

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 153.191 MATO GROSSO DO SUL

RELATORA : **MIN. ROSA WEBER**
RECTE.(S) : PAMELLA CRISTINA GOMES DA COSTA
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por Pamella Cristina Gomes da Costa, representada neste ato pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao agravo regimental no HC 414.921/MS.

A Recorrente foi condenada à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, pela prática do crime de tráfico de drogas, tipificado no art. 33, c/c art. 40, V, da Lei 11.343/2006.

Interposta apelação pela Defesa, o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul negou provimento ao recurso defensivo. Opostos embargos infringentes, restaram improvidos.

A Defesa, então, impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, que, via decisão monocrática da lavra do Ministro Rogério Schietti Cruz, denegou a ordem no HC 414.921/MS. Ato contínuo, a Corte Superior negou provimento ao agravo regimental lá interposto.

Neste recurso ordinário em *habeas corpus*, a Recorrente alega, em síntese, a possibilidade de aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, com repercussão na fixação de regime inicial mais brando e na substituição de pena. Requer o redimensionamento da pena.

Não há pedido de liminar.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho opina pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Decido.

Extraio do acórdão recorrido:

RHC 153191 / MS

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Embora a acusada fosse tecnicamente primária ao tempo do delito e possuidora de bons antecedentes, as instâncias ordinárias entenderam incabível a aplicação da minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 com base em elementos concretos que indicam a sua integração em organização criminosa, voltada especialmente para o tráfico de drogas.

2. Para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que a agravante integraria organização criminosa, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa que, como cediço, é vedada na via estreita do habeas corpus.

3. Agravo regimental não provido.”

A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Pertinente à dosimetria da pena, encontra-se a aplicação da causa de diminuição da pena objeto do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Cabe às instâncias anteriores decidir sobre a aplicação ou não do benefício e, se aplicável, a fração pertinente, não se mostrando hábil o *habeas corpus* para revisão, salvo se presente manifesta ilegalidade ou arbitrariedade.

O magistrado de primeiro grau, ao exarar o édito condenatório, fixou a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão. Na segunda fase, reconheceu a atenuante da confissão espontânea, que não gerou reflexo na reprimenda já fixada no mínimo legal. Na última fase, aplicou o acréscimo de 1/6 dado o reconhecimento do tráfico interestadual (art. 40, V, da Lei de drogas) e afastou a minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, pois *“a quantidade total de entorpecente apreendido (aproximadamente 14 quilos de maconha), somado ao modus operandi empregado na ação delituosa (transporte de droga para outro Estado em ônibus mediante*

RHC 153191 / MS

recebimento de dinheiro), revela que a acusada se dedica às atividades criminosas ou integra, ao menos, precariamente, uma organização criminosa". A pena definitiva foi estabelecida em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto.

Posteriormente, o Tribunal de Justiça, por maioria, manteve o édito condenatório, em especial o afastamento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Colho excertos do voto vencedor do acórdão:

"(...)

No caso particular, da análise do contexto probatório, é possível observar que, à despeito dos bons antecedentes e da primariedade da ré, não está preenchido o requisito relacionado a não integração de organização criminosa, conclusão que decorre a partir da simples análise da dinâmica do fato delituoso.

Explico.

Como apurado no decorrer da instrução processual, a ré foi contratada no Estado do Pará, por terceiro não identificado, para transportar drogas da cidade de Campo Grande/MS até o município de Belém/PA. Disse que saiu da cidade na qual reside (Belém), dirigiu-se até Campo Grande para buscar a droga com outra pessoa, quando, então, retornaria até o suposto destino final do entorpecente, que, como dito, seria a cidade de Belém/PA, por meio de ônibus com itinerário Campo Grande/MS – Goiânia/GO.

Verifica-se, dessa forma, que várias foram as pessoas que participaram da dinâmica delituosa, cada uma delas com papel pré-definido e de essencial importância no âmbito do desenrolar da atividade criminosa, situação que, pela experiência cotidiana auferida no trato de situações semelhantes, é característica dos grupos criminosos ligados ao tráfico de drogas com ramificações em mais de um Estado da Federação.

Não se pode olvidar, além do mais, que ninguém contrataria terceira pessoa para empreender tão longa viagem em posse de tamanha quantidade de droga (14 Kg de maconha, subdivididos em 17 tabletes) se não depositassem um mínimo de confiança na contratada e acreditassem no sucesso da empreitada criminosa, situação que corrobora ainda mais a conclusão de que a denunciada

RHC 153191 / MS

fazia parte de especializada organização criminosa.

Além do mais, nessa análise, reputo necessário exaltar que, apesar de respeitável entendimento jurisprudencial em sentido contrário, o chamado "mula", pessoa contratada para transportar grande quantidade de droga, não pode receber tratamento penal mais brando, pois é peça fundamental da cadeia do tráfico.

Essas pessoas atuam de forma decisiva no êxito das grandes quadrilhas, pois, além de fazerem o transporte da substância entorpecente em "atacado", mantêm o sigilo absoluto acerca da identidade de seus "chefes", protegendo a integridade de toda a organização criminosa.

Dessa forma, existe uma clara adesão da conduta desses transportadores ao alto escalão do tráfico de drogas, devendo receber resposta penal à altura da gravidade de seu nefasto comportamento.

(...).

Perante o exposto, diante dos fatores acima ressaltados, principalmente ante a estrutura do fato criminoso vislumbrado à luz do caso concreto, é possível concluir que a apelante faz parte de organização criminosa ligada à traficância, situação que, à luz do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, impede o reconhecimento do privilégio.

Logo, afasto tal pretensão recursal, mantendo a reprimenda definitiva fixada pelo sentenciante: 05 (cinco) anos, 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa."

Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça manteve as decisões exaradas pelas instâncias anteriores, porquanto *"não identifique nenhum constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, foi negada à paciente a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, tendo em vista haverem sido apontados elementos concretos que indicam a sua dedicação a atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas"*.

Para verificar a sua adequação ao caso concreto, indispensável observar tanto as condições individuais do agente quanto as da conduta em concreto praticada, de todo incabível a concessão do benefício em caso de reincidência, maus antecedentes, dedicação a atividades criminosas ou

RHC 153191 / MS

participação em grupo destinado a esse fim, conforme exclusão expressa naquele mesmo dispositivo legal.

Nesse espectro, “A não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 pressupõe a demonstração pelo juízo sentenciante da existência de conjunto probatório apto a afastar ao menos um dos critérios – porquanto autônomos –, descritos no preceito legal: (a) primariedade; (b) bons antecedentes; (c) não dedicação a atividades criminosas; e (d) não integração à organização criminosa.” (HC 131.795/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª Turma, DJe 17.5.2016).

Todavia, as instâncias anteriores afastaram, de forma contrária à jurisprudência desta Corte, a redução legal da reprimenda à compreensão de que a Recorrente, na condição de *mula*, integrava organização criminosa, que a contratara para transporte da droga apreendida.

Inobstante a gravidade do delito imputado à Recorrente, tudo leva a crer, pelos elementos descritos, que se trata mesmo de “mula” ou pequeno traficante, ausentes indícios efetivos de envolvimento maior, ou com maior grau de responsabilidade, com grupo criminoso, ou de dedicação ao crime.

Nesse espectro, o voto vencido no Tribunal de Justiça ainda ponderou que a ré é primária, possuidora de bons antecedentes e “*não havendo provas concretas nos autos de que se dedica a atividades ilícitas ou que integre organização criminosa*”.

A orientação jurisprudencial desta Suprema Corte é no sentido de que “*o exercício da função de mula, embora indispensável para o tráfico internacional, não traduz, por si só, adesão, em caráter estável e permanente, à estrutura de organização criminosa, até porque esse recrutamento pode ter por finalidade um único transporte de droga*”, porquanto “*descabe afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 com base em mera conjectura ou ilação de que os réus integrariam organização criminosa*” (HC 124.107/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 24.11.2014). Colho, ainda, em situação análoga à dos autos, outros julgados:

“A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de a condição

RHC 153191 / MS

de mula, por si só, não revela a participação em organização criminosa. Precedentes.” (HC 136.736/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, DJe 08.5.2017)

“A atuação da agente no transporte de droga, em atividade denominada ‘mula’, por si só, não constitui pressuposto de sua dedicação à prática delitativa ou de seu envolvimento com organização criminosa. I, põe-se, para assim concluir, o exame das circunstâncias da conduta, em observância ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF).” (HC 131.795/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª Turma, DJe 17.5.2016)

“A causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 não pode ser indeferida com apoio em ilações ou em conjecturas de que o réu se dedique a atividades ilícitas ou integre organização criminosa” (HC 111.309/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, DJe de 09.4.2014)

“Inobstante a gravidade dos delitos imputados ao Recorrente, os elementos disponíveis estão a aconselhar, à falta de dados empíricos embasadores da exclusão da causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, o restabelecimento da sentença de primeiro grau que a aplicou. Tudo indica tratar-se, o Recorrente, de “mula” ou pequeno traficante, presentes apenas ilações ou conjecturas de envolvimento com grupo criminosa ou dedicação às atividades criminosas” (RHC 118.008/SP, de minha relatoria, 1ª Turma, DJe 19.11.2013)

Portanto, o provimento do recurso ordinário em *habeas corpus*, para estabelecer a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, se impõe.

Quanto ao patamar de redução, esta Suprema Corte, no julgamento do HC 115.149/SP, Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, DJe 02.5.2013, assentou que *“o juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, possuindo plena discricionariedade para aplicar, de forma fundamentada, a redução no patamar*

RHC 153191 / MS

que entenda necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

Ao exame dos autos, considero proporcional e razoável a fixação da minorante no **patamar de 2/3 (dois terços)**, considerada a inexistência de circunstância ou fato desabonador ensejador de aplicação de fração menor.

Em hipótese semelhante, destaco o julgamento do HC 139.327/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, votação unânime, DJe 01.8.2017, oportunidade em que aplicado o redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em 2/3 (dois terços) àquele paciente, que atuava na condição de mula, preso em flagrante quando transportava 146 kg de maconha. Na mesma linha: 132.459/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, votação unânime, DJe 13.02.2017; HC 131.918/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, votação unânime, DJe 02.3.2016; HC 123.534/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, votação unânime, DJe 10.10.2014.

Passo à análise do regime inicial de cumprimento da pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Nos autos do HC 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, em sessão realizada em 27.6.2012, o Plenário desta Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, com a redação dada pela Lei 11.464/07, que instituiu a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para o cumprimento da pena de crimes hediondos e equiparados.

Já no julgamento do HC 97.256/RS (Rel. Min. Ayres Britto, DJe 16.12.2010), esta Casa reconheceu a inconstitucionalidade parcial do art. 44 da Lei 11.343/2006, afastando o óbice legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos crimes de tráfico.

Os julgados não reconheceram direito automático a esses benefícios, impondo-se sua apreciação pelo juiz do processo à luz do preenchimento, ou não, dos requisitos legais dos arts. 33 e 44 do Código Penal.

Agregue-se o fato de que os benefícios não estão condicionados ao *quantum* da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais dos artigos 42 da Lei de Drogas e 59 do Código Penal, conforme expressa remissão do art. 33, § 3º, e do art. 44, III, do mesmo diploma

RHC 153191 / MS

legal.

Ante o exposto, forte nos arts. 21, § 1º, e 192, c/c art. 312 do RISTF, dou provimento ao presente recurso ordinário em *habeas corpus*, para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul proceda a nova dosimetria da pena, mediante a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, em seu patamar máximo de 2/3 (dois terços), e afastadas as vedações previstas no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 e no art. 44 da Lei 11.343/06, reexamine, se o caso, a fixação de regime inicial e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Comunique-se.

Publique-se.

Brasília, 22 de junho de 2018.

Ministra Rosa Weber

Relatora