



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 286.667 - SP (2014/0006660-8)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : MOHAMMED KORCHI

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. QUANTUM DE DIMINUIÇÃO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NO ÂMBITO DO *WRIT*. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. O legislador não previu percentuais mínimo e máximo de redução ou aumento da pena, em virtude da aplicação de circunstância legal (atenuantes e agravantes), cabendo ao juiz sentenciante sopesar o *quantum* a ser reduzido ou aumentado, segundo percuente análise do caso concreto.

4. Ressaltou o acórdão impugnado que o réu confessou agregando teses defensivas e pouco contribuiu para a elucidação do crime, motivo pelo qual reduziu a pena em seis meses pela atenuante do art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal, o que não se revela flagrantemente desproporcional.

5. E inexistindo ilegalidade patente, o *quantum* de diminuição a ser implementado em decorrência da atenuante fica adstrito ao prudente arbítrio do juiz, não havendo como proceder ao seu redimensionamento na via angusta do *habeas corpus*.

6. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 11 de março de 2014 (Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 286.667 - SP (2014/0006660-8)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : MOHAMMED KORCHI

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, sem pedido de liminar, impetrado em favor de MOHAMMED KORCHI, contra acórdão proferido, em sede de apelação, pelo Tribunal Regional Federal da 3.ª Região, assim ementado:

"PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE COCAÍNA. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE COCAÍNA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. TRANSNACIONALIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

1. *Comprovados a materialidade, a autoria e o dolo do crime de tráfico de drogas, é de rigor a confirmação da conclusão condenatória exarada em primeiro grau de jurisdição.*

2. *Tratando-se de expressiva quantidade de cocaína (5.877 gramas) e à vista do disposto no artigo 42 da Lei n.º 11.343/2006, não é possível fixar a pena-base no patamar mínimo previsto em lei.*

3. *Sempre que servir para a formação do juízo condenatório, a confissão espontânea propicia ao réu atenuação de pena.*

4. *O mero transportador, comumente chamado de "mula", conquanto não integre em caráter estável e permanente a organização criminosa, tem perfeita consciência de estar a serviço de um grupo dessa natureza. Assim, ainda que o agente faça jus à redução de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006, a respectiva fração deve ser fixada no patamar mínimo previsto na lei.*

5. *O condenado pela prática de tráfico ilícito de drogas deve iniciar o cumprimento de sua pena em regime fechado.*

6. *Fixada pena superior a 4 (quatro) anos de reclusão, não há espaço para cogitações em torno da substituição por sanções restritivas de direitos.*

7. *Apelação provida em parte." (fl. 72)*

Busca a Defensoria Pública Impetrante a incidência da atenuante da confissão espontânea para diminuir a pena no patamar de 1/6, equivalente, no caso, a 01 ano. Afirma que a redução em apenas 06 meses pela atenuante é desproporcional, pois não observa a fração usualmente utilizada na aplicação da majorante e atenuantes.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 158/169, com a juntada de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 176/178, opinando pelo não conhecimento da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 286.667 - SP (2014/0006660-8)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. QUANTUM DE DIMINUIÇÃO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NO ÂMBITO DO *WRIT*. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. O legislador não previu percentuais mínimo e máximo de redução ou aumento da pena, em virtude da aplicação de circunstância legal (atenuantes e agravantes), cabendo ao juiz sentenciante sopesar o *quantum* a ser reduzido ou aumentado, segundo percuente análise do caso concreto.

4. Ressaltou o acórdão impugnado que o réu confessou agregando teses defensivas e pouco contribuiu para a elucidação do crime, motivo pelo qual reduziu a pena em seis meses pela atenuante do art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal, o que não se revela flagrantemente desproporcional.

5. E inexistindo ilegalidade patente, o *quantum* de diminuição a ser implementado em decorrência da atenuante fica adstrito ao prudente arbítrio do juiz, não havendo como proceder ao seu redimensionamento na via angusta do *habeas corpus*.

6. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

VOTO

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

Não se desconhece que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário**, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso porque a competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal trata-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

Não obstante, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por ambas as Turmas, não tem admitido a extensão desse entendimento aos casos de *writ* substitutivo de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recurso especial (HC 115715, Rel. Min. ROSA WEBER, Relator(a) p/ acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 11/06/2013, DJe-179 PUBLIC 12-09-2013; RHC 117845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 10/09/2013, DJe-197 PUBLIC 07-10-2013; HC 113690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 25/09/2012, DJe-197 PUBLIC 08-10-2012).

Diante disso, embora reconheça a ocorrência de abuso na utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, vinha persistindo no conhecimento do *writ* em tais casos, por cautela, até o final posicionamento da Suprema Corte.

Porém, fiquei vencida nesta colenda Quinta Turma (HC 266.835/SP e HC 274.618/SP, julgados em 21/11/2013), razão pela qual me curvo ao entendimento majoritário, para, ressalvado meu posicionamento pessoal, não conhecer do *habeas corpus* substitutivo do recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

No caso, extrai-se dos autos que o Paciente foi denunciado como incurso nos arts. 33 c.c. 40, inciso I, da Lei n.º 11.343/06, após ser preso em flagrante, no dia 02 de março de 2010, quando estava prestes a embarcar em voo com destino final a Dakar, no Senegal, trazendo cocaína acondicionada no interior de sua bagagem.

Encerrada a instrução, restou condenado nos termos da denúncia à pena de 07 anos de reclusão, em regime inicial fechado.

Irresignada, sua Defesa apelou postulando a reforma da sentença quanto a pena-base e, também, requerendo a aplicação da atenuante da confissão espontânea e da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, no percentual máximo.

O Tribunal Federal *a quo* deu parcial provimento ao recurso, para reduzir a sanção penal aplicada, fixando-a em 05 anos, 04 meses e 05 dias de reclusão, vencido o Desembargador Federal Relator, que dava provimento ao recurso, em menor extensão, fixando a reprimenda em 05 anos e 10 meses.

O voto condutor do julgado assim individualizou a pena do Paciente:

"De início, ressalto que adiro ao voto do e. relator na parte em que conclui pela manutenção do decreto condenatório.

Minha divergência prende-se à do simetria da pena, na conformidade das razões que passo a expender.

O e. relator reduziu, ao patamar mínimo, a pena-base, na sentença fixada em 6 (seis) anos de reclusão.

*Penso, com a devida vênia, que, tratando-se de tráfico da ordem de **5.87g de cocaína** e à vista do que determina o artigo 42 da Lei. n.º*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006, não é caso de reduzir-se a pena-base ao mínimo legal.

Com efeito, trata-se de expressiva quantidade de uma droga de elevado potencial nocivo e entorpecente, capaz, muitas vezes, de matar o usuário. Assim considerando que o dispositivo legal supracitado confere preponderância, como critério para a quantificação da pena-base, à natureza e à quantidade de droga, não vejo como acompanhar o e. relator nessa parte.

Na segunda fase do cálculo da pena, incide a atenuante pela confissão espontânea, nos termos do artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal.

Nesse passo, observo que a atenuante deve ser concedida sempre que a confissão servir para a formação do juízo condenatório, não se exigindo arrependimento sincero, tampouco o desconhecimento da autoria.

Certo é que, conforme a importância da confissão para a elucidação dos fatos, varia o quantum da atenuação, não se podendo equiparar, por exemplo, uma confissão ampla e irrestrita com outra parcial, retratada ou qualificada.

Além disso, considero satisfeitos os requisitos à concessão do benefício previsto no § 4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006, uma vez que o réu é primário, não ostenta antecedentes criminais, nada indica que integre organização criminosa e tampouco que se dedique a atividades criminosas.

Deveras, tenho entendido que o mero transportador, comumente denominado "mula", não integra, em caráter estável e permanente, a organização criminosa.

Não descuro, porém, que o transportador, a par de desempenhar papel essencial à consecução dos objetivos da organização, age com pleno conhecimento de estar a serviço de um grupo dessa natureza, o que se evidencia pela complexidade da operação, pela magnitude do tráfico, pela multiplicidade de pessoas envolvidas e, ainda, pela divisão de tarefas entre elas.

Assim, conquanto não seja caso de negar ao réu o direito à aplicação do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, em tais circunstâncias é imperioso fixar a redução de pena em seu patamar mínimo, ou seja, 1/6 (um sexto).

Refazendo-se os cálculos, chega-se ao seguinte:

- a) pena-base: 6 (seis) anos de reclusão;
- b) atenuante pela confissão espontânea: 6 (seis) meses de reclusão;
- c) primeiro resultado parcial: 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão;
- d) aumento de pena em razão da transnacionalidade do tráfico: 1/6 (um sexto), equivalente a 11 (onze) meses de reclusão;
- e) segundo resultado parcial: 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão;
- f) diminuição de pena pela aplicação do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006: 1/6 (um sexto), equivalente a 1 (um) ano e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão;
- g) resultado final: 5 (cinco) anos, 4 (quatro) meses e 5 (cinco) dias de reclusão." (fls. 69/71)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Insurge-se o Impetrante apenas contra o fato de o acórdão ter aplicado fração inferior a um sexto (1/6) ao atenuar a pena pela confissão espontânea.

Ora, o legislador não previu percentuais mínimo e máximo de redução ou aumento da pena, em virtude da aplicação de circunstância legal (atenuantes e agravantes), cabendo ao juiz sentenciante sopesar o *quantum* a ser reduzido ou aumentado, segundo percuciente análise do caso concreto.

E o acórdão impugnado ressaltou que o réu confessou agregando teses defensivas e pouco contribuiu para a elucidação do crime, motivo pelo qual reduziu a pena em seis meses pela atenuante do art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal, o que não se revela flagrantemente desproporcional.

Em idêntico sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REDUÇÃO PELA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AUSÊNCIA DE LIMITES PREVISTOS EM LEI. DIMINUIÇÃO APLICADA DE FORMA RAZOÁVEL E PROPORCIONAL. EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, III, DA LEI 11.343/2006. INVIABILIDADE. UTILIZAÇÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO PARA O TRÁFICO DA DROGA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. ACUSADA INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. DESCONSTITUIÇÃO DO ENTENDIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REEXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 44, I, CÓDIGO PENAL. REPRIMENDA SUPERIOR A QUATRO ANOS. REGIME FECHADO FIXADA SOMENTE COM BASE NA VEDAÇÃO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA QUE JUÍZO DA EXECUÇÃO MANIFESTE-SE SOBRE A POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- A fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal foi devidamente fundamentada pelas instâncias ordinárias que, a teor do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, considerou, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, diante da natureza e da elevada quantidade da droga apreendida (mais de oito quilos de cocaína).

- Não se constata flagrante ilegalidade no quanto à fração utilizada para reduzir a pena em função da atenuante da confissão espontânea, uma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vez que a jurisprudência desta Corte Superior tem entendido que cabe ao Magistrado, dentro da razoabilidade e proporcionalidade, dosar a referida diminuição, tendo em vista que o Código Penal não estabeleceu limites para estabelecer a fração dessa redutora. Tendo o Tribunal de origem reduzido a pena aplicada em 6 (seis) meses pela incidência da atenuante da confissão espontânea, não há falar em manifesta desproporcionalidade a justificar seu redimensionamento na via do habeas corpus.

- Tendo sido reconhecido pelas instâncias ordinárias o uso de transporte coletivo para o tráfico de substâncias entorpecentes, não há se falar na exclusão da causa de aumento do inciso III do art. 40 da Lei de Drogas, pois esta Corte tem entendimento jurisprudencial pacífico no sentido de que a simples utilização do transporte público para a circulação da substância entorpecente já é suficiente para sua aplicação.

- A negativa de aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi devidamente fundamentada tanto na sentença quanto no acórdão atacado, levando-se em consideração as peculiaridades do caso concreto, no qual a paciente foi incumbida de vigiar os corréus encarregados pelo transporte de mais de 8 (oito) quilos de cocaína, circunstância que evidenciava seu envolvimento com a organização criminosa e impede a aplicação da minorante. Além disso, a jurisprudência desta Corte já se manifestou no sentido de que o tráfico de grande quantidade de droga é causa suficiente para afastar a aplicação da referida causa de diminuição.

- Se as instâncias ordinárias entenderam que a paciente integrava organização criminosa voltada ao tráfico internacional de drogas, não há como rever tal entendimento na via sumária do habeas corpus, uma vez que a desconstituição do que lá ficou decidido implicaria, necessariamente, no revolvimento do conjunto fático-probatório, providência incompatível com os estreitos limites da via eleita.

- Mantida a condenação em 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, não há como conceder o pedido de substituição da pena privativa de liberdade, uma vez que ausentes os requisitos do art. 44, I, do Código Penal.

- A sentença condenatória, mantida no acórdão da apelação, determinou a fixação do regime inicial fechado somente com base na vedação contida no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007. Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, acompanhando o Supremo Tribunal Federal após ele ter declarado a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondo e os a ele equiparados.

Considerando que já houve o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo da Execução reavaliar o regime inicial de cumprimento da pena diante dos elementos contidos nos autos, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para determinar que o Juiz das execuções, afastada a vedação legal e diante das peculiaridades do caso concreto, verifique qual o regime inicial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de cumprimento da pena mais adequado à paciente." (HC 230.681/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (Desembargadora convocada do TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 05/12/2013, DJe 16/12/2013 - grifei.)

Inexistindo ilegalidade patente, o *quantum* de diminuição a ser implementado em decorrência da atenuante fica adstrito ao prudente arbítrio do juiz.

Logo, não se constata, na hipótese, ilegalidade flagrante que permita a concessão do remédio constitucional de ofício.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO da ordem de *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0006660-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 286.667 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00014464320104036119 14464320104036119 201061190014460 2100842010

EM MESA

JULGADO: 11/03/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : MOHAMMED KORCHI

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 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."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.