

HABEAS CORPUS Nº 538.978 - MT (2019/0305654-1)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : CLEODIMAR BALBINOT
ADVOGADO : CLEODIMAR BALBINOT - RO003663
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : GEISON OLIVEIRA DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de **GEISON OLIVEIRA DA SILVA** contra acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado às penas de 11 (onze) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime fechado, e 1.200 (um mil e duzentos) dias-multa, como incurso nas sanções do artigo 33, **caput**, c.c. art. 40, inciso V, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação ao Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao apelo, para reduzir a sanção ao patamar de **08 (oito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, e 832 (oitocentos e trinta e dois) dias-multa**, nos termos do acórdão juntado às fls. 121-130.

No presente **writ**, o impetrante sustenta que não houve justificação adequada a ensejar a não aplicação da redutora capitulada no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, e que *"existe uma exasperação indevida na pena imposta ao Paciente, posto que foi estabelecida causa de aumento de pena em patamar muito acima do que razoavelmente vem sendo imposto por este C. STJ, já que foi imposta a majoração em 34 (metade) da pena base fixada, mesmo não tendo o Paciente transcorrido nenhuma divisa Estadual e percorrendo apenas 800 quilômetros, quando ainda estava há mais de 2.000 quilômetros do suposto destino final da mercadoria."*

Requer, ao final, a concessão da ordem, para que incida o privilégio

descrito no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, bem como a redução da fração referente a causa de aumento pela interestadualidade do tráfico (fls. 3-21).

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 212-213.

As informações foram prestadas às fls. 218-226.

O Ministério Público Federal, às fls. 229-238, manifestou-se nos termos da seguinte ementa:

"HABEAS CORPUS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO §4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INCURSÃO EM MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA, OBSTACULIZADA NA VIA ESTREITA DO WRIT. MAJORANTE. INTERESTADUALIDADE DO DELITO. FRAÇÃO DE AUMENTO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

- *A jurisprudência do STJ e do STF assentou o entendimento de que o habeas corpus não deve ser conhecido quando consistir em utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.*

- *A alteração do entendimento firmado nas instâncias ordinárias, que concluíram pelo afastamento do redutor previsto no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 em razão do não preenchimento dos requisitos necessários, demandaria revolvimento fático probatório, inviável na estreita via do habeas corpus.*

- *"Esta Corte, em casos semelhantes a este, já entendeu que "a distância percorrida e/ou o número de fronteiras ultrapassadas pelo agente podem lastrear a escolha da fração de aumento de pena decorrente da interestadualidade do delito" (HC 283.207/SC, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 19/08/2014). 7. In casu, a distância percorrida pelo agente justifica o incremento acima do mínimo legal, não havendo ilegalidade na majoração da pena no patamar de 1/2." [...] (HC 326.186/SP, Quinta Turma, Rei. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 13/06/2016, grifei). - Parecer pelo não conhecimento do writ."*

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**.

A defesa defende a ocorrência de constrangimento ilegal na terceira etapa da aplicação da pena, ao argumento de houve desproporcionalidade na aplicação da fração, referente à causa de aumento do tráfico interestadual.

Sobre a controvérsia, consta do acórdão impugnado que:

"Em relação à causa de aumento pelo tráfico interestadual (Lei. 11.343/06, art. 40, V), a retratação judicial do apelante não tem o condão de retirar o valor de seu depoimento extrajudicial, sobretudo porque converge com as declarações dos policiais rodoviários federais, nas duas fases da persecução penal, as quais revelam o transporte de 170,39Kg (cento e setenta quilos e trinta e nove gramas) de pasta-base de cocaína e a intenção do apelante de transportar o entorpecente até a cidade de Curitiba/PR.

Ao caso, aplicável o Enunciado Criminal 11 do TJMT: "A confissão feita no inquérito policial, embora retratada em juízo, tem valor probatório sempre que confirmada por outros elementos de prova." (www.tjmt.jus.br).

Ademais, "a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a configuração da interestadualidade do crime de tráfico de entorpecentes prescinde da efetiva transposição de divisa interestadual pelo agente, sendo suficiente que haja a comprovação de que a substância tinha como destino outro Estado da Federação", como ocorreu na hipótese (HC nº453.773/SP - Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca - 13.9.2018).

Quanto à fração de aumento pelo tráfico interestadual, considerada a distância percorrida pelo apelante, entre as cidades de Comodoro/MT a Rondonópolis/MT, correspondente a 856 Km (oitocentos e cinquenta e seis quilômetros), a fração aplicada pelo juiz da causa [metade] mostra-seproporcional (STJ, HC nº 373.523/SP - Relator: Min. Rogério Schietti Cruz - 21.8.2018)."

Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, a incidência das causas de aumento previstas no art. 40 da Lei n. 11.343/06 em patamar acima do mínimo legal exige motivação concreta, devendo o magistrado indicar as circunstâncias fáticas do delito que justifiquem a aplicação de fração superior.

No ponto, não obstante as fundadas alegações da defesa, denota-se que não ocorreu o aumento desproporcional da majorante, porquanto existe motivação particularizada e concreta a justificar o quantum estabelecido, considerada a distância percorrida pelo apelante, entre as cidades de Comodoro/MT a Rondonópolis/MT, *correspondente a 856 Km (oitocentos e cinquenta e seis quilômetros)*, em obediência aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

Sobre o tema:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. PENA-BASE. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. BIS IN IDEM. INTERESTADUALIDADE DO DELITO. QUANTUM DE AUMENTO DE PENA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, mostra-se devido o aumento da reprimenda na primeira fase da dosimetria, com base na elevada quantidade de drogas apreendidas.

2. Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto esta Corte Superior de Justiça firmaram o entendimento 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 ou mesmo a sua integração em organização criminosa 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.

3. Por ocasião do julgamento do HC n. 112.776/MS - leading case sobre a discussão acerca do bis in idem nos casos de dosimetria da pena no crime de tráfico de drogas -, em sessão plenária ocorrida no dia 19/12/2013, Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, firmou o posicionamento de que configura bis in idem a utilização da quantidade de drogas na primeira fase da dosimetria, como circunstância desfavorável, e, na terceira,

para justificar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 em patamar inferior ao máximo legal.

4. Também caracteriza bis in idem a utilização da quantidade de drogas apreendidas, na primeira fase da dosimetria, a fim de justificar a exasperação da pena-base e, novamente, na terceira etapa, para fundamentar o afastamento do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, seja a pretexto de integrar o agente organização criminosa, seja para evidenciar a sua dedicação a atividades criminosas. Ressalva pessoal deste relator.

5. Não configura bis in idem caso, além da quantidade de drogas, haja outros elementos concretos nos autos, suficientes o bastante - tais como apetrechos destinados à traficância, anotações sobre contabilidade do tráfico, munições, armas de fogo, processos em andamento etc. -, que permitam a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas e/ou integra organização criminosa. Também não há falar em bis in idem quando a natureza da droga é sopesada para o aumento da pena-base e a sua quantidade, por exemplo, para justificar a impossibilidade de incidência da minorante, porque, nesse caso, tais elementos estão sendo considerados de forma não cumulativa.

6. Uma vez caracterizado o tráfico entre estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal - circunstância que atrai a incidência da majorante prevista no inciso V do art. 40 -, a distância percorrida e/ou o número de fronteiras ultrapassadas pelo agente podem lastrear a escolha da fração de aumento de pena decorrente da interestadualidade do delito.

*7. Ordem parcialmente concedida para, reconhecida a ocorrência de bis in idem, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a fim de que realize nova dosimetria da pena dos pacientes, dessa vez com a utilização da quantidade de drogas apreendidas em somente uma das etapas do cálculo da reprimenda." (HC 373.523/SP, Sexta Turma, Rel. Ministro **Rogério Schietti Cruz**, DJe 21/08/2018).*

O impetrante também sustenta 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 o paciente é primário, de bons antecedentes, bem como não há provas de que se dedique às atividades criminosas e nem que integre organizações criminosas.

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.

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

"Em relação ao tráfico privilegiado, pressupõe "que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa" (Lei nº 11.343/2006, art. 33, § 4º). No caso, o transporte interestadual de 170 Kg (cento e setenta quilos) de pasta base de cocaína denota dedicação do apelante à atividade criminosa (STJ, AgRg no AREsp nº 1280063/MS - Relator: Min. Nefi Cordeiro - 25.3.2019)."

Na espécie, ao contrário do que aduz a defesa, **houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado**, lastreada *no transporte interestadual de 170 Kg (cento e setenta quilos) de pasta base de cocaína*, elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois demonstram que o paciente se dedicava às atividades criminosas.

Qualquer incursão que escape a moldura fática ora apresentada, vale dizer, aferir eventual condição de mula do paciente, demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes deste átrio processual, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.

Nesse sentido, colaciono o seguinte aresto:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, C/C O ART. 40, VI, AMBOS DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADA À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL SEMIABERTO. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE A PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. NA PRESENTE VIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...]

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

- Na espécie, infere-se que o Tribunal de origem conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, ao fundamentar que a atividade da paciente não se esgotou no ato em que foi flagrada, destacando que, apesar da apreensão de pequena quantidade de droga, a própria acusada confessou a dedicação ao tráfico há cerca de dois meses e o policial que participou do flagrante declarou que existem várias denúncias dando conta do envolvimento da ora paciente no comércio ilícito na localidade.

- Logo, tendo havido fundamentação concreta, pelo Tribunal local, ao não aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, concluo que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que a paciente não se dedica às atividades criminosas, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução probatória, o que, como cediço, é vedado na via estreita do habeas corpus, de cognição sumária. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido." (HC 401.704/ES, Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 01/08/2017).

Ante o exposto, não conheço do writ.

P. e I.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator