

02/11/2017

PLENÁRIO

**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
1.052.700 MINAS GERAIS**

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
RECTE.(S) : MAXWELL ANTONIO LEMES
ADV.(A/S) : LUCAS DE OLIVEIRA JUNHO
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS
GERAIS
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE
MINAS GERAIS

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, da LEI 8.072/1990. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.

1. É inconstitucional a fixação *ex lege*, com base no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal.

2. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio. Não se manifestaram os Ministros Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

ARE 1052700 RG / MG

Ministro EDSON FACHIN

Relator

**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
1.052.700 MINAS GERAIS**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, da LEI 8.072/1990. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.

Trata-se de agravo cujo objeto é a decisão que inadmitiu recurso extraordinário interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, cuja ementa reproduzo a seguir (eDOC 01, p. 193):

APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. RECURSO MINISTERIAL. INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO CONSTANTE DO §4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. INVIABILIDADE. DEDICAÇÃO DO ACUSADO À ATIVIDADE CRIMINOSA DO TRÁFICO DE DROGAS. REESTRUTURAÇÃO DA REPRIMENDA IMPOSTA. REGIME INICIAL FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CASSAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. LIMITAÇÃO DE FIM DE SEMANA. DECOTE. ANÁLISE PREJUDICADA.

- Comprovada a dedicação do acusado à mercancia ilícita de drogas, inviável a incidência da causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06.

No recurso extraordinário, aponta-se violação à Sumula Vinculante 26/STF. Busca-se, em suma, a reforma do acórdão recorrido quanto à fixação do regime com base em dispositivo legal já declarado inconstitucional pelo STF.

A Terceira Vice-Presidência do TJMG inadmitiu o recurso por ter deixado de apontar o dispositivo constitucional tido por violado, bem como por configurar ofensa reflexa ao Texto Constitucional.

É o relatório.

ARE 1052700 RG / MG

A presente controvérsia diz respeito à fixação do regime inicial para o cumprimento de pena, com base no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990.

Depreende-se dos autos que o acórdão recorrido deu provimento ao recurso ministerial para afastar a aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 e ajustar a pena, outrora fixada em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, para 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado.

O Tribunal de origem fundamentou a fixação do regime fechado nos seguintes termos:

“Conquanto não desconheça a fundamentação contida no HC n. 118/840, de lavra do STF, fixo o regime inicial fechado, por entender pela constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 e deixo de substituir a sanção carcerária por restritivas de direitos, em razão da pena arbitrada, nos termos do art. 44, I, do CP, restando prejudicada a análise do mérito do recurso defensivo.”

Importa ressaltar que o Plenário desta Corte, em sessão de 27.06.2012, ao julgar o HC 111.840/ES, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, declarou a inconstitucionalidade da fixação *ex lege* do regime inicial na hipótese de crimes hediondos e equiparados:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de

ARE 1052700 RG / MG

liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. **Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.**

A matéria encontra-se consolidada na jurisprudência do Tribunal, como ilustram os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA CRIMINAL. JULGAMENTO
MONOCRÁTICO PELO RELATOR. POSSIBILIDADE.

ARE 1052700 RG / MG

AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. [...] 3. **É inconstitucional a fixação de regime inicial fechado com base unicamente na hediondez do delito** (HC 111.840, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, DJe 17.12.2013). 4. Agravo regimental a que se nega provimento. **Ordem de habeas corpus concedida de ofício apenas para determinar ao Juízo de 1º grau que reexamine, afastada a vedação do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, a possibilidade de fixação de regime inicial de cumprimento de pena menos gravoso, atendo-se ao previsto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.** (ARE 935.967 AgR, Rel. Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 15.03.2016, *grifei*)

[...] ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CRIME HEDIONDO. PRECEDENTES. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. INOVAÇÃO RECURSAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI 8.072/1990. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO PARA DETERMINAR AO JUÍZO DAS EXECUÇÕES QUE PROCEDA À FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA À LUZ DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. (ARE 750.151 ED, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 04.08.2015, *grifei*)

E ainda: HC 140.423, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ Acórdão Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe 10.08.2017; HC 133.028, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe 05.08.2016; ARE 844.780, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe 10.03.2015; ARE 778.332 AgR-ED, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe 20.11.2014.

No entanto, nada obstante a consolidação da jurisprudência nesta Corte, observo tratar-se de orientação comumente descumprida pelas

ARE 1052700 RG / MG

instâncias ordinárias, sob o argumento de que a declaração de inconstitucionalidade no julgamento do HC 11.840/ES, por ter se dado de forma incidental, não teria efeito *erga omnes*, de maneira que sua aplicação não deve ser automática.

Dessa forma, considerando a manifesta relevância da matéria suscitada, que ultrapassa os interesses subjetivos das partes, reputo necessária a submissão da questão à sistemática da repercussão geral, forte no alcance da orientação firmada por esta Corte acerca da fixação do regime inicial fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.

Nessa linha, à luz do princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF), manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão tratada nestes autos, bem como pela reafirmação da jurisprudência desta Corte, para fixar o entendimento no sentido da inconstitucionalidade da fixação, com fundamento exclusivo no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.

Ante o exposto, conheço do agravo e dou provimento ao recurso extraordinário para determinar que o Tribunal de origem realize novo exame do regime prisional a ser aplicado, afastando-se do fundamento decisório a motivação ora reputada como ilegal, e nos moldes do art. 33 do CP e das Súmulas 718 e 719 do STF.

Considerando, ainda, que se trata de tema com reafirmação de jurisprudência, proponho a fixação da seguinte tese: **“É inconstitucional a fixação *ex lege*, com base no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal.”**

ARE 1052700 RG / MG

Publique-se.

Brasília, 04 de outubro de 2017.

Ministro EDSON FACHIN

Relator

Documento assinado digitalmente

**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
1.052.700 MINAS GERAIS**

PRONUNCIAMENTO

**PENA – TRÁFICO DE DROGAS –
REGIME DE CUMPRIMENTO – ARTIGO
2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/1990 –
CONSTITUCIONALIDADE –
DECLARAÇÃO NA ORIGEM –
RECURSO EXTRAORDINÁRIO –
PRECEDENTES DO PLENÁRIO –
REPERCUSSÃO GERAL
CONFIGURADA.**

1. O assessor Dr. Marcelo Maciel Torres Filho prestou as seguintes informações:

Eis a síntese do discutido no recurso extraordinário com agravo nº 1.052.700, relator o ministro Edson Fachin, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral em 13 de outubro de 2017, sexta-feira, com termo final para manifestação no próximo dia 2 de novembro, quinta-feira.

O Juízo da Terceira Vara de Tóxicos da Comarca de Belo Horizonte/MG condenou Maxwell Antônio Lemes ante a prática do delito de tráfico de entorpecentes. Fez incidir a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Tóxicos), considerada a primariedade do réu e a inexistência de vínculo com organização criminosa. Fixou a pena em 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, além de 167 dias-multa, substituindo-a por duas restritivas de direito, presente o artigo 44 do Código Penal: prestação de serviços à comunidade e limitação do final de semana.

ARE 1052700 RG / MG

A Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça deu provimento à apelação interposta pelo Ministério Público estadual e declarou prejudicado o recurso da defesa. Destacou a quantidade de drogas apreendidas e o fato de o réu não se dedicar apenas esporadicamente à atividade criminosa, embora primário e com bons antecedentes. Afastando a citada causa de diminuição, estabeleceu a sanção em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Impôs o regime inicial fechado, ressaltando a fundamentação do Supremo no *habeas corpus* nº 111.840, relator o ministro Dias Toffoli, e entendendo constitucional o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), a versar a obrigatoriedade da fixação do regime inicial fechado para o tráfico de entorpecentes.

No extraordinário, protocolado sem indicação do permissivo constitucional, o recorrente articula com o verbete vinculante nº 26 e com o pronunciamento do Supremo no mencionado *habeas*, no qual declarada, por via incidental, a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos, em virtude do princípio constitucional da individualização da pena. Requereu a alteração do regime inicial de cumprimento para o semiaberto. Sob o ângulo da repercussão geral, teceu considerações sobre o mérito do recurso.

O recorrido, nas contrarrazões, aponta a ausência de indicação da preliminar de repercussão geral, a ofensa meramente reflexa ao texto constitucional e a necessidade do reexame probatório.

O extraordinário não foi admitido na origem. Seguiu-se a interposição de agravo, no qual se busca a sequência do recurso.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, na contraminuta, afirma não haver o agravante atacado os

ARE 1052700 RG / MG

fundamentos da decisão impugnada.

O Relator submeteu o recurso ao denominado Plenário Virtual, manifestando-se no sentido da existência de repercussão geral, do reconhecimento do caráter constitucional da matéria e da reafirmação da jurisprudência do Supremo. Proferiu voto pelo provimento do recurso, determinando a realização de novo julgamento pelo Tribunal de origem. Alfim, propôs a seguinte tese: “É inconstitucional a fixação *ex lege*, com base no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal”.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO.
CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS.
REGIME INICIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO
ART. 2º, § 1º, da LEI 8.072/1990. REAFIRMAÇÃO DE
JURISPRUDÊNCIA.

Trata-se de agravo cujo objeto é a decisão que inadmitiu recurso extraordinário interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, cuja ementa reproduzo a seguir (eDOC 01, p. 193):

APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO DE
ENTORPECENTES. RECURSO MINISTERIAL.
INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO CONSTANTE DO
§4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006.
INVIABILIDADE. DEDICAÇÃO DO ACUSADO À
ATIVIDADE CRIMINOSA DO TRÁFICO DE
DROGAS. REESTRUTURAÇÃO DA REPRIMENDA
IMPOSTA. REGIME INICIAL FECHADO.
SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE
LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.
CASSAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. LIMITAÇÃO

ARE 1052700 RG / MG

DE FIM DE SEMANA. DECOTE. ANÁLISE PREJUDICADA.

- Comprovada a dedicação do acusado à mercancia ilícita de drogas, inviável a incidência da causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06.

No recurso extraordinário, aponta-se violação à Sumula Vinculante 26/STF. Busca-se, em suma, a reforma do acórdão recorrido quanto à fixação do regime com base em dispositivo legal já declarado inconstitucional pelo STF.

A Terceira Vice-Presidência do TJMG inadmitiu o recurso por ter deixado de apontar o dispositivo constitucional tido por violado, bem como por configurar ofensa reflexa ao Texto Constitucional.

É o relatório.

A presente controvérsia diz respeito à fixação do regime inicial para o cumprimento de pena, com base no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990.

Depreende-se dos autos que o acórdão recorrido deu provimento ao recurso ministerial para afastar a aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 e ajustar a pena, outrora fixada em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, para 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado.

O Tribunal de origem fundamentou a fixação do regime fechado nos seguintes termos:

Conquanto não desconheça a fundamentação contida no HC n. 118/840, de lavra do STF, fixo o

ARE 1052700 RG / MG

regime inicial fechado, por entender pela constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 e deixo de substituir a sanção carcerária por restritivas de direitos, em razão da pena arbitrada, nos termos do art. 44, I, do CP, restando prejudicada a análise do mérito do recurso defensivo.

Importa ressaltar que o Plenário desta Corte, em sessão de 27.06.2012, ao julgar o HC 111.840/ES, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, declarou a inconstitucionalidade da fixação ex lege do regime inicial na hipótese de crimes hediondos e equiparados:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo

ARE 1052700 RG / MG

necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que [a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.

A matéria encontra-se consolidada na jurisprudência do Tribunal, como ilustram os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA CRIMINAL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO PELO RELATOR. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA.

ARE 1052700 RG / MG

REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. [...] 3. É inconstitucional a fixação de regime inicial fechado com base unicamente na hediondez do delito (HC 111.840, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, DJe 17.12.2013). 4. Agravo regimental a que se nega provimento. Ordem de habeas corpus concedida de ofício apenas para determinar ao Juízo de 1º grau que reexamine, afastada a vedação do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, a possibilidade de fixação de regime inicial de cumprimento de pena menos gravoso, atendo-se ao previsto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. (ARE 935.967 AgR, Rel. Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 15.03.2016, grifei)

[...] ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CRIME HEDIONDO. PRECEDENTES. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. INOVAÇÃO RECURSAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI 8.072/1990. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PARA DETERMINAR AO JUÍZO DAS EXECUÇÕES QUE PROCEDA À FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA À LUZ DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. (ARE 750.151 ED, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 04.08.2015, grifei)

E ainda: HC 140.423, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ Acórdão Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe 10.08.2017; HC 133.028, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda

ARE 1052700 RG / MG

Turma, DJe 05.08.2016; ARE 844.780, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe 10.03.2015; ARE 778.332 AgR-ED, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe 20.11.2014.

No entanto, nada obstante a consolidação da jurisprudência nesta Corte, observo tratar-se de orientação comumente descumprida pelas instâncias ordinárias, sob o argumento de que a declaração de inconstitucionalidade no julgamento do HC 11.840/ES, por ter se dado de forma incidental, não teria efeito erga omnes, de maneira que sua aplicação não deve ser automática.

Dessa forma, considerando a manifesta relevância da matéria suscitada, que ultrapassa os interesses subjetivos das partes, reputo necessária a submissão da questão à sistemática da repercussão geral, forte no alcance da orientação firmada por esta Corte acerca da fixação do regime inicial fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.

Nessa linha, à luz do princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF), manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão tratada nestes autos, bem como pela reafirmação da jurisprudência desta Corte, para fixar o entendimento no sentido da inconstitucionalidade da fixação, com fundamento exclusivo no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.

Ante o exposto, conheço do agravo e dou provimento ao recurso extraordinário para determinar que o Tribunal de origem realize novo exame do regime

ARE 1052700 RG / MG

prisional a ser aplicado, afastando-se do fundamento decisório a motivação ora reputada como ilegal, e nos moldes do art. 33 do CP e das Súmulas 718 e 719 do STF.

Considerando, ainda, que se trata de tema com reafirmação de jurisprudência, proponho a fixação da seguinte tese: É inconstitucional a fixação ex lege, com base no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal.

Publique-se.

Brasília, 04 de outubro de 2017.

Ministro Edson Fachin

Relator

Documento assinado digitalmente

2. O Pleno, no julgamento do *habeas corpus* nº 111.840, assentou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990, no que encerra o regime de cumprimento inicial obrigatoriamente fechado para os crimes rotulados como hediondos. No entanto, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais concluiu de forma oposta:

Conquanto não desconheça a fundamentação contida no HC nº 118.840 [sic], de lavra do STF, fixo o regime inicial fechado, por entender pela constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 e deixo de substituir a sanção carcerária por restritivas de direitos, em razão da pena arbitrada, nos termos do art. 44, I, do CP, restando prejudicada a análise do mérito do recurso defensivo.

Então, o caso sugeria decisão individual do Relator conhecendo e provendo o agravo para, de imediato, julgar o extraordinário de acordo com o pronunciamento do Pleno, estabelecendo, a teor do disposto no

ARE 1052700 RG / MG

artigo 33, § 3º, do Código Penal, uma vez que a pena-base foi fixada pelo Juízo no mínimo previsto para o tipo e assim mantida, o regime semiaberto. De qualquer forma, não cabe, no chamado Plenário Virtual, examinar, de imediato, a matéria de fundo do extraordinário, muito menos com o fim de, em situação já pacificada, anular o acórdão prolatado na origem para que outro seja formalizado nos termos da jurisprudência predominante do Supremo.

3. Ante o fato de não haver atuado, individualmente, o Relator, inserindo o processo no denominado Plenário Virtual, pronuncio-me no sentido de encontrar-se configurada a repercussão geral, observando, no mais, a organicidade e a dinâmica do Direito, especialmente do instrumental, e não partindo, assim, para a confirmação da jurisprudência preconizada na manifestação do Relator.

4. Ao Gabinete, para acompanhar a tramitação do incidente, inclusive no tocante a processos que, contando com recurso extraordinário, aguardem, no Gabinete, apreciação.

5. Publiquem.

Brasília – residência –, 17 de outubro de 2017, às 11h35.

Ministro MARCO AURÉLIO