



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 847435 - MG (2023/0293154-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : WELLITON APARECIDO NAZARIO
ADVOGADO : WELLITON APARECIDO NAZARIO - MG205575
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : GILVAN ANTONIO CATARINA
CORRÉU : ELCIO YAMAGUTI
CORRÉU : ROSENILDE DE ASSIS SOARES
CORRÉU : RICHARD FERREIRA FERNANDES
CORRÉU : GILBERTO DE JESUS SILVA
CORRÉU : GUILHERME NETO PEREIRA DIAS
CORRÉU : JOEL VIEIRA DOS SANTOS
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de GILVAN ANTÔNIO CATARINA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Apelação Criminal n. 1.0433.10.011501-6/001), assim ementado (e-STJ, fl. 1336/1337):

EMENTA: EXPEDIÇÃO DE GUIA PARA EXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO - IMPOSSIBILIDADE - RECENTE DECISÃO DO PLENO DO STF.

- O plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADC's 43, 44 e 54, assentou a constitucionalidade do art. 283 do CPP, afastando a possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

V.V.P. APELAÇÕES CRIMINAIS - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS - DOSIMETRIA - REDIMENSIONAMENTO NA PRIMEIRA FASE - NECESSIDADE EM RELAÇÃO A UM DOS RÉUS - EMPREGO DA MESMA CONDENAÇÃO COMO MAU ANTECEDENTE E PARA AGRAVAMENTO DA PENA POR REINCIDÊNCIA - ILEGALIDADE - "BIS IN IDEM" CONFIGURADO - RECUO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL - NECESSIDADE - ARREFECIMENTO DA PENA-BASE EM RELAÇÃO AOS DEMAIS RÉUS - INVIABILIDADE - MULTIREINCIDÊNCIA - VALORAÇÃO DE UMA DAS CONDENAÇÕES COMO MAUS ANTECEDENTES - POSSIBILIDADE - FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - IMPOSITIVIDADE - APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO

PREVISTA NO ART. 33, § 40, DA LEI Nº11.343/2006 - IMPOSSIBILIDADE - DEDICAÇÃO HABITUAL ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS EVIDENCIADA - ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL - IMPOSSIBILIDADE - HEDIONDEZ DO DELITO TIPIFICADO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº11.343/2006 - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - INVIABILIDADE - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS - CONCESSÃO DE JUSTIÇA GRATUITA - INVIABILIDADE - MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO - RECURSO DO PRIMEIRO APELANTE PROVIDO EM PARTE E RECURSO DO SEGUNDO APELANTE DESPROVIDO. 01. O delito previsto no ad. 33, caput, da Lei 11.343/06 é de ação múltipla, em que são admitidas todas as condutas nele descritas, de modo que, se as provas se mostram irrefutáveis quanto à prática de algum dos núcleos do tipo penal incriminador, impossível se torna acolher a pretensão absolutória. 02. Comprovada a posse de arma de fogo de uso permitido com numeração raspada, caracterizado está o delito tipificado no ad. 16, § 1º, Inc. IV, da Lei nº 10.826/2003. 03. Afigura-se ilegal a utilização da mesma condenação criminal como mau antecedente, na primeira fase da dosimetria penal, e para agravar a pena por reincidência, na segunda fase, impondo-se a neutralização da circunstância judicial supramencionada e o redimensionamento da pena-base. 04. Comprovada a multirreincidência dos acusados, cabível se mostra o emprego de uma das condenações com trânsito em julgado posterior à data dos fatos para a valoração negativa dos antecedentes, bem assim a consideração das demais para aplicação da agravante da reincidência. 05. Nos termos do art. 33, § 41, da Lei nº11.343/2006, a reincidência e a dedicação com habitualidade às atividades criminosas pelos acusados obstam a aplicação da causa de diminuição de pena nele inculpada. 06. No crime de tráfico de entorpecentes, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser o fechado, em observância à disposição contida no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, modificada pela Lei 11.464/07. 07. Ausentes os requisitos autorizadores do ad. 44 do Código Penal, não há que se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. 08. A concessão de justiça gratuita é matéria afeta ao Juízo da Execução Penal, devendo ser apreciada naquela seara.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito de tráfico à pena de 5 anos de reclusão, regime inicialmente fechado, e 500 dias-multa.

No presente *writ*, a defesa sustenta, em síntese, a ilicitude da prova produzida nos autos, pois foi apreendido o celular do corréu Richard Ferreira *sendo que, em razão exclusiva do acesso ilícito ao aparelho celular, obtiveram alguns endereços, sendo que em um deles foram localizados entorpecentes* (e-STJ fl. 7). Destaca que não existiu consentimento por parte do corréu quanto ao acesso ao conteúdo do aparelho e que não houvesse ocorrido tal violação sequer existiria materialidade do crime de tráfico.

Afirma que também foi ilegal o ingresso nas residências cujos endereços foram obtidos a partir do celular ilicitamente acessado, visto que não havia ordem judicial tampouco situação de flagrância a justificar a entrada. Aduz que as apontadas ilicitudes são matéria de ordem pública e deveriam ter sido abordadas pela Corte de origem.

Assevera que deve incidir, quanto ao paciente, a minorante do tráfico, prevista no art. 33, 4º, da Lei n. 11.343/2006, salientando as condições pessoais favoráveis.

Pugna pela modificação do regime inicial de cumprimento da pena, recrudescido indevidamente. Destaca que a pena-base foi fixada no mínimo legal e que o paciente não é reincidente.

Requer, liminarmente, seja suspensa ou revogada qualquer medida que vise capturar e destinar o paciente ao sistema prisional, até o julgamento final do presente *writ*. No mérito (e-STJ fls. 20/21):

b) Que seja RECONHECIDA a ilicitude de todas as provas derivadas do acesso não autorizado ao conteúdo armazenado no celular do denunciado RICHARD FERREIRA FERNANDES e, em consequência, reconhecida a nulidade do processo, pela violação ao sigilo de dados telefônicos, com o consequente reconhecimento da inexistência da materialidade delitiva, com a necessária e justa ABSOLVIÇÃO do paciente;

c) Subsidiariamente, seja RECONHECIDA e aplicada a causa de diminuição de pena, prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06, REDIMENSIONANDO-SE a sanção definitiva, com a FIXAÇÃO do regime ABERTO, na forma do disposto no artigo 33, parágrafo 2º, alínea “c”, do Código Penal, com a posterior SUBSTITUIÇÃO da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do artigo 44 do Estatuto Repressivo, como medida da mais lúdima JUSTIÇA.

d) Subsidiariamente, caso seja negada a aplicação do tráfico privilegiado, considerando que o requerente cumpre todos os requisitos objetivos, requer a ordem para estabelecer o regime semiaberto, ou outro mais brando para o cumprimento inicial da pena imposta ao paciente.

É o relatório. **Decido.**

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio. Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Acerca do rito a ser adotado para o julgamento desta impetração, as disposições previstas nos arts. 64, III, e 202, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça não afastam do relator a faculdade de decidir liminarmente, em sede de *habeas corpus* e de recurso em *habeas corpus*, a pretensão que se conforme com súmula ou com

a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores ou a contraria (AgRg no HC 513.993/RJ, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 25/06/2019, DJe 1º/7/2019; AgRg no HC 475.293/RS, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 3/12/2018; AgRg no HC 499.838/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 11/4/2019, DJe 22/4/2019; AgRg no HC 426.703/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 18/10/2018, DJe 23/10/2018; e AgRg no RHC 37.622/RN, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 6/6/2013, DJe 14/6/2013).

Nesse diapasão, uma vez verificado que as matérias trazidas a debate por meio do habeas corpus constituem objeto de jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal, não há nenhum óbice a que o Relator conceda a ordem liminarmente, sobretudo ante a evidência de manifesto e grave constrangimento ilegal a que estava sendo submetido o paciente, pois a concessão liminar da ordem de habeas corpus apenas consagra a exigência de racionalização do processo decisório e de efetivação do próprio princípio constitucional da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, o qual foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela EC n.45/2004 com status de princípio fundamental (AgRg no HC 268.099/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 2/5/2013, DJe 13/5/2013).

Na verdade, a ciência posterior do *Parquet*, longe de suplantar sua prerrogativa institucional, homenageia o princípio da celeridade processual e inviabiliza a tramitação de ações cujo desfecho, em princípio, já é conhecido (EDcl no AgRg no HC 324.401/SP, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 2/2/2016, DJe 23/2/2016).

Em suma, *para conferir maior celeridade aos habeas corpus e garantir a efetividade das decisões judiciais que versam sobre o direito de locomoção, bem como por se tratar de medida necessária para assegurar a viabilidade dos trabalhos das Turmas que compõem a Terceira Seção, a jurisprudência desta Corte admite o julgamento monocrático do writ antes da ouvida do Parquet em casos de jurisprudência pacífica* (AgRg no HC 514.048/RS, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 6/8/2019, DJe 13/8/2019).

Busca-se, na presente impetração, o reconhecimento da ilicitude de todas as provas derivadas do acesso não autorizado ao conteúdo armazenado no celular do corréu Richard Ferreira Fernandes, com a consequente nulidade da ação penal e absolvição do paciente. Subsidiariamente, que seja aplicada a minorante do tráfico, com os consectários legais daí decorrentes. Em caso de entendimento diverso, que seja fixado o regime semiaberto ou aberto para o cumprimento da pena.

No que pertine ao pretendido reconhecimento da ilicitude das provas, constata-se que a matéria não foi decidida na origem, posto que não suscitada pelo réu nem pelos outros corréus da ação penal, consoante se verifica das e-STJ fls. 1343/1345. Com efeito, extrai-se do acórdão do Tribunal estadual que *a Defesa do acusado GILVAN pugnou pela absolvição do acusado, ao argumento de insuficiência de provas para condenação. Subsidiariamente, pleiteou a aplicação da minorante descrita no ad. 33, § 40, da Lei n. 11.34312006, à razão de dois terços (2/3), o afastamento da hediondez do delito, o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Requer, ainda, os benefícios da assistência judiciária gratuita (e-STJ fl. 1343).*

Não demonstrado pela defesa, por meio documental ou mesmo nas razões da impetração, que o referido tema foi tratado na Corte de origem, afigura-se inviável e vedada a análise pretendida, sob pena de indevida supressão de instância.

Como é cediço, *Matéria não enfrentada na Corte de origem não pode ser analisada diretamente neste Tribunal Superior, sob pena de supressão de instância.* (HC n. 378.585/SP, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 6/4/2017, DJe 20/4/2017).

No tocante à pretensão de que incida a minorante do tráfico, a Corte local decidiu (e-STJ fl. 1353):

[...].

*Assim, patente a consciência e vontade dos agentes de realizarem os elementos típicos do delito de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33, caput, da Lei nº 11.34312006), além de verificar-se que **as drogas se encontravam em condições de acondicionamento delineadoras do intuito mercantil dos acusados, consubstanciando, ademais, quantidade considerada de enorme monta, para além de terem sido apreendidos petrechos empregados na prática habitual do tráfico de entorpecentes.***

*É de se rechaçar, de plano, a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena inscrita no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.34312006, conforme pleitearam as Defesas, e nos termos das contrarrazões ministeriais. Isso porque, **em primeiro lugar**, nos termos do Auto de Apreensão e do Laudo Toxicológico Definitivo, foram apreendidos com os acusados quarenta e dois quilogramas de substância identificada como maconha, além de treze pedras de crack, com a pesagem de seiscentos e sessenta e seis gramas.*

Tão vultosa quantidade evidencia que os réus RICHARD, GILVAN, ROSENILDE, GUILHERME e ÉLCIO não se tratavam de principiantes na seara da traficância, consistindo, ao revés, em indivíduos dedicados às atividades criminosas, fato obstativo da incidência da minorante em questão, nos termos da parte final do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

Consequentemente, é forçoso reconhecer que os denunciados não satisfazem os requisitos legais para a concessão da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

[...]

Como se vê, afastou-se a incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois demonstrada a dedicação do paciente à atividade criminosa, tendo em vista as condições de acondicionamento dos entorpecentes apreendidos, além da apreensão de petrechos empregados na prática habitual do crime de tráfico.

Com efeito, extrai-se da e-STJ fl. 1.347 que foram apreendidos, entre outros, os seguintes itens: quarenta e dois quilos e duzentos e dez gramas (42,210 Kg) de maconha, divididos em tabletes, seiscentos e sessenta e seis gramas (666g) de crack, divididos em treze (13) pedras, balanças de precisão, telefones celulares, extratos bancários, passagem aérea com destino à Bolívia, um balão empregado para disfarçar o odor dos entorpecentes, caderneta com anotações relativas ao tráfico de drogas, três mil quatrocentos e vinte e dois reais (R\$3.422,00) pertencentes ao acusado ÉLCIO, mil cento e sete reais (R\$1.107,00) pertencentes ao increpado RICHARD, vinte euros (Auto de Apreensão de f. 46/48).

A propósito do tema, os seguintes precedentes desta Corte:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. 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 integrem organizações criminosas.

2. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1º/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

3. Os fundamentos utilizados pela Corte de origem para não aplicar o referido redutor ao caso concreto estão em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, na medida em que dizem respeito à dedicação do recorrente à atividade criminosa (tráfico de drogas) evidenciada sobretudo nas circunstâncias do cometimento do delito - a apreensão de quase 5 kg de maconha, em embalagens variadas (inclusive de 7 árvores da droga), diversos petrechos, balanças de precisão, dinheiro sem comprovação de origem lícita, e, ainda, anotações relativas ao tráfico de entorpecentes, tudo a indicar que não se trataria de traficante eventual.

4. Desse modo, para modificar o entendimento adotado nas instâncias inferiores de que a prática do tráfico de drogas e a dedicação em atividade criminosa estão configuradas e aplicar a minorante prevista na Lei de

Drogas, seria necessário reexaminar o conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível, a teor da Súmula 7 do STJ. Precedentes.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.330.290/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 8/8/2023, DJe de 15/8/2023)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS APLICADOS NA 1ª E 3ª FASE. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INVIABILIDADE. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME MAIS GRAVOSO. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SUPRESSÃO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem afastou a incidência da minorante do tráfico privilegiado, porquanto os elementos concretos do caso conduziram à conclusão de que o agravante dedicava-se à atividade criminosa, em razão da quantidade e variedade de drogas encontradas na posse do acusado, forma de acondicionamento, e ainda, a apreensão de petrechos para comercialização das substâncias ilícitas e o período de mais de seis meses de conversas acerca do tráfico de drogas com seus comparsas.

2. A quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes apreendidas demonstram maior envolvimento do paciente com o tráfico de drogas e também a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização das penas, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 773.149/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 22/5/2023, DJe de 24/5/2023)

No que concerne ao regime fixado para o cumprimento da pena, fechado, a Corte estadual, mantendo a fundamentação esposada na sentença de primeiro grau (e-STJ fl. 1071), assim decidiu (e-STJ fls. 1.373/1.375):

[...]

Todavia, ante a fixação da pena-base no mínimo legal pelo decisor, e à míngua de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado, mantenho-a em cinco (05) anos de reclusão e quinhentos (500) dias-multa, à razão de um trinta avos (1/30) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato.

Na segunda fase, ante a ausência de circunstâncias atenuantes ou agravantes, deve a pena intermediária ser mantida em cinco (05) anos de reclusão e quinhentos (500) dias-multa, à razão de um trinta avos (1/30) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato.

Na terceira fase, não se vislumbra a presença de causas de aumento ou de diminuição, motivo pelo qual deve ser mantida a concretização da pena definitiva em cinco (05) anos de reclusão e quinhentos (500) dias-multa, à razão de um trinta avos (1/30) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato.

Descabida a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei no 11.343/2006, pelas razões já expostas no presente voto, haja vista o fato de o agente se dedicar com habitualidade a atividades criminosas.

3.2.2 Do regime prisional

No que concerne ao regime prisional, tem-se que este deve ser o fechado, porque o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos),

determina, in verbis: [...].

Com efeito, a Lei Federal 11.464/07, que deu nova redação ao § 1º do art. 2º da Lei Federal nº 8.072/90, passou a determinar o regime fechado para o cumprimento da pena aos condenados por crimes hediondos e a eles equiparados, dentre os quais se insere o tráfico de drogas, não autorizando a conclusão de que o regime prisional, em tais crimes, possa ser diverso daquele legalmente previsto, o que na verdade gera imposição plenamente vinculada e não discricionária.

Registro não desconhecer a declaração incidental, pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no julgamento do Habeas Corpus 111.840, acerca da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90.

Entretanto, por maior esforço hermenêutico que se faça, não há como se compatibilizar referido entendimento com o ordenamento jurídico da atualidade.

É que o Legislador, ao estabelecer o regime fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade no delito de tráfico, atuou de forma legítima, no exercício de uma prerrogativa que lhe foi outorgada pelo Poder Constituinte, já que é perfeitamente lícito ao Poder Legislativo estabelecer critérios apriorísticos para a fixação de regimes prisionais, sem que isso viole o Princípio da Individualização das Penas - que, diga-se de passagem, não goza da flexibilidade que muitos setores doutrinários e pretorianos lhe tem conferido hodiernamente.

Tanto é assim que o próprio Código Penal possui critério apriorístico para fixação do regime prisional. É o que se observa da análise do art. 33, § 2º, alínea "a" do Estatuto Repressivo, que determina a fixação de regime fechado sempre que a pena for superior a oito (08) anos, independentemente do apenado ser reincidente ou possuidor de circunstâncias judiciais favoráveis. Assim, não há qualquer razão para que o Legislador estabeleça critério apriorístico no Código Penal e não o faça em legislação especial extravagante.

Como bem ressaltou o MINISTRO LUIZ FLIX no julgamento do citado Habeas Corpus 111.840/STF: "dada a identidade do critério utilizado pelo legislador, ou ambos os dispositivos são constitucionais, ou ambos são inconstitucionais: tertium non datur?".

De mais a mais, é importante registrar que a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 foi apenas incidental, isto é, sem efeitos erga omnes e vinculantes, não sendo obrigatória, portanto, a adoção do entendimento firmado pelo Pretório Excelso na ocasião do julgamento do HC 111.840/STF.

Logo, pelos fundamentos expostos alhures, deve ser mantido o regime fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, rechaçando-se o pleito defensivo concernente ao abrandamento do regime prisional.

Quanto à aplicação do regime prisional inicial, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ou ainda outra situação que demonstre a gravidade concreta do delito perpetrado, são condições aptas a recrudescer o regime

prisional, em detrimento apenas do *quantum* de pena imposta.

Não obstante, no caso, verifica-se que a pena-base foi fixado no mínimo legal, não incidiu a agravante da reincidência, e o Tribunal não indicou gravidade concreta do crime apta a ensejar a fixação de regime mais gravoso. Diante de tais circunstâncias, fixada a pena final em 5 anos de reclusão, o regime de cumprimento deverá ser o semiaberto.

Tendo em vista o *quantum* da pena, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ante o exposto, **não conheço do *habeas corpus***, contudo, de ofício, **concedo a ordem** para fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 21 de agosto de 2023.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator