



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 648574 - MS (2021/0059952-0)

**RELATOR** : **MINISTRO FELIX FISCHER**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
CHRISTIANE MARIA DOS SANTOS PEREIRA JUCA  
INTERLANDO - MS005372  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
**PACIENTE** : ISABELA CAROLINA DE SOUZA FONTES (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

### DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **ISABELA CAROLINA DE SOUZA FONTES** contra acórdão prolatado pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul**.

Depreende-se dos autos que a paciente foi condenada às penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao apelo, para fixar o regime semiaberto, para o início de cumprimento da pena, nos termos do acórdão juntado às fls. 336-349, com a seguinte ementa:

*"APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA - DELITO DE TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS - PEDIDO ABSOLUTÓRIO POR ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVAS - CONTEXTO PROBATÓRIO AUTORIZA A MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO - NEGADO - PLEITO DE APLICAÇÃO DAS ATENUANTES DA CONFISSÃO E DA MENORIDADE RELATIVA COM FIXAÇÃO AQUÉM DO MÍNIMO- INCIDÊNCIA DA SÚMULA 231 DO STJ - INCABÍVEL - PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA*

*CAUSA DE DIMUIÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO - REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS - PRETENSÃO REFUTADA - PEDIDO DE AFASTAMENTO DA MAJORANTE PREVISTA NO INCISO V, DO ART. 40, DA LEI N.º 11.343/06 - PROVAS INDICADORAS DE QUE A DROGA ERA DESTINADA A OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO - PRETENSÃO REFUTADA - PLEITO DE ABRANDAMENTO DE REGIME - FIXADO REGIME SEMIABERTO - ACOLHIDO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - Quando os elementos de convicção coligidos durante a instrução processual mostram-se suficientes para a confirmação da materialidade e da autoria do fato delituoso, não há como se admitir pedido de absolvição. III - As atenuantes da confissão e menoridade relativa, quando comprovadas, sempre atenuam a reprimenda, exceto na hipótese em que a pena-base está no mínimo legal, consoante o Enunciado n. 231 do STJ. III - Não estando presentes, de forma cumulativa, os requisitos legais enumerados em âmbito do artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, toma-se inviável a redução de pena com base a alegação de tráfico privilegiado. IV - Para a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, V, da Lei 11.343/2006, não é necessário a efetiva transposição de fronteiras estaduais, bastando, para tanto, a mera intenção do agente em transportar a substância entorpecente para outro Estado da Federação. V - O Supremo Tribunal Federal, em recente decisão (HC 111.840-ES), estabeleceu que no âmbito do delito penal de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/06, art. 33), não há mais a obrigatoriedade de imposição de regime fechado para início de cumprimento de pena, de modo que a fixação do regime prisional inicial, na situação concreta, deve estar em harmonia ao que dispõe o art. 33, § 2º e 3º do CP. No caso em exame, considerando a ausência de circunstâncias judiciais desabonadoras, a primariedade da apelante e o patamar de pena fixado, nos termos do art. 33, §.º 2, "b", do CP, tem-se por adequado abrandamento do regime de cumprimento de pena fixado para o semiaberto."*

No presente **writ**, o impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal na dosimetria da pena, sob a premissa de que não houve fundamentação idônea a justificar a não aplicação da redutora capitulada no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, vez que a paciente é primária, de bons antecedentes, bem como não há provas de que se dedique às atividades criminosas e nem que integre organizações criminosas.

Defende, ainda, que há a ilegal suposição de que o indivíduo que está sob a posse de elevada quantidade de droga (mula), estaria vinculado à organização criminosa.

Requer, ao final, a concessão da ordem, para que incida a fração máxima do

privilégio descrito no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06 (fls. 3-12).

As informações foram prestadas às fls. 363-372 e 376-379.

O Ministério Público Federal, às fls. 399-416, manifestou-se nos termos da seguinte ementa:

*"HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. UTILIZAÇÃO DO WRITCOMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. QUESTÕES POSTAS. EXAME PELA CORTE A QUO. AUSÊNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DA IMPETRAÇÃO. Transitada em julgado a decisão condenatória, ressurai como inviável sua desconstituição por meio do remédio constitucional, cabendo, uma vez preenchidos os requisitos legais, acionar a medida processual própria, revisão criminal, para cujo julgamento o Superior Tribunal de Justiça não tem competência, salvo em relação aos seus próprios julgados. Parecer pelo não conhecimento da impetração."*

É o relatório.

### **Decido.**

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.

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

O impetrante sustenta a inexistência de fundamentação idônea a justificar a não aplicação da redutora capitulada no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, vez que a paciente é primária, de bons antecedentes, bem como não há provas de que se dedique às atividades criminosas e nem que integre organizações criminosas.

Defende, ainda, que há a ilegal suposição de que o indivíduo que está sob a posse de elevada quantidade de droga (mula), estaria vinculado à organização criminosa.

O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o **percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06**, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

Insta consignar que os requisitos previstos na causa de diminuição (o agente ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa) são de observância cumulativa. A ausência de qualquer deles implica a não aplicação da causa de diminuição de pena.

Quanto ao **punctum saliens**, o Tribunal de origem, quando do julgamento do recurso de apelação, assim se pronunciou, **in verbis**:

*"Consoante se extrai do § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006, para fazer jus à causa de diminuição do tráfico privilegiado, devem estar comprovados, de forma cumulativa, os seguintes requisitos: agente primário + de bons antecedentes + não se dedique às atividades criminosas + não integre organização criminosa.*

***In casu**, após a análise do contexto fático em que ocorrera o crime, pelo modus operandi aplicado na prática delituosa, verifica-se que apelante não atende a todos os requisitos legais.*

*Importante mencionar que o magistrado de primeiro grau fundamentou devidamente a sentença para não aplicar a benesse em questão, ressaltando, "Por outro lado, entendo incabível no caso concreto a causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da lei de regência, pois, diante do contexto fático analisado, o réu dedica-se a atividades criminosas ou integra organização criminosa" (f. 177).*

*Pois, pelas circunstâncias concretas, pode-se verificar que não está presente um dos requisitos necessários à concessão desse benefício.*

*Na situação em análise, tem-se que a apelante foi contatada para vir de São Paulo, buscar drogas em Ponta Porã/MS, tendo sido flagrada realizando o transporte de significativa quantidade de drogas, da cidade Ponta Porã/MS até Castilho/SP, localidades distantes quase 600 quilômetros. Esta situação, a meu ver, é indicativo de que ela momentaneamente integrou uma organização criminosa.*

*Com base nestes fundamentos, considerando o longo percurso percorrido pela apelante e a significativa quantidade de entorpecente transportado, adquirido em região de fronteira, tem-se a mesma não se trata de traficante ocasional, fazendo do tráfico seu meio de vida, de maneira que resta evidente que se dedicava às atividades criminosas, sendo de rigor, portanto, o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.."*

**In casu**, verifica-se que a não aplicação da minorante foi mantida pelo Tribunal **a quo**, ao fundamento de que *"considerando o longo percurso percorrido pela apelante e a significativa quantidade de entorpecente transportado, adquirido em região de fronteira, tem-se a mesma não se trata de traficante ocasional"*, sem demonstrar o **seu**

## **envolvimento com atividade criminosa ou grupo criminoso.**

Nesse diapasão, verifica-se, de plano, sem a necessidade de revolvimento fático-probatório, que o acórdão impugnado, ao lastrear o afastamento do privilégio, não demonstrou que a paciente se dedicava às atividades criminosas ou que integrava organização criminosa.

Ainda, a jurisprudência desta Corte, acompanhando o atual posicionamento do STF, entende que a simples atuação do agente como "mula", por si só, não induz que esse integre organização criminosa, sendo imprescindível, **para tanto, prova inequívoca do seu envolvimento, com atividade criminosa ou grupo criminoso.**

Nesse sentido:

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AGENTE NA CONDIÇÃO DE "MULA". AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO. AFASTAMENTO DA TRANSNACIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT 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. No caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus, de ofício.*

*2. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.*

*3. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas*

*quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.*

4. *Hipótese em que a instância antecedente, atenta às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a quantidade e a natureza das drogas apreendidas (6 Kg de haxixe e 437 gramas de ecstasy) para fixar a pena-base em 2 anos e 6 meses acima do mínimo legalmente previsto, o que não se mostra desproporcional.*

5. *Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).*

**6. Conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a simples atuação na condição de "mula" não induz, automaticamente, à conclusão de que o sentenciado integre organização criminosa, sendo imprescindível, para tanto, prova inequívoca do seu envolvimento, estável e permanente, com o grupo criminoso, para impedir a redução da pena em sua totalidade. Precedentes do STF.**

7. *O conhecimento pela paciente de estar a serviço do crime organizado no tráfico internacional constitui fundamento concreto e idôneo para se valorar negativamente na terceira fase da dosimetria, razão pela qual o percentual de redução, pela incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deve ser estabelecido no mínimo legal, atento à especial gravidade da conduta por ela praticada. Precedentes do STF e STJ.*

8. *Segundo reiterada jurisprudência deste Tribunal, a pretensão de descaracterização da transnacionalidade do delito de tráfico não pode ser apreciada por esta Corte Superior de Justiça, na via estreita do habeas corpus, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos.*

9. *Embora a paciente seja primária e a pena definitiva tenha sido estabelecida em patamar inferior a oito anos, o regime fechado (previsto como o imediatamente mais grave, segundo o quantum da sanção aplicada) é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, em razão da aferição da quantidade e da natureza da droga (6kg de haxixe e 437g de ecstasy), na primeira etapa da dosimetria para exasperar a pena-base.*

10. *É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).*

11. *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.*

*12. Encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias, é possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso ofenda o núcleo essencial do princípio da presunção de não culpabilidade (ou princípio da presunção de inocência).*

*13. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 1/6, resultando a pena da paciente em 6 anos e 27 dias de reclusão e pagamento de 607 dias-multa, mantido o regime fechado." (HC 444.945/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe 20/06/2018).*

Firmou-se também no Pretório Excelso que a atuação da paciente na condição de 'mula', embora não seja suficiente para denotar que integre, de forma estável e permanente, organização criminosa, **é considerada circunstância concreta e elemento idôneo para valorar negativamente a conduta do agente, na terceira fase da dosimetria, modulando-se a aplicação da causa especial de diminuição de pena pelo tráfico privilegiado, por ter conhecimento de que auxilia o crime organizado no tráfico internacional.**

Desse modo, forçoso reconhecer a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, no patamar de um sexto, **ante a grande quantidade de drogas apreendidas**, perfazendo a pena em 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa.

Ante o exposto, não conheço do presente **habeas corpus. Todavia, concedo a ordem de ofício**, para estabelecer a sanção em 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

P. e I.

Brasília, 13 de abril de 2021.

Ministro Felix Fischer  
Relator