**HABEAS CORPUS Nº 492.910 - SP (2019/0039653-1)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO FELIX FISCHER** |
| IMPETRANTE | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| ADVOGADOS | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO<br>BRUNO GIRADE PARISE - SP272254 |
| IMPETRADO | : | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE | : | JONATHAN JARDEL VITORINO PORTELA (PRESO) |

**DECISÃO**

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, **com pedido liminar**, impetrado pela Defensoria Pública estadual em favor de JONATHAN JARDEL VITORINO PORTELA contra acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0094501-97.2017.8.26.0050**.**

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado às penas de **5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa**, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação ao Tribunal de origem, que, por unanimidade, deu parcial provimento ao apelo, a fim de reconhecer a incidência do tráfico privilegiado e, por conseguinte, fixar a reprimenda em **2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa**, nos termos do acórdão juntado às fls. 31-53, assim ementado:

> *"APELAÇÃO - Tráfico de entorpecentes – Materialidade e autoria comprovadas – Pedido de absolvição - Impossibilidade uma vez que a conduta se amolda ao art. 33, caput, da Lei n° 11.343/06 – Condenações mantidas - Diminuição da fração de aumento pela agravante da reincidência de Marcos, ora levada a efeito - Aplicação do benefício previsto no parágrafo 4º do artigo 33 da lei de regência que ora se confere ao réu Jonathan - Inviável a substituição das penas privativas de liberdade de ambos os acusados por restritivas de direitos diante*

*das peculiaridades do caso concreto, do princípio da suficiência da pena e, quanto a um deles, do próprio montante da pena - Incabível regime prisional diverso do fechado pelos mesmos motivos, além da reincidência do réu Marcos - Recurso parcialmente provido, somente para redução das penas."* (fl. 32).

No presente **writ**, a impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal na dosimetria da pena, sob a premissa de que não houve fundamentação idônea a justificar a não aplicação da fração máxima da redutora capitulada no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Igualmente, alega que houve afronta aos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior, ao argumento de que o regime inicial de cumprimento de pena foi fixado com base na hediondez do crime.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja fixado o regime inicial aberto e reduzida a pena em 2/3 (dois terços), tendo em vista a incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4° do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

**A liminar foi parcialmente concedida, a fim de fixar, apenas, o regime inicial aberto** (fls. 58-60).

Informações às fls. 64-68 e 73-98.

O Ministério Público Federal, às fls. 101-105, manifestou-se pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

*"PENAL. PROCESSUAL PENAL. REGIME ABERTO, PARA O INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA PENA. IMPROCEDÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. LEGALIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. Para aplicação do regime prisional deve-se considerar as condições do Réu, o* ***quantum*** *da pena e as características do Fato.*

*PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM."* (fl. 101).

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.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

**Conforme relatado**, busca-se na presente impetração: i) a redução da pena em 2/3 (dois terços), tendo em vista a incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4° do art. 33 da Lei n. 11.343/2006; ii) a fixação do regime inicial aberto.

Transcrevo, a fim de delimitar a **quaestio**, os seguintes trechos do v. acórdão impugnado:

*"Por fim, na terceira fase da dosimetria, a Juíza a quo entendeu não ser o caso de aplicação do benefício previsto no parágrafo 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, também para o réu Jonathan, pois considerou que "a quantidade de drogas apreendidas 23 porções de cocaína, e mais 41 porções de Cannabis sativa L e 132 porções de cocaína - obsta o reconhecimento do redutor" (fls. 207).*

*Entretanto, com relação ao réu Jonathan, tem-se que ele é primário, sendo possível a modificação da sentença nesta parte da dosimetria, para conceder-lhe referido benefício, pois, se verifica que, além do mais, a quantidade de droga encontrada, levando-se me consideração seu peso líquido, não foi tão grande a ponto de impedir, neste caso concreto, a incidência do redutor e não há base segura, aqui, para que se conclua pela existência da efetiva dedicação de Jonathan às atividades criminosas.*

*Assim, como o apelante é primário, era relativamente menor de idade na época dos fatos, e os elementos existentes não são de molde a impedi-lo, bem como em face do acima ponderado e da ausência de evidências de participação em organização criminosa, afigura- se de melhor alvitre lhe*

*conceder o benefício previsto no referido dispositivo legal, para que sua reprimenda seja diminuída na proporção de 1/2 (metade).*

*Importante ressaltar que os contornos da hipótese concreta não permitem abrandamento maior, sob pena de insuficiência da reprovação. Embora não tenha sido enorme a quantidade de entorpecentes apreendida, esta não deixou de ser significativa, observando-se, também, a natureza particularmente nefasta de uma das drogas apreendidas (cocaína).*

*Note-se, ainda, que os tóxicos já estavam embalados em porções individuais, prontas para a venda, o que revela premeditação da conduta criminosa. Ademais, já se viu que o réu foi surpreendido em local já conhecido como ponto de venda de drogas e admitiu que, realmente exercia o comércio espúrio de entorpecentes ali, explicando que na data dos fatos estava "servindo 4 ou 5 usuários" (fls. 203) quando foi surpreendido pelos policiais. Nítida, portanto, sua convicção na prática delitiva. Sua conduta é acintosa e demonstra que não pode obter redução de pena maior do que a já enunciada, pois estava a exercer o comércio espúrio com intensidade e complexidade maior do que os vislumbrados em situações singelas.*

*Neste ritmo, a sanção final de Jonathan fica estabelecida em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo.*

*As peculiaridades do caso concreto e as circunstâncias que envolvem a prática do crime justificam, porém, a não substituição da sanção prisional por restritivas de direitos.*

*Tem-se que, em face da reincidência do acusado Marcos e da própria quantidade de sua pena final, bem como das peculiaridades específicas do caso concreto concernentes a ambos os acusados (ou seja, que valem também quanto ao réu Jonathan, em relação ao qual, valem, notadamente, as considerações já expendidas acima), com menção à natureza de parte dos tóxicos apreendidos e às características de suas ações, descabe a substituição da pena privativa de liberdade de qualquer um deles por restritivas de direitos e o regime inicial deve ser o fechado.*

*Deveras,* ***inclusive com relação ao réu Jonathan, as particularidades da hipótese concreta e as circunstâncias que envolvem a prática do crime justificam, à saciedade, a não substituição da pena privativa prisional por restritivas de direitos e a imposição do regime inicial fechado****. E tais circunstâncias peculiares se somam, como dito, quanto ao outro acusado, Marcos, a sua reincidência e ao próprio montante de sua pena final, para reforçar, também no tocante a ele, a absoluta impossibilidade de substituição e o cabimento do referido regime prisional inicial.* ***Basta atentar para as condutas especialmente reprováveis de ambos apelantes, que fogem ao padrão observado em conduta simples, pois, demonstrando ousadia e convicção na prática criminosa, comercializavam os tóxicos em local público e movimentado, que, inclusive, já era conhecido como ponto de venda de substâncias ilícitas.*** *Cumpre observar, ainda, que além de maconha, os réus comercializavam cocaína, entorpecente de alta potência e especialmente nocivo.* ***Nítida, também,***

***a existência de certo requinte na traficância, pois, como já visto, comercializando drogas de espécies distintas, os apelantes estavam preparados para atender compradores de gostos diversos, aumentando o rol de possíveis adquirentes. Além disto, deve-se atentar para a conduta especialmente ardilosa e engenhosa de Jonathan, que mantinha os entorpecentes escondidos dentro de sua roupa íntima (cueca), com o intuito de dificultar sua localização e ludibriar os agentes públicos. Ademais, os tóxicos já estavam embalados em porções individuais, prontas para a venda. Tal postura revela planejamento, dolo mais intenso e convicção na prática delitiva, demandando resposta penal à altura, que afaste a sensação de impunidade que, em casos quejandos, seria propiciada por mera substituição da sanção prisional.***

*Com efeito, no caso concreto ora em tela, está ausente o requisito subjetivo inarredável para a suspensão ou substituição da sanção privativa de liberdade, mesmo porque entendimento diverso afrontaria o princípio da suficiência da pena, consagrado no art. 44, III, parte final, do Código Penal. Ou seja, só se admite a substituição se a reprimenda restritiva de direito se mostrar suficiente para punir a conduta, o que, aqui, como visto, não se configura, pois o comportamento dos réus não pode ser considerado singelo ou de modesto potencial lesivo, nem comparado ao de quem pratica infração de menor importância (relembrando-se, especificamente quanto a Marcos, que este é reincidente e que a própria quantidade de sua pena final já impede tal substituição, a qual, pelas circunstâncias fáticas analisadas, se torna inviável também em relação a Jonathan).*

*[...]*

*Mas, conforme já analisado, no presente caso concreto, não se vislumbra essa excepcional leveza de conduta, que autorize especial brandura, para substituição da pena de prisão por restritiva de direitos.*

*[...]*

***Logo, descabe a substituição da pena privativa de liberdade e o regime prisional inicial, para ambos os réus, deve ser o fechado, diante das particularidades da hipótese concreta, detalhadamente descritas acima e que tornam mais intensamente reprovável o comportamento vislumbrado***.

*De se considerar,* ***ademais, que a conduta dos acusados se reveste de contornos ainda mais nocivos, pois, como dito, além de maconha, comercializavam entorpecentes de maior potencial lesivo do que o observado em casos comezinhos, qual seja, a cocaína, sabidamente dos mais potentes e devastadores.*** *Vale conferir, inclusive, precedentes desta Corte que apontam para a imposição de regime inicial fechado ao se constatar, in concreto, a utilização de droga particularmente pesada, como na hipótese dos presentes autos:*

*[...]*

*E a análise individualizada das peculiaridades do caso e da conduta dos réus, como acima explanado, corrobora o entendimento de que,*

*realmente, o regime prisional inicial deve ser o fechado, para que a penalidade tenha contornos de suficiência em face da situação concreta. Ou seja, em atenção ao disposto nas Súmulas nºs. 718 e 719 do C. STF, já ficou bem claro que não se cuida, aqui, de considerações genéricas sobre a gravidade em abstrato do crime, sendo certo que se desceu às minúcias do caso concreto (supra explicitadas e ora invocadas mais uma vez)* ***a fim de se demonstrar que, na específica situação detectada nos autos, descrita à saciedade, existe motivação idônea e inconteste a justificar a imposição do regime fechado para início do cumprimento da pena****."* (fls. 44-52, grifei).

Com efeito, para a fixação do percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o magistrado deve levar em consideração as circunstâncias do caso, **especialmente a natureza e a quantidade das drogas apreendidas**, bem como as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, ante a ausência de indicação das balizas pelo legislador para a definição do **quantum** de diminuição.

**In casu**, o v. acórdão impugnado estabeleceu a fração de 1/2 (um meio) para causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, aduzindo que a fração esta justificada, especialmente, **em razão da natureza da droga apreendida, a forma do acondicionamento do entorpecente a revelar a intensidade e a complexidade da traficância**. Assim, inexiste flagrante ilegalidade ou desproporcionalidade na fração escolhida a ensejar a concessão da ordem de ofício.

Nesse sentido os seguintes julgados deste Tribunal Superior:

> *"**HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. **TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES.** ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. **PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO ESCOLHIDA.** REPRIMENDA MANTIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PRIMARIEDADE E*

*MONTANTE DA PENA QUE ENSEJAM O REGIME INICIAL SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.* ***HABEAS CORPUS*** *NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]*

*- Esta Corte vem decidindo que a quantidade, a nocividade e a variedade dos entorpecentes apreendidos são fundamentos idôneos a ensejar a escolha da fração redutora, quando for o caso de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.*

*- Deve ser mantida a fração redutora de 1/2, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando o caso concreto aponta que foram apreendidas duas espécies de entorpecentes (maconha e cocaína), as quais demonstram a gravidade concreta do delito, a ensejar a necessidade de uma redução menor do quantum da pena, para uma efetiva prevenção e repressão do delito em epígrafe. Ademais, alterar a conclusão a que chegou o Tribunal de origem implica, sem dúvida, revolver o acervo fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.*

*[...]*

*-* ***Habeas corpus*** *não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto em favor do paciente, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP e art. 42 da Lei n. 11.343/2006"* (HC n. 368.418/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/2/2017, grifei).

*"PENAL.* ***HABEAS CORPUS*** *SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO.* ***TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE.*** *REGIME INICIAL FECHADO IMPOSTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. NATUREZA DAS SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS. FUNDAMENTO VÁLIDO. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. MODO INTERMEDIÁRIO SUFICIENTE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA.* ***HABEAS CORPUS*** *NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.[...]*

*2. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.*

*3. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução, 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 habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.*

*4. Hipótese na qual o Tribunal de origem, de forma motivada, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a diversidade e a quantidade de droga apreendida - 42 g de cocaína, 32 g de maconha, 9g de ecstasy, 3 g de haxixe e 5 g de crack -, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante em 1/3.*

*[...]*

*8.* ***Habeas corpus*** *não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena"* (HC n. 354.058/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 25/11/2016, grifei).

*"PENAL.* ***HABEAS CORPUS*** *SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. NATUREZA, QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.*

*1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.*

*2. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.*

*3. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução, a natureza e a quantidade de droga*

*apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.*

*4. Hipótese na qual o Tribunal a quo, de forma motivada, atento às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a diversidade, a natureza e a quantidade de droga apreendida - 93 eppendorfs de cocaína (59,4g), 1 porção de crack (0,16g) e 5 porções de maconha (23,6g) -, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante no patamar de 1/6.*

*5. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.*

*6. Embora os pacientes sejam primários e a pena aplicada seja de 4 anos e 2 meses de reclusão, o regime fechado é o adequado para prevenção e reprovação do delito, diante da quantidade e da natureza de drogas apreendidas, como posto no acórdão impugnado. (Precedente).*

*7. Fixada a sanção corporal em patamar superior a 4 anos de reclusão, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).*

*8.* ***Habeas corpus*** *não conhecido"* (HC n. 394.803/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 28/6/2017).

No que tange ao **regime inicial de cumprimento de pena**, cumpre registrar que o Plenário do col. **Supremo Tribunal Federal** declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo.

Seguindo tal orientação, firmou-se o entendimento nesta Corte segundo o qual o julgador deve observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, independente de o crime ser hediondo ou equiparado.

Além disso, segundo pacífica jurisprudência deste Tribunal, a

hediondez do crime de tráfico de drogas não autoriza, por si só, a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena.

A propósito:

> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL.* ***HABEAS CORPUS*** *SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. ESCOLHA DA FRAÇÃO MÍNIMA. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. ILEGALIDADE. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). FUNDAMENTO INVÁLIDO. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO.* ***HABEAS CORPUS*** *NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*
>
> *3. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena diminuída, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.*
>
> *4. Hipótese em que, embora o paciente seja primário, não possua maus antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa, o Tribunal de origem aplicou o redutor em seu patamar mínimo sem apresentar justificativa idônea para a escolha do quantum.*
>
> *5.* ***Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/06/2012).***
>
> *6.* ***Habeas Corpus*** *não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena para 1 (um) ano, e 8 (oito) meses de reclusão, no regime aberto, acrescida do pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, substituindo a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser fixada pelo Juízo da execução"* (HC n. 365.093/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 14/11/2016, grifei).

**Ademais**, importante consignar que o excelso Supremo Tribunal

Federal, em r. decisão oriunda do Tribunal Pleno, no **Habeas Corpus** n. 118.533/MS, afastou o caráter hediondo dos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes em que incida a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, **como ocorre no presente caso**. Trago à colação a ementa do mencionado julgado, **verbis**:

> *"**HABEAS CORPUS**. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA.*
>
> *1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos.*
>
> *2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.*
>
> *3. **Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular** ao **tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90** .*
>
> *4. Ordem concedida"* (HC n. 118.533/MS, **Tribunal Pleno,** Relª. Minª. **Cármen Lúcia**, DJe de 19/9/2016, grifei).

Cumpre destacar, ainda, que *"é pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo"* (HC n. 452.147/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe 14/08/2018).

Ciente disso, em exame mais acurado do caso, verifico que o regime inicial mais adequado ao paciente é o semiaberto. Isso porque a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado – 15,5 gramas de cocaína –, a quantidade de pena aplicada - **2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão -**, a

primariedade e as demais circunstâncias que gravitam em torno do delito - **a forma de acondicionamento do entorpecente a revelar a intensidade e a complexidade da traficância** -, quando sopesados e aquilatados de forma ponderada e equilibrada, apontam para o resgate inicial **intermediário**.

Desta feita, **casso a liminar concedida às fls. 58-60**.

Ante o exposto, **não conheço** do presente **habeas corpus**.

Contudo, **concedo a ordem de ofício**, a fim de, tão somente, cassar a liminar anteriormente concedida (fls. 58-60), e fixar o regime inicial **semiaberto** ao paciente.

P. e I.

Brasília (DF), 10 de junho de 2019.

Ministro Felix Fischer
Relator