

**HABEAS CORPUS Nº 511.258 - SP (2019/0143713-4)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PAULO RICARDO DE DIVITIIS FILHO - SP324056**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : DAVID MACEDO**

**DECISÃO**

**DAVID MACEDO** alega sofrer coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação Criminal n. 3000540-22.2012.8.26.0278).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de **2 anos e 6 meses de reclusão**, em regime inicial **fechado**, mais multa, por infração ao art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porquanto trazia consigo **97 g de maconha, 9 g de crack e 43,6 g de cocaína**, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Nesta Corte, a Defensoria Pública estadual postula, liminarmente e no mérito, **a fixação de regime inicial mais brando**.

Não houve pedido de liminar. Prestadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem.

**Decido.**

O Juiz de primeiro grau fixou o regime inicial fechado com base, tão somente, na **gravidade abstrata do delito**, sem ter, todavia, apontado elementos concretos dos autos que, efetivamente, evidenciassem a imprescindibilidade de imposição do modo mais gravoso. Confira-se (fls. 45-46):

No caso de descumprimento do benefício o réu cumprirá a pena em regime inicial fechado, **único compatível com esta espécie de crime equiparado a hediondo**, que vem assolando esta cidade de Itaquaquecetuba e deve ser prontamente coibido pelo Poder Judiciário.

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve o regime inicial mais gravoso, nos termos da sentença condenatória.

Uma vez reconhecida, incidentalmente, a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (STF, HC n. 111.840/ES, DJe 17/12/2013), a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade, a natureza e/ou a diversidade de drogas apreendidas), para que, então, seja fixado o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33 e parágrafos do Código Penal – com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Assim, uma vez que o paciente era tecnicamente **primário** ao tempo do delito, foi condenado a **reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, teve a pena-base estabelecida no mínimo legal** (fl. 54) e foi **agraciado com a minorante** prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 – a qual visa, justamente, a beneficiar o "traficante ocasional", entendo que **o regime aberto** é, efetivamente, o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do ato criminoso praticado, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **concedo a ordem**, para fixar o regime aberto de cumprimento de pena (Ação Penal n. 3000540-22.2012.8.26.0278, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Itaquaquecetuba – SP)

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor desta decisão às instâncias ordinárias para as providências cabíveis.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ  
Relator