

HABEAS CORPUS Nº 568.859 - MG (2020/0074947-1)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : PEDRO AUGUSTO DE LIMA FELIPE E POSSA
ADVOGADO : PEDRO AUGUSTO DE LIMA FELIPE E POSSA - MG174484
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : DOUGLAS VANDRE BARBOSA (PRESO)
PACIENTE : DIEGO WILLIAN DUTRA (PRESO)
PACIENTE : DLAYTON DE PAULA DUTRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de DOUGLAS VANDRE BARBOSA, DIEGO WILLIAN DUTRA e DLAYTON DE PAULA DUTRA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Depreende-se dos autos que os pacientes foram presos em flagrante no dia 6/2/2015, pela suposta prática do crime inserto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Foram apreendidos 490,2g (quatrocentos e noventa gramas e dois decigramas) de maconha, além de balança de precisão. A prisão foi convertida em preventiva.

Após a instrução criminal, sobreveio a sentença que julgou parcialmente a pretensão acusatória declassificando a conduta dos acusados para o crime disposto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, aplicando a todos a pena de prestação de serviços à comunidade pelo período de 4 meses (e-STJfls. 319/323).

O Tribunal de origem deu provimento à apelação apresentada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais para condenar os réus, como incursos no disposto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, impondo a pena de 5 anos e 6 meses, mais 55 dias-multa para DOUGLAS VANDRE BARBOSA e DLAYTON DE PAULA DUTRA, e de 5 anos, mais 500 dias-multa para DIEGO WILLIAN DUTRA, com regime inicial fechado para o início do cumprimento das penas. Foi determinada a expedição de mandado de prisão.

O acórdão proferido recebeu a seguinte ementa (e-STJ fl. 18):

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS.

INCONFORMISMO MINISTERIAL. CONDENAÇÃO DOS APELADOS. NECESSIDADE AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. ROBUSTO ACERVO PROBATÓRIO. FIXAÇÃO DAS PENAS. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA. RECONHECIMENTO EM RELAÇÃO A UM REU. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ARTIGO 33 § 4º DA LEI ANTIDROGAS. INVIABILIDADE. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS INDIVÍDUOS QUE SE DEDICAM A TRAFICÂNCIA. RECURSO PROVIDO. MANDADO DE PRISÃO. 1. Comprovada, por meio do robusto cervo probatório, sobretudo pelas declarações das testemunhas, a prática o tráfico de drogas pelos agentes, havendo elementos que demonstrem que foi praticada pelo menos uma das condutas descritas no tipo penal, deve ser proferida a condenação pelo crime o artigo 33 da Lei Antidrogas. 2. Quando a palavra dos policiais é amparada por outros elementos de convicção, demonstrando-se frágil a versão dos acusados, deve prevalecer a condenação. 3. A na-base deve ser estabelecida com base na análise das circunstancias judiciais do artigo 59 do CP, sendo necessária a imposição da pena, na primeira fase da dosimetria, em patamar acima do mínimo legal, sobretudo em virtude da elevada quantidade de droga apreendida. 4. Sendo um dos agentes menor de 21 anos à época dos fatos, necessária a incidência da respectiva atenuante. 5. Havendo provas nos autos de que os agentes se dedicam à atividade criminosa, fazendo da traficância seus meios de vida, resta inviabilizada a aplicação da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06. 6. Recurso provido. Expeça-se mandado de prisão.

Após o trânsito em julgado da condenação, a defesa ajuizou revisão criminal, tendo sido julgado improcedente o pedido revisional em acórdão cuja ementa foi assim definida (e-STJ fl. 24):

REVISÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO DE DROGAS – INVIABILIDADE - INCIDENCIA DA MINORANTE DO §4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 – IMPOSSIBILIDADE - MATÉRIAS JA ANALISADAS – PEDIDO IMPROCEDENTE.

A Revisão Criminal é cabível nas hipóteses previstas no art. 621 do CPP, e, em caráter excepcional, admite-se para fins de alteração da pena, desde que se vislumbre, de forma evidente, um erro técnico ou injustiça, o que não ocorre in casu.

Considerando que a matéria suscitada já foi discutida em sede de Recurso de Apelação, e encontra-se em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e ainda, ausentes as hipóteses previstas no art.621 do CPP, é de se indeferir a ação revisional.

Neste *habeas corpus*, aduz a defesa que os pacientes estariam sofrendo constrangimento ilegal, sustentando, inicialmente, a necessidade de restabelecimento da sentença que desclassificou a conduta para aquela prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

Sustenta, outrossim, a existência de *bis in idem* na aplicação da pena, porquanto considerada a quantidade de drogas apreendida para exasperar a pena-base, afastar a minorante contida no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e fixar o regime fechado para o início de cumprimento da reprimenda.

Alega, ademais, a necessidade de aplicação da causa de diminuição referida.

Requer, ao final, inclusive liminarmente, a concessão da ordem para: "1) fazer vale o disposto no art. 156 do CPP, resgatando a sentença desclassificatória de piso; ou 2) redimensionar a pena aplicada, com consequente abrandamento do regime, substituição da reprimenda corporal por restritivas de direito com afastamento do *bis in idem*; e 3) aplicação do tráfico privilegiado, reduzindo-se a pena imposta aos pacientes" (e-STJ fls. 16/17).

É o relatório.

Decido.

Preliminarmente, deve-se ressaltar que, como é cediço, a verificação do acerto ou desacerto do entendimento fixado pelas instâncias ordinárias, para fins de absolvição ou desclassificação do delito imputado, ultrapassa os limites cognitivos do *habeas corpus*, notadamente quando se trata de condenação passada em julgado, como na espécie.

Com efeito, a desconstituição da condenação implica o necessário revolvimento do acervo fático-probatório disposto nos autos, a reanálise acerca dos elementos constitutivos do tipo e a verificação da perfeita adequação do fato à norma, providências vedadas na angusta via do remédio constitucional, marcada pela celeridade e pela sumariedade na cognição.

Sobre o tema é o vaticínio da doutrina:

Superior Tribunal de Justiça

A semelhança entre a revisão criminal e o habeas corpus é que ambas são ações constitucionais e podem ser ajuizadas após o trânsito em julgado. No entanto, o habeas corpus liga-se à liberdade de locomoção e, após o trânsito em julgado da decisão, somente tem cabimento nas hipóteses de nulidade absoluta (art. 648, VI, CPP). Quanto à revisão criminal, seu enfoque é o erro judiciário, necessitando maior exploração das provas, algo incompatível com o habeas corpus. [...] (NUCCI. Guilherme de Souza. Habeas Corpus. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 187)

No mesmo sentido, é a firme jurisprudência desta Corte de Justiça:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. INVIABILIDADE. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. NÃO CONHECIMENTO.

- 1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de revisão criminal, inviável o seu conhecimento.*
- 2. O mandamus se presta a sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção. Não cabe nesta via estreita o revolvimento fático-probatório a ensejar a absolvição do paciente. [...]*
- 5. Habeas corpus não conhecido.*

(HC 328.080/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 10/06/2016)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA O DELITO DE AMEAÇA E ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. FRAÇÃO DE AUMENTO NA TERCEIRA FASE DE APLICAÇÃO DA PENA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM CONSONÂNCIA COM A SÚMULA 443/STJ. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. DETRAÇÃO PENAL. QUESTÃO NÃO ENFRENTADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PARECER ACOLHIDO.

- 1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm mais admitido a utilização do habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.*
- 2. A análise das teses de desclassificação da conduta de roubo para o crime de ameaça e a absolvição quanto ao delito de corrupção*

Superior Tribunal de Justiça

de menores, segundo a jurisprudência desta Corte, demandaria, necessariamente, o exame do acervo fático-probatório, o que não se coaduna com a via estreita do habeas corpus. [...]

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 338.671/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 16/05/2016)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TENTATIVA DE LATROCÍNIO. ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. ROUBO. ART. 157, § 3º, 1ª PARTE. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVA. DESNECESSIDADE DE LESÃO CORPORAL.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Incabível o exame do pleito de absolvição e de desclassificação do delito, pois, para se afastar o entendimento adotado pelas instâncias ordinárias, seria necessário o revolvimento do conjunto probatório, o que não é possível em sede de habeas corpus. [...]

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 151.885/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 14/05/2015)

No mais, cumpre asseverar que, na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

No caso, estes foram os fundamentos utilizados pelo Tribunal de origem, por ocasião da dosimetria dos pacientes (e-STJ fls. 22/23, grifei):

Passo, agora, à dosimetria da pena, o fazendo de maneira conjunta em relação aos acusados ora condenados pelo delito de tráfico de drogas, haja vista a semelhança das circunstâncias fático-jurídicas em que os recorridos se encontram.

Na primeira de fase de aplicação da pena, tenho que a culpabilidade não ultrapassa os limites do próprio delito, não havendo elementos

Superior Tribunal de Justiça

nos autos que possam torná-la desfavorável, ante a ausência de maior frustração em razão do que se esperava da autodeterminação dos agentes.

A culpabilidade dos réus, prevista no artigo 59 do Código Penal, não pode ser confundida com a culpabilidade tida como elemento do crime. A conduta dos acusados é censurável, como qualquer crime, pois agiram com dolo e motivado pela possibilidade de fácil enriquecimento ilícito com a venda de drogas, mas não a ponto de justificar maior exasperação da pena.

Os réus não possuem maus antecedentes, conforme CAC's de fls. 62/66.

Não vislumbro elementos nos autos que possam dar suporte à análise da conduta social dos apelados, que deve ser examinada em razão do desempenho do agente na sociedade, em família, no trabalho, na religião, no grupo comunitário.

Inexistentes, também, informações que caracterizem a personalidade dos agentes, uma vez ausentes elementos que possam mensurar suas sensibilidades ético-social, a presença ou não de desvios de caráter, tampouco o modo de pensar, sentir e agir dos indivíduos, incluindo suas habilidades, atitudes, crenças e emoções, fatores essenciais à análise da presente circunstância.

As circunstâncias e conseqüências do delito também são próprias do tipo, não extrapolando aquelas normais da conduta incriminada.

Também os motivos de agir dos agentes não se apresentam mais reprováveis daqueles normais à própria espécie delitiva, não lhes devendo ser considerados desfavoráveis, tendo em vista que o ganho fácil ou a ganância pelo dinheiro através da mercancia ilícita são ínsitos do tipo penal.

Por derradeiro, não há que se analisar a circunstância referente ao comportamento da vítima, ante a espécie de delito praticado.

Finalmente, tenho que a elevada quantidade dos entorpecentes apreendidos (490,2g - Laudo Toxicológico Definitivo de fl. 137) deve, nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/06, conduzir à elevação da pena-base.

Dessa forma, tendo como favoráveis aos agentes a maioria das circunstâncias judiciais e levando-se em consideração a quantidade de substância apreendida, estabeleço a pena-base de todos os acusados em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mais pagamento de 550 quinhentos e cinquenta) dias-multa.

Na segunda fase, apenas o acusado Douglas faz jus ao reconhecimento da atenuante da menoridade relativa, eis que menor de 21 anos ao tempo dos fatos, pelo que reduzo sua reprimenda ao mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa; conservando inalterada a reprimenda dos demais réus, ante a inexistência de circunstâncias atenuantes ou agravantes a serem reconhecidas.

Na terceira fase, tenho que os réus não fazem jus ao reconhecimento da figura do tráfico privilegiado em seus favores, eis que entendo que para a aplicação da referida causa de

diminuição, além da análise de requisitos subjetivos, deve ser levado em conta a qualidade e quantidade de drogas apreendidas, sendo que estas, in casu, mostram-se exacerbadas (490,2g de "maconha"), razão pela qual mostra-se inviável o reconhecimento da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, uma vez que evidencia que os agentes se dedicam à atividade criminosa.

Destarte, inexistindo causas especiais de aumento ou diminuição de pena, estabeleço as penas definitivas de Dlayton e Diego em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mais pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, à razão mínima. Quanto a Diego, concretizo sua reprimenda em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, também a razão mínima, ante a ausência de elementos acerca da situação sócio-econômica dos agentes.

No que se refere à fixação do regime de cumprimento de pena, não tendo sido aplicado aos recorridos a minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, ante a quantidade das substâncias apreendidas, impõe-se o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal, além de sê-lo o mais adequado ao cumprimento das finalidades da pena, de repressão e prevenção de novos delitos.

Em razão da quantidade de pena aplicada e da necessidade de cumprir-se de forma satisfatória as finalidades da pena, fica afastada a substituição da reprimenda por restritiva de direitos, bem como a concessão do "sursis".

Do exame do excerto acima transcrito, verifica-se que o Tribunal de origem utilizou a quantidade da droga apreendida como fundamento tanto para exasperar a pena-base quanto para justificar a não incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Todavia, em atenção ao que decidido pelo Supremo Tribunal Federal no ARE 666.334/AM, julgado sob o regime da repercussão geral, para evitar a ocorrência de *bis in idem*, **o mesmo critério, qual seja, a quantidade e a natureza da droga, não pode ser adotado para agravar a reprimenda básica e, também, para afastar ou modular a fração do redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.**

Nesse sentido:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE DA DROGA CONSIDERADA NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM RECONHECIDO. REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A Sexta Turma desta Corte Superior firmou interpretação de

que, uma vez valorada a quantidade e a natureza da droga na primeira etapa da dosimetria, mostra-se inviável sua utilização na terceira etapa para negar ou mesmo modular o fator de diminuição da pena pelo privilégio do tráfico de drogas. Precedentes.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 870.676/ES, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 11/02/2020, DJe 17/02/2020, grifei)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS VALORADAS NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES. BIS IN IDEM RECONHECIDO. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE. DOSIMETRIA DA SENTENÇA RESTABELECIDA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Vigora, atualmente, perante a Sexta Turma dessa Corte Superior, interpretação no sentido de que, uma vez valorada a quantidade e a natureza da droga na primeira etapa da dosimetria, inviável sua utilização na terceira etapa para negar ou mesmo modular o fator de diminuição da pena pelo privilégio do tráfico de drogas.

2. Considerando a quantidade não relevante do entorpecente apreendido - 65 gramas de cocaína -, justifica-se o restabelecimento da dosimetria fixada na sentença condenatória, visto que, não obstante a natureza danosa do estupefaciente, entende esta Corte Superior que a quantidade não relevante e a ausência de circunstâncias adicionais (inserção em grupo criminoso de maior risco social, atuação armada, envolvendo menores ou com instrumentos de refino da droga, etc.) desautorizam a exasperação da pena-base, a vedação à minorante do tráfico, o agravamento do regime prisional ou a negativa à substituição das penas. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 498.388/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/09/2019, DJe 10/09/2019, grifei)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE DA DROGA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. BIS IN IDEM. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITO. INAPLICABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

[...].

2. A utilização da quantidade e da natureza da droga, cumulativamente, na primeira e na terceira fase da dosimetria

da pena, seja para modular ou negar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, configura bis in idem, consoante entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/AM (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014). Precedentes do STJ e do STF.

[...]

4. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena e, assim, afaste o bis in idem ora identificado, mantido no mais o acórdão impugnado.

(HC 297.115/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 16/06/2016, grifei.)

Ademais, não obstante a Corte de origem tenha consignado que a quantidade de entorpecente apreendido justificaria a exasperação da pena-base, o que, de fato, vai ao encontro da jurisprudência desta Corte sobre o tema, entendo que as circunstâncias do caso concreto não denotam uma maior periculosidade ou reprovabilidade da conduta praticada pelos pacientes a justificar o aumento da pena, na primeira fase, com fulcro no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Veja-se, oportunamente, o que ficou evidenciado no Laudo de Constatação, colacionado à e-STJ fl. 113, quanto ao material apreendido em poder dos pacientes:

HISTÓRICO

Em atendimento à requisição da Autoridade supracitada, o Perito Oficial signatário realizou o exame de Constatação Preliminar de Droga

DA SUBSTÂNCIA ALVO DOS EXAMES

- Um (01) invólucro de plástico filme transparente contando em seu interior substância de natureza vegetal constituída da hastes, folhas secas e frutos, de massa total de 4,10g (quatro gramas e dez centigramas);

- Um (01) cigarro artesanal confeccionado em papei contendo em seu interior substância de natureza vegetal triturada, constituída de hastes e folhas secas, de massa total de 0,34 g (trinta e quatro centigramas);

- Um cano de PVC de cor preta de aproximadamente 14,0 cm de comprimento e 2.0 cm de diâmetro contendo seu interior completamente preenchido por substância da natureza vegetal, constituída de hastes e folhas em processo de secagem, apresentando de massa total de 51,91 g (cinquenta e um gramas e

noventa e um centigramas), e;

- Um cano de PVC de cor branca de aproximadamente 20,0 cm de comprimento e 10,0 cm de diâmetro, com uma de suas extremidades envolta em papelão, sacola plástica e fita adesiva contendo em seu interior substância de natureza vegetal constituída de hastes e tolhas verdes misturada em líquido, apresentando massa total de 433,65 g (quatrocentos e trinta e três gramas e sessenta e cinco centigramas);

Massa total da substância apreendida: 490,2 gramas

Conforme ficou evidenciado nos autos, os pacientes haviam misturado parte da maconha com cachaça e mel, colocando a mistura em um recipiente de PVC, tendo sido considerada a massa bruta de todo o material como substância entorpecente.

Assim, a meu ver, não obstante não se possa concluir, com inequívoca precisão, a exata quantidade de entorpecentes apreendida em poder dos pacientes, revela-se desproporcional o aumento da pena na primeira fase do cálculo, devendo a pena-base do crime ser estabelecida no mínimo legal.

Por fim, não exurgindo dos autos nenhum outro elemento concreto que indique que os pacientes se dedicam a atividades criminosas ou integram organização criminosa e considerando a primariedade e ausência de antecedentes criminais, deve-lhes ser conferida a minorante contida no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, em seu grau máximo.

Passo, assim, à nova dosimetria dos pacientes, considerados os parâmetros acima delineados.

Na primeira fase, estabeleço a pena dos pacientes no mínimo legal, em 5 anos de reclusão, mais pagamento de 500 dias-multa.

Na segunda fase, conquanto o paciente DOUGLAS faça jus à atenuante da menoridade relativa, permanece a pena nesse *quantum*, em razão do disposto na Súmula n. 231/STJ.

Na terceira fase, aplica-se a minorante do denominado tráfico privilegiado, em seu grau máximo, consolidando-se a pena dos pacientes em 1 ano e 8 meses, mais pagamento de 166 dias-multa.

Superior Tribunal de Justiça

Sob essa perspectiva, considerada a quantidade de pena aplicada – 1 ano e 8 meses de reclusão –, bem como fixada a pena-base no mínimo legal, em virtude da análise favorável das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, os pacientes fazem jus ao regime aberto, o qual se revela como o mais adequado à prevenção e à repressão do delito em tela, conforme o art. 33, § 3º, do Código Penal.

Da mesma forma, preenchidos os pressupostos previstos no art. 44 do Código Penal, resulta cabível a conversão das penas privativas de liberdade em medidas restritivas de direitos.

Ante o exposto, **concedo parcialmente a ordem, *in limine***, para redimensionar a pena dos pacientes para 1 ano e 8 meses de reclusão, mais pagamento de 166 dias-multa, bem como para fixar o regime aberto como o de início de cumprimento da pena e substituir a pena privativa de liberdade por 2 restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das execuções penais.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator