

**HABEAS CORPUS 192.619 SÃO PAULO**

**RELATOR** : MIN. EDSON FACHIN  
**PACTE.(S)** : BRUNO HENRIQUE DE SOUZA GIMENES  
**IMPTE.(S)** : WESLEY LEANDRO DE LIMA  
**COATOR(A/S)(ES)** : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Decisão:** Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão proferido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado (eDOC 12):

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE 317,7 KG DE MACONHA. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. INSURGÊNCIA CONTRA SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. MANEJO DO WRIT COMO REVISÃO CRIMINAL. DESCABIMENTO. ART. 105, INCISO I, ALÍNEA E, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PETIÇÃO INICIAL LIMINARMENTE INDEFERIDA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE A SER SANADA DE OFÍCIO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Não deve ser conhecido o writ que se volta contra sentença condenatória já transitada em julgado, manejado como substitutivo de revisão criminal, em hipótese na qual não houve inauguração da competência desta Corte. Nos termos do art. 105, inciso I, alínea e, da Constituição da República, compete ao Superior Tribunal de Justiça, originariamente, "as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados". Precedentes da Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça. 2. Na espécie, inexistente ilegalidade patente a ser sanada de ofício, pois, no caso, a causa de diminuição prevista no § 4.º da Lei de Drogas foi negada diante da conclusão de que o Paciente se dedicava a atividades criminosas; desconstituir tal conclusão implicaria revolver o contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado nesta via. 3. Agravo regimental desprovido

Narra o impetrante que: a) o paciente foi condenado pela prática do

HC 192619 / SP

crime de tráfico de drogas à pena de 05 (cinco) anos e 10 (dois) meses de reclusão, em regime fechado; b) a condenação transitou em julgado, mas é possível reconhecer a ilegalidade quanto ao afastamento do redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei de Drogas; c) “[o] fato de alguém transportar determinada quantidade de droga não significa que integre organização criminosa ou mesmo que se dedique à prática de crimes”; d) o juiz, ao pressupor que o transporte de grande quantidade de droga afasta a incidência da minorante, usurpa função legislativa; e) o paciente preenche os requisitos legais para ser beneficiado com a causa de diminuição de pena, pois é primário, possui bons antecedentes e praticou o crime apenas na condição de mula, sem integrar organização criminosa ou participar habitualmente de atividades ilícitas.

É o relatório. **Decido.**

### **1. Cabimento do *habeas corpus*:**

**1.1.** A Corte compreende que, ordinariamente, o *habeas corpus* não se presta a rescindir provimento condenatório acobertado pelo manto da coisa julgada, daí a impossibilidade de figurar como sucedâneo de revisão criminal. Acerca do tema:

**“O Supremo Tribunal Federal não admite a utilização do *habeas corpus* em substituição à ação de revisão criminal.”** (HC 128.693 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 04.08.2015, *grifei*).

**“O *habeas corpus* não pode ser utilizado como sucedâneo de revisão criminal.”** (HC 123.430, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 14.10.2014, *grifei*).

**“(…) *habeas corpus* não pode ser utilizado, em regra, como sucedâneo de revisão criminal, a menos que haja manifesta ilegalidade ou abuso no ato praticado pelo tribunal superior.”** (HC 86.367, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 30.09.2008, *grifei*).

HC 192619 / SP

No caso concreto, por contrariar frontalmente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o *habeas corpus* não merece conhecimento, na medida em que funciona como **sucedâneo de revisão criminal**.

## 2. Possibilidade de concessão da ordem de ofício:

Ainda que ausentes hipóteses de conhecimento, a Corte tem admitido, excepcionalmente, a concessão da ordem de ofício.

Calha enfatizar que tal providência tem sido tomada tão somente em casos absolutamente aberrantes e teratológicos, em que “a) seja premente a necessidade de concessão do provimento cautelar para evitar **flagrante** constrangimento ilegal; ou b) a negativa de decisão concessiva de medida liminar pelo tribunal superior importe na caracterização ou na manutenção de situação que seja **manifestamente** contrária à jurisprudência do STF” (HC 95.009, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 06.11.2008, grifei).

Devido ao caráter excepcional da superação da jurisprudência da Corte, a ilegalidade deve ser cognoscível de plano, sem a necessidade de produção de quaisquer provas ou colheita de informações. Nesse sentido, não pode ser atribuída a pecha de flagrante à ilegalidade cujo reconhecimento demande dispendioso cotejamento dos autos ou, pior, que desafie a complementação do caderno processual por meio da coleta de elementos externos.

Como reforço, cumpre assinalar que o Código de Processo Penal, ao permitir que as autoridades judiciárias concedam a ordem de ofício em *habeas corpus*, apenas o fez quanto aos processos que já lhes são submetidos à apreciação:

“Art. 654. (...)

(...)

§ 2º Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, **quando no curso de**

HC 192619 / SP

**processo** verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.”

De tal modo, ao meu sentir, não se admite que o processo tenha como nascedouro, pura e simplesmente, a alegada pretensão de atuação *ex officio* de Juiz ou Tribunal, mormente quando tal proceder se encontra em desconformidade com as regras de competência delineadas na Constituição da República. Em outras palavras: somente se cogita da expedição da ordem de ofício nas hipóteses em que não se desbordar da competência do órgão, de modo que essa não pode ser a finalidade precípua da impetração.

**3. Análise da possibilidade de concessão da ordem de ofício no caso concreto:**

**3.1. *In casu*, verifico a existência de ilegalidade aferível de pronto, hábil a autorizar a concessão da ordem de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP.**

Na espécie, o Juízo singular realizou a dosimetria da pena nos seguintes termos (eDOC 5, p. 4/7 - grifei):

(...)

Passo à dosimetria das penas.

**Na primeira fase da dosimetria, a teor do artigo 59, do Código Penal c/c artigo 42, da Lei n. 11.343/2006, a pena deverá ser acrescida de 1/6, levando em conta a quantidade de substância apreendida, ou seja, 304,9kg de maconha, de acordo com o laudo de fls. 09/12.**

Como se vê, o art. 42, da Lei n. 11.343/2006 prevê que “O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”.

Apesar de não haver informações sobre antecedentes

**HC 192619 / SP**

criminais, que só se operam com sentenças condenatórias por fatos anteriores ao apurado e não hábeis ao reconhecimento da agravante da reincidência, levando em consideração a quantidade de droga, o aumento é totalmente cabível.

A pena é de 05 anos, 10 meses e 583 dias-multa.

Na segunda fase de aplicação da pena, conquanto inexistentes agravantes genéricas, incide a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, alínea "d" do CP), já que o acusado prontamente delineou a conduta típica na oportunidade de seu interrogatório judicial.

Com isso, diminuo a pena em 1/6 para retorna-la ao patamar mínimo de 05 anos e 500 dias-multa.

Na terceira fase, há de se verificar a incidência da causa de aumento prevista no inciso V do art. 40 da Lei 11.343/2006, por ter incorrido na conduta típica de tráfico entre Estados da Federação. Nesse ponto, há de se consignar que o entendimento pacífico do E. Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a aplicação da causa de aumento independe da consecução da finalidade.

Basta prova inequívoca de que o agente intentava o tráfico interestadual, o que ficou plenamente caracterizado no caso em apreço.

Nesse sentido:

Súmula 587 do STJ: Para a incidência da majorante prevista no artigo 40, inciso V, da lei 11.343/06 é desnecessária a efetiva transposição de fronteiras entre Estados da Federação, sendo suficiente a demonstração inequívoca da intenção de realizar o tráfico interestadual.

Assim, exaspero a pena em 1/6, resultando em 05 anos, 10 meses de reclusão e 58 dias-multa.

**Por fim, não há o que se falar na hipótese do §4º do artigo 33, da Lei n. 11.343/2006, porquanto demonstrado que o acusado não ostenta mera condição de "mula" na atividade de transporte e venda dos entorpecentes apreendidos.**

**Oportuno consignar – para fins de reforço de fundamentação, que a aplicação da causa de diminuição de**

HC 192619 / SP

pena, prevista no artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006 exige a verificação cumulativa dos requisitos e, tal como expressamente previsto, a comprovação de que desenvolve com reiteração da atividade de tráfico de drogas indica a inviabilidade do benefício.

Com efeito, a experiência comum demonstra que – no mercado ilícito de drogas – quantidade é dinheiro e, dinheiro dá-se aqueles que gozam da confiança dentro da organização paraestatal do crime organizado.

A quantidade apreendida, em valores médios, poderia significar a expressiva quantidade de mais de R\$300.000,00 (trezentos mil reais) na venda em atacado, sem considerar a possibilidade de expressiva valorização da venda da porção no "varejo" do tráfico de drogas, porquanto cada quilo tem uma variação de R\$800,00 a R\$1.200,00 (em média).

Isso ainda sem considerar a pureza ou qualidade da droga.

Ora não me parece crível que o real proprietário dos entorpecentes, ciente da valor do "bem" não tenha feito a mínima seleção dos integrantes da função de transporte de drogas. Há, sem dúvida, muita organização da atividade e não se pode dizer que um "transportador" de droga na casa dos trezentos mil seja sujeito não afeto a atividades criminosas, ainda que não registradas em antecedentes.

E nesse ponto, aliás, consiga-se que o privilégio não é apenas afastado em casos de caracterização formal de reincidência, mas também em casos como tais que os elementos objetivos da conduta indicam a reiteração da prática criminosa ou, ao menos, a relação de confiança dentro da estrutura especializada do tráfico de drogas.

Por conseguinte, afasto o privilégio legal e fixo a pena definitiva em em 05 anos, 10 meses e 583 dias-multa de reclusão.

A pena de multa vige em sistema bifásico, em que na primeira etapa se analisa as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, enquanto na segunda, pondera-se a

HC 192619 / SP

situação econômica do acusado. Valho-me da argumentação já declinada para a pena privativa para impor a pena de 583 dias-multa, fixados no mínimo legal de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

O regime inicial de cumprimento de pena será o fechado. O fato de se tratar de crime equiparado a hediondo, o tempo de pena fixado e o maior desvalor da conduta consistente na prática do tráfico entre Estados da federação é tanto quanto basta para justificar o regime imposto, em especial porque a pena base não foi fixada no mínimo legal.

Incabível a aplicação do artigo 77, do Código Penal, por incompatibilidade lógica com a aplicação das restritivas de direito. Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido de ofertado pelo Ministério Público para CONDENAR o acusado BRUNO HENRIQUE DE SOUZA GIMENES, qualificado nos autos, como incurso no artigo 33, caput c/c art. 40, V, ambos da Lei n. 11.343/2006, aplicando-lhe às penas de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado e de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, fixados no mínimo legal.

Nota-se, portanto, à toda evidência, que a sentença condenatória não se compatibiliza com a atual e consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual *“[a] quantidade e natureza da droga são circunstâncias que, apesar de configurarem elementos determinantes na modulação da causa de diminuição de pena, por si sós, não são aptas a comprovar o envolvimento com o crime organizado ou a dedicação à atividade criminosa.”* (HC 152.001 AgR, Relator Ricardo Lwandowski, Redator p/ acórdão Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 28.11.2019).

Na mesma linha:

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS.  
PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES.  
QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA.

HC 192619 / SP

BIS IN IDEM E AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO APTA A NEGAR O REDUTOR. ORDEM CONCEDIDA PARA RESTABELECEER A SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AUSÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A INFIRMAR A DECISÃO RECORRIDA. PRETENSÃO DE DEVOLUÇÃO DA MATÉRIA AO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA REAVALIAÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS PARA COMPLEMENTAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE OU ILEGAL. AFASTAMENTO DESMOTIVADO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA. A MERA MENÇÃO À QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA NÃO SATISFAZ A NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS PARA FINS DE NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 33, §4º DA LEI 11.343/2006. MANUTENÇÃO DO DECISIUM. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A excepcional via do habeas corpus não é mecanismo para que, ainda que por via transversa, possibilite-se a complementação de fundamentação deficiente e/ou ilegal. 2. A quantidade e a natureza da droga apreendida não são fatores que, isoladamente, impedem a aplicação da minorante prevista no art. 33, §4º da Lei 11.343/2006. 3. **Diversamente do que ocorre na primeira fase da dosimetria da pena, em que a quantidade e qualidade de drogas são vetores legalmente expressos (art. 42 da Lei 11.343/2006) e, portanto, dispensam maiores digressões, a utilização dessa circunstância na terceira fase só é admitida se constituir um indicativo de não preenchimento de algum dos vetores legalmente elígididos.** Precedentes. 4. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão agravada. 5. Agravo regimental desprovido.(HC 186909 AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 08/09/2020, grifei)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. LEI 11.343/2006. CAUSA DE

HC 192619 / SP

DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. GRANDE QUANTIDADE DE MACONHA APREENDIDA (132,85 KG). DEDICAÇÃO À ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PACIENTE ABSOLVIDA PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONTRADIÇÃO ENTRE OS FUNDAMENTOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. RECURSO ORDINÁRIO AO QUAL SE DÁ PROVIMENTO EM PARTE. I – A grande quantidade de entorpecente, apesar de não ter sido o único fundamento utilizado para afastar a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, foi, isoladamente, utilizado como elemento para presumir-se a participação da paciente em uma organização criminosa e, assim, negar-lhe o direito à minorante. **II – A quantidade de drogas não poderia, automaticamente, proporcionar o entendimento de que a paciente faria do tráfico seu meio de vida ou integraria uma organização criminosa. Ausência de fundamentação idônea, apta a justificar o afastamento da aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.** Precedentes. III - É patente a contradição entre os fundamentos expendidos para absolver a paciente da acusação da prática do delito tipificado pelo art. 35 da Lei 11.343/2006 e aqueles utilizados para negar-lhe o direito à minorante constante do art. 33, § 4º, do mesmo diploma legal. Precedentes. IV - Recurso ordinário ao qual se dá provimento, em parte, para reconhecer a incidência da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, e determinar que o juízo a quo, após definir o patamar de redução, recalcule a pena e proceda ao reexame do regime inicial do cumprimento da sanção e da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, se preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.” (RHC 138.715, Relator Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 09.06.2017)

Ademais, observo que a condição de mula não é apta a sustentar,

**HC 192619 / SP**

isoladamente, a não aplicação da minorante prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, pois a atuação do agente no transporte do entorpecente não leva à automática conclusão de que se dedica à prática delitativa ou integra organização criminosa:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO. TRANSPORTE DE DROGA. EXAME DAS CIRCUNSTÂNCIAS DA CONDUTA. ATUAÇÃO DA AGENTE SEM INTEGRAR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. 1. 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. Nesse juízo, não se pode ignorar que a norma em questão tem a clara finalidade de apenar com menor grau de intensidade quem pratica de modo eventual as condutas descritas no art. 33, caput e § 1º, daquele mesmo diploma legal em contraponto ao agente que faz do crime o seu modo de vida, razão pela qual, evidentemente, não estaria apto a usufruir do referido benefício. 2. **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. Impõe-se, para assim concluir, o exame das circunstâncias da conduta, em observância ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF).** 3. Assim, padece de ilegalidade a decisão do Superior Tribunal de Justiça fundada em premissa de causa e efeito automático, sobretudo se consideradas as premissas fáticas lançadas pela instância ordinária, competente para realizar cognição ampla dos fatos da causa, que revelaram não ser a paciente integrante de organização criminosa ou se dedicar à prática delitativa. 4. Ordem concedida. (HC 131795, Relator(a): Min. TEORI

**HC 192619 / SP**

ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 03/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. **TRÁFICO** DE DROGAS. § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. AFASTAMENTO. FUNDAMENTAÇÃO. INIDONEIDADE. “**MULA**”. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PERTENCIMENTO. ATIVIDADES CRIMINOSAS. DEDICAÇÃO. FATOS CONCRETOS. INDICAÇÃO. AUSÊNCIA. PRIVILÉGIO. INCIDÊNCIA. NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL, MAS CONCEDIDA A ORDEM EX OFFICIO. 1. A jurisprudência desta Suprema Corte é pacífica quanto à inadequação da via estreita do writ, e mesmo do recurso ordinário, para revisão do processo dosimétrico, em especial porque não permitida incursão no quadro fático-probatório, tampouco a reconstrução da discricionariedade constitucionalmente atribuída às instâncias ordinárias. 2. Quando o assunto consiste em aplicação da pena, a atividade do Supremo Tribunal Federal circunscreve-se ao controle da legalidade dos critérios utilizados, com a correção de eventuais arbitrariedades (HC 128.446, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 15/09/2015). 3. Assim, presentes os demais requisitos, a singela alusão genérica à importância do acusado, como transportador, na estrutura de uma organização criminosa ou uma narrativa própria da atividade nominada de “**mula**” não preenche o figurino exigido pela ordem constitucional para afastar o reconhecimento do **tráfico** privilegiado. Imperiosa a indicação de qualquer evento concreto, dentro da cadeia factual, de que o agente efetivamente pertence a organização criminosa ou efetivamente se dedica a atividades criminosas. Precedentes. 4. Negado provimento ao agravo regimental, mas concedida a ordem ex officio, para determinar às instâncias ordinárias que ajustem a reprimenda do agravante, inclusive o regime prisional, com a incidência do

HC 192619 / SP

reductor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. (RHC 176741, Relatora Cármen Lúcia, Redator p/ acórdão Edson Fachin, DJe 13.08.2020)

Desse modo, o afastamento do reductor deveria lastrear-se em elementos que comprovassem que o réu não preenche os requisitos legais para a concessão da referida benesse. Todavia, o julgador apenas faz ilação a meros indícios (relativos à expressiva quantidade de droga apreendida) para inferir que o paciente integra organização criminosa.

**Com efeito, constatada a motivação inidônea para afastar a causa de diminuição da pena, concluo que a deficiência na fundamentação da dosimetria da reprimenda configura situação de flagrante ilegalidade, especialmente porque o paciente é primário, possui bons antecedentes e, à míngua de outros elementos probatórios, não há comprovação de que integre organização criminosa ou se dedique à traficância habitualmente.**

Dito isso, não visualizo qualquer argumento ou fundamento hábil a negar a incidência da minorante.

Todavia, diante do limite cognitivo desta Suprema Corte, o ajuste na dosimetria deve ser implementado pelas instâncias ordinárias. Caberá, portanto, ao Juízo de origem refazê-la, aplicando o reductor do art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006.

**4. Posto isso, com fulcro no art. 192 do RISTF, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, a fim de determinar ao Juízo da 3ª Vara do Foro de Penápolis/SP que refaça a dosimetria da pena (relativa à condenação proferida na ação criminal 1500267-05.2018.8.26.0603), aplicando o reductor do art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006, e proceda, à luz da nova pena definitiva, aos eventuais ajustes decorrentes, notadamente no que diz respeito ao regime inicial e à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por**

**HC 192619 / SP**

**restritivas de direitos.**

Comunique-se com urgência.

Oficie-se ao TJSP e ao STJ, dando-lhes ciência desta decisão.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 19 de outubro de 2020.

**Ministro Edson Fachin**

**Relator**

*Documento assinado digitalmente*