tribunal de origem, a qual restou desprovida, consoante se vê da seguinte ementa:

"Tráfico ilícito de drogas - Artigo 33, caput, da Lei 11.343/06 - Absolvição por insuficiência de provas - Impossibilidade - Redução da pena-base - Incabível - Redução da pena pela confissão espontânea de Mehmet - Inadmissível - Afastamento da reincidência de Rodrigo - Inatendível - Redução da pena conforme previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06 - Inviável - Fixação de regime mais brando para o início do cumprimento da pena - Inaplicável - Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Descabimento - Concessão do benefício de aguardar o trânsito em julgado da sentença em liberdade - Inapropriado - Aplicação da detração penal - Inocorrência - Autoria e materialidade comprovadas - Robusto conjunto probatório - Penas e regime mantidos - Recursos improvidos" (fl. 40).

Daí o presente **writ**, no qual alega a impetrante, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal, uma vez que teria sido estabelecido o regime inicial mais gravoso, no caso, o fechado, apenas com base na gravidade em abstrato do delito; não foi reconhecida a atenuante da confissão espontânea e não foi aplicada a minorante do § 4º, artigo 33 da Lei de Drogas a que faria jus o paciente.

Requer, por fim, a concessão da ordem, para reduzir-se a pena em razão do reconhecimento da atenuante de confissão e da incidência da causa de diminuição de pena do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 33, § 4.º da Lei n.º 11.343/06.

O pedido liminar foi **concedido** às fls. 68-69, deferindo-se ao paciente o cumprimento da pena no regime **semiaberto**.

As informações foram prestadas às fls. 82-83.

A douta Procuradoria-Geral da República, às fls. 122-128, opinou pelo **não conhecimento** da ordem, ou por sua **denegação**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 378.084 - SP (2016/0292963-4)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES ART. 33, **CAPUT**, DA LEI 11.343/2006. CONFISSÃO QUE DEVE SER RECONHECIDA, AINDA QUE PARCIAL (PRECEDENTES). QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. *BIS IN IDEM* CONFIGURADO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 possível a concessão da ordem de ofício.

II - Esta Corte firmou entendimento no sentido de que deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, integrar o acervo probatório e fundamentar a condenação. A teor do tema, a Súmula 545 do STJ dispõe que *"quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal"*.

III - A utilização cumulativa da quantidade e natureza da droga apreendida, na primeira fase da dosimetria da pena, para majorar a pena-base, e na terceira fase, para afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06, configura **bis in idem**, de acordo com o posicionamento firmado, em repercussão geral, pelo Pretório Excelso, no ARE n. 6666.334/AM (Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 6/5/2014).

Habeas corpus não conhecido. **Ordem**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concedida, de ofício, para determinar ao eg. Tribunal de origem que proceda à nova dosimetria da pena do paciente, levando em consideração a atenuante de confissão e, no que tange à quantidade de droga, limitar-se a utilizar tal circunstância em somente uma das etapas do cálculo de pena.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: 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 possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, cumpre registrar 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 se se tratar de flagrante ilegalidade. Vale dizer, *"o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita"* (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

Verifico que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem de ofício, no que tange a dosimetria da pena.

Transcrevo, inicialmente, a fim de delimitar a **quaestio**, o seguinte excerto da r. sentença condenatória:

*"Reforça o quadro incriminador a **confissão parcial do acusado Mehmet, que admitiu a propriedade das drogas e a destinação de entrega a consumo de terceiros**, porém não merecendo credibilidade em relação à parte em que procura afastar a responsabilidade dos corréus.*

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Demonstrada a procedência parcial da imputação dirigida aos acusados, passa-se à dosimetria das penas a serem aplicadas.

O mínimo legal da pena cominada ao delito praticado pelos acusados, tráfico ilícito de drogas, corresponde a cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa.

*Considerando-se as circunstâncias estabelecidas nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do Código Penal, observa-se que em relação a todos os acusados a pena mínima **comporta majoração em percentual de 1/6 (um sexto) em razão da grande quantidade de droga apreendida**, obtendo-se pena base correspondente a cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias-multa.*

*Em relação aos acusados Firat Kaya, Mehmet Yalcin, Bahar Gulermansuroglu e Marcela Ascoli, torno essa pena definitiva, ante a inexistência de agravantes ou atenuantes, bem como de causas de aumento ou diminuição, anotando-se que **não se aplica a redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, em razão da grande quantidade de droga apreendida, e em relação ao denunciado Mehmet Yalcin não incide a atenuante da confissão espontânea, uma vez que a confissão foi apenas parcial.***

[...]

Em que pese a dosimetria das penas aplicadas, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade será o fechado, pois é o único compatível com a gravidade do delito de tráfico de drogas, equiparado a hediondo " (fls. 35-36).

Quanto ao reconhecimento da atenuante da confissão, ainda que tenha se dado de forma parcial, esta Corte Superior tem adotado o seguinte posicionamento:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA-BASE. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. RECONHECIMENTO. SÚMULA 545/STJ. REGIME SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel.

Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 11/4/2005).

II - Na hipótese, não se vislumbra qualquer ilegalidade na exacerbação da pena-base na fração de 1/6, uma vez que a ousadia e o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

modus operandi empregado na conduta tida por delituosa justificariam o aumento, pela maior reprovabilidade da ação.

III - Contudo, utilizada a confissão para corroborar a condenação, deve ser aplicada a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal e, com fulcro na Súmula 545/STJ, redimensionar a pena do paciente, mantido, no entanto, o regime inicialmente fechado para o início do cumprimento da reprimenda.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena do paciente para 7 (sete anos), 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação" (HC n. 379.531/SP, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 3/3/2017).

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. CRITÉRIO SUFICIENTE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. REEXAME DE PROVAS. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. ADEQUADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 a justificar a concessão da ordem de ofício.

[...]

3. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, integrar o acervo probatório e fundamentar a condenação. A teor do tema, a Súmula 545 do STJ dispõe que "quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal." 4. In casu, a confissão do paciente, ainda que retratada, foi reconhecida e compôs o acervo probatório, fundamentando a sua condenação no tocante ao delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, impondo-se o redimensionamento da pena imposta pelo reconhecimento da atenuante do art. 65, III, "d", do CP.

[...]

8. Não há bis in idem quando o Juízo sentenciante,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

embora tenha sopesado a quantidade, a natureza e a diversidade das drogas na primeira e na terceira etapa da dosimetria, concluiu motivadamente pela dedicação do paciente ao tráfico ilícito de entorpecentes, com base nas circunstâncias fáticas do delito.

9. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

10. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em 5 anos de reclusão, o regime fechado (imediatamente mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) mostra-se adequado para a prevenção e a reparação do delito, tendo em vista as circunstâncias concretas do delito e a quantidade, a variedade e a natureza das drogas apreendidas - 29 invólucros de cocaína (41,6 g), 33 pedras de crack (7,9 g) e 14 invólucros de maconha (25,2 g).

11. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do quantum de pena aplicada, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

12. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para reconhecer a atenuante de confissão espontânea, redimensionando a reprimenda final para 5 anos de reclusão, mais 500 dias-multa, mantido o regime fechado" (HC n. 363.604/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 8/11/2016).

Observe-se que o édito condenatório, ao proceder à dosimetria da pena do paciente, expressamente declarou que *"em relação ao denunciado Mehmet Yalcin não incide a atenuante da confissão espontânea, uma vez que a confissão foi apenas parcial"* (fl. 36), dissentindo, assim, do posicionamento adotado por esse Superior Tribunal de Justiça em tais hipóteses, merecendo reparo nesse ponto.

Na presente hipótese, verifica-se, ainda, que foi valorada a quantidade e a natureza da droga apreendida como fator apto a permitir a exasperação das penas tanto na primeira fase da dosimetria, como também na terceira, justificando a não aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

No entanto, insta consignar que o col. **Supremo Tribunal Federal**, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caracteriza **bis in idem** tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fases do cálculo da pena.

Transcrevo, oportunamente, a ementa do referido julgado:

*"Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. 2. Tráfico de Drogas. 3. Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao bis in idem. Precedentes. 4. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para determinar ao Juízo da 3ª VECUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência" (ARE n. 666.334 RG/AM, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 6/5/2014).*

Desta forma, verifica-se que o atual entendimento do eg. **STF** sobre o tema, firmado sob regime de repercussão geral, é no sentido de que as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas somente podem ser utilizadas *"na primeira ou na terceira fase da dosimetria da pena, sempre de forma não cumulativa, sob pena de caracterizar o bis in idem"* (RHC n. 117.990/ES, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJe de 5/6/2014).

Tal orientação, aliás, tem sido adotada neste eg. **Superior Tribunal de Justiça**, conforme se depreende dos seguintes precedentes:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. BIS IN IDEM. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. A utilização da quantidade e da natureza da droga,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumulativamente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, seja para modular ou negar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, configura bis in idem, consoante entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/AM (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014). Precedentes do STJ e do STF.

3. Hipótese em que deve ser restabelecida a reprimenda imposta pela sentença, impondo ao paciente a pena privativa de liberdade de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, porquanto devidamente fundamentada em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador, não se mostrando desproporcional ou desarrazoada.

4. Embora o paciente seja tecnicamente primário e a pena tenha sido fixada em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, revela-se correta a fixação do regime inicial mais gravoso (fechado), tendo em vista a expressiva quantidade da droga apreendida (200 porções de cocaína), sopesada na terceira fase da dosimetria (art. 33 do CP, c/c o art. 42 da Lei de Drogas).

5. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do quantum de pena aplicada (5 anos de reclusão), nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

6. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a pena fixada na sentença, em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, mantido o cumprimento inicial no regime fechado" (HC n. 352.063/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 3/6/2016, grifei).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTO UTILIZADO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. PENA-BASE REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL, SEM REFLEXO NA DOSIMETRIA, POIS JÁ HAVIA SIDO REDUZIDA AO MÍNIMO NA SEGUNDA FASE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO FIXADA EM 1/2. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO UTILIZADA. REGIME PRISIONAL. PACIENTE PRIMÁRIO CONDENADO A PENA INFERIOR A 4 ANOS E CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. **Esta Corte Superior, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (ARE 666.334/MG, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), pacificou entendimento no sentido de que a natureza e a quantidade da droga não podem ser utilizadas, concomitantemente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, sob pena de bis in idem.**

3. Tendo em vista que a natureza da droga foi sopesada tanto na fixação da pena-base como na aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a pena-base do paciente deve ser reduzida ao mínimo legal, em virtude do bis in idem, contudo, sem reflexo na dosimetria, porquanto a pena-base já tinha sido reduzida ao mínimo legal na segunda fase.

4. Deve ser mantida a fração redutora de 1/2, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o acórdão, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamenta, concretamente, na quantidade e natureza da droga apreendida.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. 6. Considerando que a pena foi fixada em 2 anos e 6 meses de reclusão, mas tendo em vista que o redutor foi aplicado em metade, por conta da quantidade e natureza da droga apreendida (117g de cocaína), deve ser fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b" e § 3º, do Código Penal.

7. Quanto à possibilidade de substituição da pena, da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal, em 1º/9/2010, no julgamento do HC n. 97.256/RS, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 e do art. 44, ambos da Lei de Drogas, na parte relativa à proibição da conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados por tráfico de entorpecentes.

8. Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto as circunstâncias do caso concreto não recomendam a substituição da pena, pois a quantidade da droga foi sopesada negativamente na terceira fase da dosimetria.

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto" (HC n. 355.126/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 31/5/2016, grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. UTILIZAÇÃO PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E PARA DETERMINAR O QUANTUM DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

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. Em recentes decisões proferidas em 19 de dezembro de 2013, nos autos dos HC's n.º 109.193/MG e n.º 112.776/MS, ambos de relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que **a utilização da quantidade e/ou qualidade da droga tanto no estabelecimento da pena-base como na aplicação do redutor descrito do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 caracteriza bis in idem**, entendimento este que, embora não seja dotado de caráter vinculante, deve também ser adotado por esta Corte, em homenagem aos princípios da isonomia e da individualização da pena. No momento da individualização da pena, deve o magistrado escolher em que fase da dosimetria as circunstâncias referentes à quantidade e à natureza da droga devem ser consideradas, cuidando para que sejam valoradas apenas em uma etapa, a fim de se evitar o odioso bis in idem.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de determinar que o magistrado de primeiro grau proceda à nova dosimetria do paciente, utilizando a quantidade e/ou a diversidade da droga em somente uma das etapas do cálculo da pena" (HC n. 283.997/SP, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 29/8/2014, grifei).

No caso dos autos, portanto, tem-se que o v. acórdão reprochado diverge do atual entendimento do col. Pretório Excelso, bem como desta Corte Superior de Justiça, na medida em que considerou a natureza e a quantidade da droga na primeira e na terceira fase da dosimetria, caracterizando indevido **bis in idem** quando da fixação das penas.

Necessária, portanto, a remessa dos autos à Corte **a quo**, para que, a par do *bis in idem* ora constatado, proceda ao redimensionamento da pena imposta ao paciente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

devendo, após isso, decidir, fundamentadamente, de acordo com os regramentos dos artigos 59 c/c 33, §§ 2.º e 3.º, ambos do Código Penal Brasileiro, qual será o regime inicial de cumprimento de pena aplicável ao caso vertente.

Diante de tais considerações, **não conheço do writ.**

Todavia, concedo a ordem de ofício, para que o eg. Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena do paciente, levando em consideração a atenuante da confissão e, no que tange à quantidade de droga, limitar-se a utilizar tal circunstância em somente uma das etapas do cálculo de pena. Prejudicado o exame acerca do regime inicial para o cumprimento da pena, fica cassada a liminar de fls. 68-69.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0292963-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 378.084 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00967757320138260050 20160000330746 967757320138260050

EM MESA

JULGADO: 21/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: MEHMET YALCIN
CORRÉU	: MARCELA ASCOLI
CORRÉU	: FIRAT KAYA
CORRÉU	: BAHAR GULERMANSUROGLU
CORRÉU	: RODRIGO SANTANA FERREIRA

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

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, não conheceu do pedido, concedeu "Habeas Corpus" de ofício e julgou prejudicado o exame acerca do regime inicial para o cumprimento da pena, ficando cassada a liminar de fls. 68-69, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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