



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 821646 - SC (2023/0150713-0)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : GASPARINO SIQUEIRA CORREA E OUTRO
ADVOGADOS : GASPARINO SIQUEIRA CORRÊA - SC053085
 MANON DE AGUIAR FERREIRA - SC055510
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : LORRAN FRANCOIS SILVA BARENTIN (PRESO)
CORRÉU : VITOR ANTONIO FLOR FAIAL
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. TERCEIRA FASE. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AÇÃO PENAL EM CURSO. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO. MINORANTE. APLICAÇÃO. NECESSIDADE. PRECEDENTES. PARECER MINISTERIAL ACOLHIDO.

Ordem concedida nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em nome de **Lorran Francois Silva Barentin**, no qual se indica como órgão coator o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Apelação Criminal n. 5004984-13.2019.8.24.0072 - fls. 45/63), pelo fato de ter mantido a sentença proferida pelo Juízo de Direito da Vara Criminal da comarca de Tijucas/SC, que o condenou como incurso *no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e art. 330 do Código Penal à pena privativa de liberdade de 5 anos de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, além do cumprimento de 15 dias de detenção, cumprindo-se na forma do art. 76 do Código Penal, além do pagamento de 510 dias-multa* (fl. 43), em razão do tráfico de *2.864 g de maconha* (fl. 48).

Nesta Casa, a defesa pretende, em síntese, a aplicação da causa especial de diminuição da reprimenda prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em seu patamar máximo.

Liminar indeferida (fls. 75/76), o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, em parecer proferido pelo Subprocurador-Geral da República

Paulo Queiroz (fls. 82/83).

É o relatório.

O Juízo de primeiro grau asseverou que, *quanto à aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, estimo que seja inviável no caso do acusado LORRAN, uma vez que já denunciado por crime idêntico, o que denota que tem dedicado a sua vida a atividades criminosas, mais especificamente ao tráfico ilícito de entorpecentes* (fls. 36/37).

O acórdão impugnado manteve tal entendimento, nos seguintes termos (fls. 59/61 - grifo nosso):

No caso em análise, conforme bem procedeu a magistrada a quo, verifica-se que o recorrente não preenche os requisitos ensejadores da referida causa especial de diminuição de pena.

Dos elementos constantes dos autos, verifica-se que, embora o acusado Lorrان seja primário e possua bons antecedentes, a quantidade e as circunstâncias de apreensão da droga, *in casu*, são aptas a demonstrar que o réu se dedicava a atividades criminosas.

Importante destacar que o acusado transportou **quase 3kg (três quilogramas)** de maconha que seria entregue a uma única pessoa para posterior comercialização.

Além do que, os policiais foram firmes nos depoimentos prestados, em que de pronto identificam o recorrente como conhecido no meio policial por crimes relacionados ao tráfico de drogas e armas.

Não bastasse, conforme certidão de antecedentes criminais (evento 83), encontram-se, em andamento, processos criminais contra o recorrente – Autos n. 0000644-48.2018.8.24.0072 (tráfico de drogas e associação para o tráfico) e Autos n. 0001067-08.2018.8.24.0072 (crimes de trânsito, porte de arma de fogo e posse de drogas para consumo próprio) –, o que corrobora a dedicação a atividades criminosas.

[...]

Assim, esses elementos, apesar da primariedade do apelante, confirmam sua prática contumaz e habitual de atividades criminosas, o que impede a concessão do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

[...]

Desta feita, conquanto a defesa alegue que o recorrente faça jus à figura do tráfico privilegiado restou demonstrado, *in casu*, pelas circunstâncias da diligência e existência de processos criminais, que este se dedicava a atividades criminosas.

Ora, até há pouco tempo, a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admitia como prova da dedicação a atividades criminosas a existência de ações penais em curso (AgRg no HC n. 638.848/MT, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 26/4/2021).

No entanto, em recentes julgados, a Sexta Turma desta Corte Superior, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, passou a não mais admitir ações em andamento como fundamento da dedicação a atividades criminosas, tendo em conta o princípio da presunção de inocência.

Dito de outra forma, inquéritos policiais e/ou ações penais ainda sem a certificação do trânsito em julgado não constituem fundamento idôneo a justificar o afastamento do redutor descrito no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, em observância ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade (AgRg no HC n. 648.079/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 22/4/2021).

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS COM BASE EM AÇÃO PENAL EM CURSO E NA QUANTIDADE DE DROGAS, QUE SEQUER É EXPRESSIVA. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE APLICOU O REDUTOR, FIXOU O REGIME ABERTO E SUBSTITUIU A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS MANTIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa.

2. **A Quinta Turma desta Corte, alinhando-se ao entendimento sufragado no Supremo Tribunal Federal, além de buscar nova pacificação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, assentou que a causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal (RE 1.283.996 AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020) (HC 664.284/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 27/9/2021).**

3. A quantidade das drogas apreendidas, que no caso sequer é expressiva, não possui aptidão para, de forma isolada, concluir que o paciente fazia do tráfico o seu meio de vida.

4. A simples aferição da insuficiência dos fundamentos apresentados na origem para a não aplicação do redutor, ausente o apontamento de circunstâncias concretas no sentido da prática habitual do tráfico, não demanda reexame probatório.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 798.914/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 15/5/2023 - grifo nosso).

Assim, tratando-se de réu primário e não havendo, pelas instâncias ordinárias, menção a elementos aptos a demonstrar, com segurança, a dedicação a atividades criminosas ou a integração em organização da mesma natureza, deve ser reconhecido seu direito à causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, §

4º, da Lei n. 11.343/2006.

No mesmo sentido, aliás, o parecer do Ministério Público Federal (fl. 83):

O equívoco é manifesto.

Com efeito, se inquéritos e processos em andamento não podem ser usados na primeira fase da dosimetria da pena, sob pena de violação à Súmula 444 do STJ, editada para prestigiar o princípio da presunção de inocência, por que poderiam impedir o reconhecimento do tráfico privilegiado? A contradição é evidente.

Justamente por isso, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob o rito dos recursos especiais repetitivos (Tema 1.139), estabeleceu a tese de que é vedada a utilização de inquéritos ou ações penais em curso para impedir a aplicação da redução de pena pela configuração do chamado tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

Como se sabe, não se prova inocência, que se presume constitucionalmente (CF, art. 5º, LVII), mas a culpa, que deve ser demonstrada com base em fatos e provas, não a partir de ilações ou conjecturas sobre eventual condenação.

É justo, pois, conceder a ordem.

Registro, ainda, que a quantidade do material entorpecente já foi levada em consideração para o aumento da pena-base (fl. 41), motivo pelo qual não pode ser novamente utilizada na terceira fase da dosimetria, sob pena de indevido *bis in idem*.

Dessa forma, passo à nova dosimetria da pena do crime de tráfico de drogas.

Até a segunda fase, mantenho a reprimenda tal como fixada pelas instâncias ordinárias, ou seja, em 5 anos de reclusão, além do pagamento de 500 dias-multa (fl. 41).

Na terceira fase, incide a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3, motivo pelo qual fixo a pena definitivamente em **1 ano e 8 meses de reclusão, além do pagamento de 166 dias-multa**.

Fixo o regime **semiaberto** para o início do cumprimento da reprimenda, tendo em vista o fato de que a pena-base foi estabelecida acima do mínimo legal (art. 33, §3º, do Código Penal).

Ante o exposto, acolhendo o parecer ministerial, **concedo** a ordem a fim de fixar a pena do paciente para o crime de tráfico de drogas em 1 ano e 8 meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime semiaberto, além do pagamento de 166 dias-multa.

Comunique-se, com urgência, às instâncias ordinárias.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 17 de maio de 2023.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator