

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 190.137 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
RECTE.(S) : **JULIANO GARDIANO DE JESUS**
RECTE.(S) : **MARIA ROSA FAUSTO VIEIRA**
RECTE.(S) : **REINALDO APARECIDO DE LIMA**
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 Juliano Gardiano de Jesus, Maria Rosa Fausto Vieira e Reinaldo Aparecido de Lima, representados pela Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul contra decisão proferida pelos Ministros integrantes da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça que negaram provimento ao AgRg no HC 569.681/MS (págs. 74-82 do documento eletrônico 3).

Os recorrentes alegam, em síntese, que

“[o] Superior Tribunal de Justiça manteve o afastamento da causa especial de diminuição de pena do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, em razão da suposta ‘dedicação a atividades criminosas’.

No entanto, como já explicitado nos autos, os Recorrentes são tecnicamente primários, de bons antecedentes, e a simples referência ao ‘modo de agir’ não pode, isoladamente, legitimar sua pretensa vinculação com atividades criminosas, na rigorosa acepção técnico-jurídica do termo.

Ademais, foi apreendida ínfima quantidade de droga (3,5 gramas de *crack*), não existindo, repita-se, prova idônea suficiente para atestar, indubitavelmente, que os Recorrentes se dedicam de forma duradoura e estável à atividade criminosa” (págs. 92-93 do documento eletrônico 3).

Ao final, requerem:

“a) seja conhecido o recurso ordinário interposto e, após o decurso de prazo para contrarrazões, seja remetido ao E. Supremo Tribunal Federal para regular julgamento;

b) o provimento do presente recurso para restabelecer a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, prevista da Lei n. 11.343/2006, com o conseqüente afastamento da hediondez, abrandamento do regime prisional inicial, bem como a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

c) a intimação pessoal da Defensoria Pública de todos os atos processuais, inclusive quando da inclusão em pauta para a sessão de julgamento, ensejando a sustentação oral e a contagem em dobro dos prazos, na forma do inciso I do art. 44 da LC nº 80/94” (págs. 94-95 do documento eletrônico 1).

Em 20/8/2020 estes autos foram remetidos com vista ao Procurador-Geral da República (documento eletrônico 5).

Posteriormente, o Subprocurador-Geral da República Alcides Martins opinou pelo provimento do recurso. A ementa da manifestação é a seguinte:

“RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITOS POLICIAIS OU AÇÕES PENAIS EM CURSO PARA AFASTAR A INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. PELO PROVIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*, COM RESTABELECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO RECONHECIDA NA SENTENÇA E DO ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL” (pág. 1 do documento eletrônico 6).

É o relatório necessário. Decido.

RHC 190137 / MS

Anoto, de início, que o art. 192, *caput*, c/c art. 312, ambos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, facultam ao Relator do recurso ordinário em *habeas corpus*, denegar ou conceder a ordem, monocraticamente, ainda que de ofício, quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada neste Supremo Tribunal.

Nesse sentido, indico os seguintes precedentes: RHC 138.843/MG, Rel. Min. Dias Toffoli; RHC 138.939/BA, Min. Roberto Barroso; RHC 136.727/SP, Rel. Min. Edson Fachin; RHC 135.985/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes; e RHC 135.824/SP, de minha relatoria; entre outros.

Por esses motivos, passo ao exame do mérito do presente recurso.

Transcrevo, por oportuno, o inteiro teor do voto condutor proferido pelo Ministro Nefi Cordeiro, Relator do AgRg no HC 569.681/MS na Sexta Turma do STJ, *verbis*:

“Alegam os agravantes que inexistente fundamentação válida para afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, pugnando pela redução da pena, com imposição do regime aberto e a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos (fls. 447-452):

‘Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul que proferiu acórdão assim ementado (fl. 400):

‘APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - RECURSO MINISTERIAL - PRETENSÃO DE CONDENAÇÃO PELO ART. 35 DA LEI 11.343/06 - AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS - ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL E PERMANENTE NÃO

CONFIGURADA - MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO À ASSOCIAÇÃO - PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA BENESSE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO - REQUISITOS CUMULATIVOS NÃO PREENCHIDOS - IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA BENESSE - BENEFÍCIO AFASTADO - PENA REDIMENSIONADA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO - RECONHECIMENTO DE OFÍCIO DA ATENUANTE DA MENORIDADE QUANTO A UM DOS APELADOS.

I - Para a configuração do crime prescrito no art. 35 da Lei nº 11.343/2006, faz-se indispensável a demonstração do vínculo de estabilidade, de permanência entre duas ou mais pessoas, não sendo suficiente a reunião esporádica e episódica.

II - Para que fique configurado o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada, com a consequente diminuição da pena privativa de liberdade e da sanção pecuniária, faz-se necessário que o réu satisfaça todos os requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, cumulativamente, ou melhor, que seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, de maneira que a ausência de um de tais requisitos determina negar a benesse.

III - O acusado menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou com mais de 70 (setenta) anos, na data da sentença, faz jus à atenuante prevista no artigo 65, I, do CP.

IV - Em parte contra o parecer, dá-se parcial provimento'.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados às penas de 2 anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 200 dias-multa, pela prática do delito do art. 33, § 4º, c/c o art. 40, III, ambos da Lei de Tóxicos.

Irresignado, o *Parquet* Estadual interpôs recurso de apelação, que foi parcialmente provido pelo Tribunal local para afastar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, majorando as penas dos pacientes para 6 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 600 dias multa e, de ofício, reconheceu a incidência da minorante do art. 65, I, do CP, em relação ao réu Juliano Gardino de Jesus.

Daí o presente *writ*, em que a impetrante sustenta, em síntese, que os pacientes fazem jus à minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, pois apreendida ínfima quantidade de entorpecentes, qual seja – 3,5 gramas de *crack* –, requerendo, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para que se defira o restabelecimento da sentença nesse sentido.

A liminar foi indeferida (fls. 421-422).

As informações foram prestadas (fls. 425-439).

O Ministério Público Federal ofertou parecer, manifestando-se pela concessão do *habeas corpus* (fls. 441-445).

É o relatório.

DECIDO.

Alega a defesa que não existe fundamentação concreta para afastar a redução de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 e a imposição de regime prisional mais brando, pugnando pelo reconhecimento da minorante no patamar máximo e a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da pena, substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O Tribunal de origem deu provimento ao apelo ministerial, afastando a minorante do tráfico privilegiado, e fixando a dosimetria dos pacientes nesses termos (fls. 406 e 408-410):

‘Pretensão de afastamento do tráfico privilegiado ou redução Ainda, o recorrente pretende que seja afastada a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 aos apelados ou, subsidiariamente, reduzida ao mínimo legal.

Na sentença combatida, para os três sentenciados,

ora apelados, a fundamentação da terceira fase da dosimetria penal foi a seguinte:

‘Na terceira fase presente a causa de diminuição do parágrafo 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, assim, reduzo em 2/3 (dois terços), resultando na pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 167 (cento e sessenta e sete) dias- multa. Está presente a causa especial de aumento de pena do art. 40, III, razão pela qual aumento a pena em 1/5, ficando assim a pena acrescida de 04 (quatro) meses de reclusão e 33 (trinta e três) dias-multa, perfazendo o total de 02 (dois) anos de reclusão e 200 (duzentos) dias-multa, que torno definitiva face à ausência de outras causas de diminuição ou aumento de pena’.

Estabelece o § 4º do art. 33 da Lei nº 11343/2006, *in verbis*: ‘Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa’.

Da leitura do preceito sub examine, extrai-se que, para que reste configurado o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada, com a consecutiva diminuição da pena privativa de liberdade e da sanção pecuniária, faz-se necessário que o réu satisfaça todos aqueles requisitos, cumulativamente, ou melhor, que seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, de maneira que a ausência de um de tais requisitos determina negar a benesse.

[...] *In casu*, constata-se que os réus/recorridos são primários (f.138 a 151), e não restou comprovado que integrem organização criminosa, no entanto, em seus depoimentos em juízo, f. 236, todos os Apelados, Juliano, Maria Rosa e Reinaldo, confirmaram que, para sustentar o vício, cometiam diversos furtos, o que se constata dos documentos de f.58/60, 64/65 e 70/71, e até faziam uma

'correria', o que indica que se dedicam a atividades criminosas, bem como possuem péssimos antecedentes criminais, afastando a possibilidade de concessão da benesse em questão.

Logo, os Apelantes, não fazem jus à minorante do tráfico privilegiado, devendo a sentença ser reformada neste tocante.

A nova dosimetria será realizada em tópico posterior.

Matéria analisada de ofício - Menoridade relativa Com efeito, impõe-se analisar, de ofício, a questão relativa à menoridade relativa do Apelado Juliano Gardiano de Jesus, por se tratar de matéria de ordem pública.

O art. 65, I, do CP dispõe que:

'Art.65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou mais de 70 (setenta) anos, na data da sentença'.

O delito de que trata estes autos foi cometido em 22.08.2014, sendo que o Acusado Juliano, conforme qualificação constante da denúncia, nasceu em 05.12.1995, ou seja, tinha dezoito anos quando do cometimento do delito, fazendo, portanto, jus à aplicação da referida atenuante, o que fica reconhecido, para fins de fixação da nova dosimetria que será realizada no tópico posterior.

Nova dosimetria penal Reinaldo Aparecido de Lima: O Apelante restou condenado pelo crime previsto nos artigos 33, *caput*, e artigo 40, III, ambos da Lei 11.343/06.

O crime do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 possui pena abstrata de reclusão de 5 a 15 anos e pagamento de 500 a 1.500 dias-multa.

1ª fase: conforme reconhecido em sentença, todas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP, foram consideradas neutras, e, portanto, a pena base permanece fixada no mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

2ª fase: não existem atenuantes ou agravantes, tal como reconhecido na sentença, motivo pelo qual a pena intermediária permanece em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

3ª fase: não havendo causas de diminuição da pena, uma vez que restou afastada neste voto a incidência da benesse prevista no parágrafo 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, e estando presente a causa especial de aumento de pena do art. 40, III, razão pela qual, conforme sentença, aumenta-se a pena em 1/5, ficando assim a pena definitiva fixada em 6 (seis) anos e 600 (seiscentos) dias multa, fixados em 1/30 do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos devidamente corrigido na data do pagamento.

Tendo em vista o redimensionamento da pena, o regime inicial do cumprimento de pena passa a ser o semiaberto, nos termos do artigo 33, § 3º, 'b' do Código Penal. Maria Rosa Fausto Vieira: A Apelante restou condenada pelo crime previsto nos artigos 33, *caput*, e artigo 40, III, ambos da Lei 11.343/06.

O crime do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 possui pena abstrata de reclusão de 5 a 15 anos e pagamento de 500 a 1.500 dias-multa.

1ª fase: conforme reconhecido em sentença, todas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP, foram consideradas neutras, e, portanto, a pena base permanece fixada no mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

2ª fase: não existem atenuantes ou agravantes, tal como reconhecido na sentença, motivo pelo qual a pena intermediária permanece em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

3ª fase: não havendo causas de diminuição da pena, uma vez que restou afastada neste voto a incidência da benesse prevista no parágrafo 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, e estando presente a causa especial de aumento

de pena do art. 40, III, razão pela qual, conforme sentença, aumenta-se a pena em 1/5, ficando assim a pena definitiva fixada em 6 (seis) anos e 600 (seiscentos) dias multa, fixados em 1/30 do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos devidamente corrigido na data do pagamento.

Tendo em vista o redimensionamento da pena, o regime inicial do cumprimento de pena passa a ser o semiaberto, nos termos do artigo 33, § 3º, 'b' do Código Penal. Juliano Gardino de Jesus: O Apelante restou condenado pelo crime previsto nos artigos 33, caput, e artigo 40, III, ambos da Lei 11.343/06.

O crime do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 possui pena abstrata de reclusão de 5 a 15 anos e pagamento de 500 a 1.500 dias-multa.

1ª fase: conforme reconhecido em sentença, todas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP, foram consideradas neutras, e, portanto, a pena base permanece fixada no mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

2ª fase: não existem agravantes, tal como reconhecido na sentença, e está presente a atenuante da menoridade relativa, reconhecida de ofício neste voto, no entanto, nos termos da Súmula 231 do STJ, esta não pode conduzir a pena intermediária abaixo do mínimo legal, motivo pelo qual a pena intermediária permanece em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

3ª fase: não havendo causas de diminuição da pena, uma vez que restou afastada neste voto a incidência da benesse prevista no parágrafo 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, e estando presente a causa especial de aumento de pena do art. 40, III, razão pela qual, conforme sentença, aumenta-se a pena em 1/5, ficando assim a pena definitiva fixada em 6 (seis) anos e 600 (seiscentos) dias multa, fixados em 1/30 do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos devidamente corrigido na data do

pagamento.

Tendo em vista o redimensionamento da pena, o regime inicial do cumprimento de pena passa a ser o semiaberto, nos termos do artigo 33, § 3º, 'b', do Código Penal.

Para o afastamento da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, nota-se que a instância *a quo* valorou não a quantidade de drogas, mas outros elementos dos autos, notadamente o fato de que em seus depoimentos em juízo, f. 236, todos os Apelados, Juliano, Maria Rosa e Reinaldo, confirmaram que, para sustentar o vício, cometiam diversos furtos, o que se constata dos documentos de fls. 58/60, 64/65 e 70/71, e até faziam uma 'correria', o que indica que se dedicam a atividades criminosas, bem como possuem péssimos antecedentes criminais, afastando a possibilidade de concessão da benesse em questão (fl. 406).

Esta Corte superior entende que, para afastar a benesse com suporte na dedicação à atividades criminosas, é preciso aliar elementos concretos suficientes o bastante que permitam a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas e/ou integra organização criminosa, conforme se verifica no caso dos autos, sob pena de indevido *bis in idem*. Nesse sentido: [...].

Na hipótese, tendo o Tribunal *a quo* valorado não a quantidade de drogas, mas outros elementos de convicção dos autos, considerando, nesse sentido, o fato de que 'em seus depoimentos em juízo, [...] todos os Apelados [...] confirmaram que, para sustentar o vício, cometiam diversos furtos, o que se constata dos documentos de f. 58/60, 64/65 e 70/71, e até faziam uma 'correria', o que indica que se dedicam a atividades criminosas', mostra-se incabível a aplicação do redutor previsto na Lei de Drogas, pela falta do preenchimento de um dos seus pressupostos legais. Logo, afastada, motivadamente, a incidência da causa de redução de pena do art. 33, § 4º, da Lei Tóxicos, e mantida a pena de 6 anos de reclusão estabelecida

pela Corte de origem, restam prejudicados os pleitos de imposição do regime inicial aberto e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos dos arts. 33, § 2º, **b**, e 44, I, ambos do Código Penal.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental” (págs. 77-82 do documento eletrônico 3).

Todavia, precedentemente a esse voto e à decisão da Quinta Turma, que ora se combate, o Subprocurador-Geral da República Mario Luz Bonsaglia manifestou-se no seguinte sentido:

“[...]

A Corte de Justiça local, ao julgar o recurso de apelação interposto pelo Ministério Público estadual, afastou a minorante do tráfico privilegiado fazendo referência ao fato de que os pacientes cometiam furtos para ‘sustentar o vício’ (e-STJ fls. 408).

Entretanto, verifica-se do acórdão impugnado a referência de que os pacientes são primários e que não restou comprovado que integram organização criminosa.

De fato, na pena-base de cada um dos pacientes inexistente avaliação negativa dos antecedentes e na segunda fase da dosimetria, não há a incidência da agravante da reincidência, razão pela qual a referência acima, constante do acórdão impugnado para afastar a minorante em tela, não pode prosperar.

Ademais, a quantidade de droga apreendida (3,5 gramas de *crack*), embora expressiva, não é de elevada monta, devendo ser aplicado o redutor em sua fração máxima de 2/3 (dois terços).

Em acréscimo, tratando-se de pacientes primários, com pena-base fixada no mínimo legal e, ao final, a ser concretizada em patamar inferior a 4 (quatro) anos, em razão da aplicação da minorante do tráfico privilegiado, conforme a presente manifestação, é de se fixar o regime inicial aberto para cumprimento da pena.

Por fim, os pacientes preenchem os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, considerando, notadamente, que são primários, a quantidade de pena privativa de liberdade a ser aplicada (conforme a presente manifestação) e a ausência de circunstâncias desfavoráveis, razão pela qual é de se conceder a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

[...]

Ante o exposto, opina o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL pela concessão da ordem, para aplicar a minorante do tráfico privilegiado na fração de 2/3 (dois terços), aos pacientes, fixar o regime inicial aberto e substituir a pena corporal por restritivas de direitos” (págs. 46-47 do documento eletrônico 3).

Posteriormente, como visto, em sede de recurso ordinário, o Subprocurador-Geral da República Alcides Martins opinou também pelo provimento deste recurso, nos seguintes termos:

“[...]

5. O recurso ordinário comporta provimento. 6. Na espécie, a sentença condenatória reconheceu a causa de diminuição do § 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/06, reduzindo a pena em 2/3 (dois terços), resultando em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão. 7. Apelação criminal do Ministério Público Estadual provida parcialmente, afastando-se o redutor em tela, *verbis*:

‘In casu, constata-se que os réus/recorridos são primários (f.138 a 151), e não restou comprovado que integrem organização criminosa, no entanto, em seus depoimentos em juízo, f.236, todos os Apelados, Juliano, Maria Rosa e Reinaldo, confirmaram que, para sustentar o vício, cometiam diversos furtos, o que se constata dos documentos de f.58/60, 64/65 e 70/71, e até faziam uma ‘correria’, o que indica que se dedicam a atividades criminosas, bem como possuem péssimos antecedentes

criminais, afastando a possibilidade de concessão da benesse em questão’.

8. O acórdão recorrido, a fl. 479, *verbis*:

‘Na hipótese, tendo o Tribunal *a quo* valorado não a quantidade de drogas, mas outros elementos de convicção dos autos, considerando, nesse sentido, o fato de que em seus depoimentos em juízo, [...] todos os Apelados [...] confirmaram que, para sustentar o vício, cometiam diversos furtos, o que se constata dos documentos de f. 58/60, 64/65 e 70/71, e até faziam uma ‘correria’, o que indica que se dedicam a atividades criminosas, mostra-se incabível a aplicação do redutor previsto na Lei de Drogas, pela falta do preenchimento de um dos seus pressupostos legais. Logo, afastada, motivadamente, a incidência da causa de redução de pena do art. 33, § 4º, da Lei Tóxicos, e mantida a pena de 6 anos de reclusão estabelecida pela Corte de origem, restam prejudicados os pleitos de imposição do regime inicial aberto e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos dos arts. 33, § 2º, **b**, e 44, I, ambos do Código Penal’.

9. Conforme contrarrazões do MPF de fls. 503/505, *verbis*:

‘A Corte local, ao julgar o recurso de apelação interposto pelo Ministério Público estadual, afastou a minorante do tráfico privilegiado fazendo referência ao fato de que os pacientes cometiam furtos para ‘sustentar o vício’ (e-STJ fls. 408).

De fato, como consta do acórdão recorrido, prolatado pela E. Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal de origem considerou, para afastar a referida minorante, que ‘o fato de que em seus depoimentos em juízo, [...] todos os Apelados [...] confirmaram que, para sustentar o vício, cometiam diversos furtos, o que se constata dos documentos de f. 58/60, 64/65 e 70/71, e até faziam uma ‘correria’, o que indica que se dedicam a atividades criminosas’, razão pela qual seria ‘incabível a

aplicação do redutor previsto na Lei de Drogas, pela falta do preenchimento de um dos seus pressupostos legais' (e-STJ fls. 479).

Entretanto, verifica-se do acórdão prolatado pela Corte de origem a referência de que os pacientes/recorrentes são primários e que não restou comprovado que integram organização criminosa.

De fato, na pena-base de cada um dos recorrentes inexistente avaliação negativa dos antecedentes e, na segunda fase da dosimetria, não há a incidência da agravante da reincidência, razão pela qual a referência acima, constante do acórdão impugnado para afastar a minorante em tela, *data venia*, não pode prosperar. Ademais, a quantidade de droga apreendida (3,5 gramas de *crack*), embora expressiva, não é de elevada monta. Dessa forma, é de se aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, na fração de 2/3 (dois terços).

Em acréscimo, tratando-se de pacientes primários, com pena-base fixada no mínimo legal e, ao final, a ser concretizada em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, em razão da aplicação da minorante do tráfico privilegiado, conforme a presente manifestação, é de se fixar o regime inicial aberto para cumprimento da pena.

Por fim, os pacientes/recorrentes preenchem os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, considerando, notadamente, que são primários; a quantidade de pena privativa de liberdade a ser aplicada (conforme a presente manifestação), e a ausência de circunstâncias desfavoráveis, razão pela qual é de se conceder a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Desse modo, é de se dar provimento ao recurso ordinário, para aplicar a minorante do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006) na fração de 2/3 (dois terços); fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das execuções'.

10. O entendimento do STJ diverge daquele adotado pela

maioria no STF.

11. No julgamento do *Habeas Corpus* n. 151.431, o Ministro Gilmar Mendes, o Relator, concluiu que inquéritos e ações penais em curso não podem servir de fundamentos para afastar a causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (Segunda Turma, DJe 8.5.2018).

12. No mesmo sentido, há julgados da Primeira Turma, no sentido de que ‘revela-se inviável concluir pela dedicação do acusado a atividades criminosas, afastando-se a incidência da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, considerado processo-crime em tramitação’ (HC 173806, Primeira Turma, Min. Marco Aurélio, pub. 9/3/2020).

Em face do exposto, manifesta-se este Órgão Ministerial no sentido de que o recurso ordinário seja provido, com restabelecimento da causa de diminuição reconhecida na sentença e do abrandamento do regime prisional” (documento eletrônico 6).

Conforme se verifica, o Tribunal de Justiça afastou a minorante do tráfico privilegiado fazendo referência ao fato de que os ora recorrentes cometiam furtos para sustentar o vício.

Todavia, após minudente análise da causa, o *Parquet* Federal evidenciou que Juliano Gardiano de Jesus, Maria Rosa Fausto Vieira e Reinaldo Aparecido de Lima, notadamente, são primários, não havendo qualquer circunstância desfavorável que afaste a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Assim, aplico à espécie a fundamentação *per relationem*, técnica na qual “[...] o magistrado se utiliza de trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, [que] não configura ofensa ao disposto no art. 93, IX, da CF” (RHC 116.166, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, grifei).

RHC 190137 / MS

Isso posto, concedo parcialmente a ordem, nos exatos termos dos referidos pareceres do MPF.

Comunique-se com urgência.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 12 de novembro de 2020.

Ministro Ricardo Lewandowski

Relator