

## HABEAS CORPUS 173.845 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN

PACTE.(S) : [REDACTED] IMPTE.(S) : VICTOR

HUGO ANUVALE RODRIGUES E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES) : PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**DECISÃO:** Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão monocrática, proferida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que, no HC 522.027/SP, indeferiu o pedido liminar (eDOC 3).

Busca-se nova dosimetria, com a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão, e a fixação do regime inicial aberto.

É o relatório. **Decido.**

### 1. Cabimento do *habeas corpus*:

1.1. Esta Corte tem posição firme pela impossibilidade de admissão de *habeas corpus* impetrado contra decisão proferida por **membro** de Tribunal Superior, visto que, a teor do art. 102, I, "i", da Constituição da República, sob o prisma da autoridade coatora, a competência originária do Supremo Tribunal Federal somente se perfectibiliza na hipótese em que **Tribunal Superior**, por meio de órgão colegiado, atue nessa condição. Nessa linha, cito o seguinte precedente:

*“É certo que a previsão constitucional do habeas corpus no artigo 5º, LXVIII, tem como escopo a proteção da liberdade. Contudo, não se há de vislumbrar antinomia na Constituição Federal, que restringiu a competência desta Corte às hipóteses nas quais o ato imputado tenha sido proferido por Tribunal Superior . Entender de outro modo, para alcançar os atos praticados por membros de Tribunais Superiores, seria atribuir à Corte competência que não lhe foi outorgada pela Constituição. Assim, a pretexto de dar efetividade ao que se contém no inciso LXVIII*

do artigo 5º da mesma Carta, ter-se-ia, ao fim e ao cabo, o descumprimento do que previsto no artigo 102, I, “i”, da Constituição como regra de competência, estabelecendo antinomia entre normas constitucionais.

Ademais, com respaldo no disposto no artigo 34, inciso XVIII, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, pode o relator negar seguimento a pedido improcedente e incabível, fazendo-o como porta-voz do colegiado. Entretanto, **há de ser observado que a competência do Supremo Tribunal Federal apenas exsurge se coator for o Tribunal Superior (CF, artigo 102, inciso I, alínea “i”), e não a autoridade que subscreveu o ato impugnado.**

**Assim, impunha-se a interposição de agravo regimental”** (HC 114.557 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 12.08.2014, grifei).

Nessa perspectiva, tem-se reconhecido o descabimento de *habeas corpus* dirigido ao combate de decisão **monocrática de indeferimento de liminar** proferida no âmbito do STJ. Tal entendimento pode ser extraído a partir da leitura da Súmula 691/STF:

*“Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar.”*

## 2. Possibilidade de concessão da ordem de ofício:

Ainda que ausentes hipóteses de conhecimento, a Corte tem admitido, excepcionalmente, a concessão da ordem de ofício.

Calha enfatizar que tal providência tem sido tomada tão somente em casos absolutamente aberrantes e teratológicos, em que “a) seja premente a necessidade de concessão do provimento cautelar para evitar **flagrante** constrangimento ilegal; ou b) a negativa de decisão concessiva de medida liminar pelo tribunal superior importe na caracterização ou na manutenção de situação que seja **manifestamente** contrária à jurisprudência do STF” (HC 95009, Rel.

Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2008, *grifei*).

Devido ao caráter excepcional da superação da jurisprudência da Corte, a ilegalidade deve ser cognoscível de plano, sem a necessidade de produção de quaisquer provas ou colheita de informações. Nesse sentido, não pode ser atribuída a pecha de flagrante à ilegalidade cujo reconhecimento demande dispendioso cotejamento dos autos ou, pior, que desafie a complementação do caderno processual por meio da coleta de elementos externos.

Como reforço, cumpre assinalar que o Código de Processo Penal, ao permitir que as autoridades judiciárias concedam a ordem de ofício em *habeas corpus*, apenas o fez quanto aos processos que já lhes são submetidos à apreciação:

“Art. 654. (...) (...)”

§ 2º Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, **quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.**”

De tal modo, a meu sentir, não se admite que o processo tenha como nascedouro, pura e simplesmente, a alegada pretensão de atuação *ex officio* de Juiz ou Tribunal, mormente quando tal proceder se encontra em desconformidade com as regras de competência delineadas na Constituição da República. Em outras palavras: somente se cogita da expedição da ordem de ofício nas hipóteses em que não se desbordar da competência do órgão, de modo que essa não pode ser a finalidade precípua da impetração.

### **3. Análise da possibilidade de concessão da ordem de ofício no caso concreto:**

**No caso dos autos**, a apontada ilegalidade **pode** ser aferida de pronto.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, verifico hipótese de constrangimento ilegal a autorizar a concessão da ordem de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP.

No julgamento conjunto dos HCs 123.108, 123.533 e 123.734 (Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 01.02.2016), o Plenário desta Corte firmou o entendimento de que, no delito de furto simples, a reincidência não impede, por si só, a possibilidade de atipia material. Também foi acolhida a tese de que, afastada a possibilidade de reconhecimento do princípio da insignificância por furto, *“eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, “c”, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade.”*

Infere-se do voto do Ministro Roberto Barroso, a necessidade de ponderação entre a lesão causada e a resposta penal a ser aplicada:

*“79. Por fim, ainda que se pretenda aplicar alguma resposta penal ao agente que furta coisa de valor insignificante, a sanção deverá guardar proporcionalidade com a lesão causada. Como já visto, o encarceramento em massa de condenados por pequenos furtos tem efeitos desastrosos não apenas para a integridade física e psíquica dessas pessoas, como também para o sistema penitenciário como um todo, e, reflexamente, para a própria segurança pública que se quer proteger. A prisão, no caso, é manifestamente desproporcional à gravidade da conduta, nos três aspectos em que se divide o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade: não é adequada para prevenir novos crimes – como demonstra o elevado índice de reincidência no Brasil –, é excessiva no seu aspecto repressivo e gera muito mais malefícios do que benefícios.*

*80. Assim sendo, a opção de mandar essas pessoas para o cárcere deve ser encarada decididamente como a última e radical alternativa num sistema já superlotado e altamente degradante. Dessa forma, proponho que eventual sanção privativa de liberdade aplicável ao furto de coisa de valor insignificante seja fixada em regime inicial aberto domiciliar, afastando-se para os reincidentes a aplicação do art. 33, § 2º,*

*c, do CP36, que, na hipótese, deve ser interpretado conforme a Constituição. Sua incidência fica paralisada no caso concreto, por produzir resultado incompatível com o texto constitucional.”*

Necessário destacar, no ponto, o voto do Ministro Teori Zavascki, em relevante reflexão acerca do juízo de atipicidade nos casos de delitos de bagatela:

*“4. O caso, portanto, não diz respeito a um simples e isolado furto de um par de chinelos. Trata-se, na verdade, de um furto (de pequeno valor, é certo), praticado por agente reincidente e com reiterada conduta da mesma espécie, por conta da qual se encontra cumprindo pena. Sendo assim, é preciso que o Tribunal tenha presente as consequências jurídicas e sociais que decorrem do juízo de atipicidade em casos como o examinado. Negar a tipicidade dessas condutas significa afirmar que, do ponto de vista penal, seriam condutas lícitas. Pode-se argumentar que o lesado, nesse caso, terá a faculdade de pleitear uma indenização, no plano da responsabilidade civil. Não é preciso enfatizar que, à toda evidência, a alternativa da reparação civil não passa de possibilidade meramente formal, destituída de qualquer viabilidade no plano da realidade. Sendo assim, a conduta seria não apenas penalmente lícita, mas também imune a qualquer espécie de repressão estatal, a significar que, na prática, será uma conduta equivalente a uma conduta jurídica lícita e legítima, sob todos os aspectos.*

*Ora, isso está em manifesto descompasso com os valores que, inegavelmente, permeiam o conceito social de justiça. É inegável que a conduta em causa – prática reiterada e contumaz de pequenos furtos – não é considerada socialmente aceitável. Não é difícil imaginar, portanto, que, ante a inação estatal em reprimi-la, a sociedade buscará proteger-se com iniciativas que redundarão em fazer justiça por mão própria. Essa é uma consequência que, nas circunstâncias, se mostra natural e incontornável. Sendo assim, parece certo que, a pretexto de favorecer o agente, a imunização da sua conduta do controle estatal acabará por deixá-lo exposto a uma situação de “justiça privada”, com resultados imprevisíveis, provavelmente muito mais graves. O Judiciário, que detém o monopólio da jurisdição, não pode, com sua*

*inação, abrir espaço para que isso ocorra. É justamente para situações como essa que se deve prestigiar o papel do juiz da causa, a quem cabe avaliar, em cada caso concreto, a aplicação, em dosagem adequada, seja do disposto no art. 155, § 2º do CP, seja da adequada aplicação do princípio constitucional da individualização da pena.”*

Observo que a fixação do regime inicial segue os critérios estabelecidos no art. 33 do Código Penal, quais sejam, a quantidade de pena, a reincidência e as circunstâncias previstas no art. 59, CP:

*“Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.*

*(...)*

*§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:*

*a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;*

*b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;*

*c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.*

*§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.”*

As Súmulas 718 e 719, ambas do STF, enunciam que a mera gravidade do crime não se revela argumento hígido a cancelar a imposição de regime mais gravoso que o estipulado aprioristicamente pela lei. Da mesma forma, o regime mais severo que a quantidade de pena permitir é admissível tão somente nas hipóteses de motivação idônea,

calcada, como dito, nas circunstâncias descritas no art. 59 do Código Penal:

*“Súmula 718: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.”*

**“Súmula 719: A imposição de regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.”**

Enfatizo que *“o indivíduo é sempre uma realidade única ou insimilar, irrepetível mesmo na sua condição de microcosmo ou de um universo à parte. Logo, todo instituto de direito penal que se lhe aplique pena, prisão, progressão de regime penitenciário, liberdade provisória, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos há de exibir o timbre da personalização.”* (HC 110.844, Rel. Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 10.04.2012, grifei).

No caso concreto, trata-se de condenação à pena de 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, **em regime inicial semiaberto**, pela prática de furto, mediante emprego de chave falsa, de uma caixa de som automotivo (avaliada em trezentos reais), que, algumas horas após o fato, fora devolvida pelo paciente ao ofendido. O paciente ainda ressarciu os danos sofridos pela vítima (conserto da fiação danificada do automóvel) com o pagamento de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais).

Apesar da pequena significação do crime – furto de objeto posteriormente restituído à vítima, com ressarcimento dos danos materiais, o Tribunal de Justiça fixou o regime mais gravoso em razão da reincidência.

Verifica-se, no entanto, que, muito embora o texto legal permita a fixação de regime diverso daquele estipulado pela lei, é evidente, no caso,

a desproporcionalidade entre a pena aplicada ao paciente e o regime inicial fixado para seu cumprimento.

Sobre esse juízo de proporcionalidade, destaco, uma vez mais, o voto do Ministro Teori Zavascki no julgamento conjunto dos HCs 123.108, 123.533 e 123.734 (Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 01.02.2016):

*“10. Pois bem. Se é certo que não há como equalizar, para fins de tipificação penal, o primário com o reincidente, parece não haver dúvida, particularmente nessa especial situação de insignificância, de que se mostra desproporcional emprestar à reincidência força jurídica suficiente para impor ao paciente, obrigatoriamente, o regime semiaberto, próprio para as penas de maior envergadura jurídicopenal. Nessas circunstâncias deve ganhar especial destaque o exame dos requisitos do art. 59 do Código Penal (art. 33, § 3º, do CP), como pressuposto natural para uma interpretação abrangente que privilegie o princípio da proporção entre a conduta e a penalidade necessária. A compreensão da espécie demanda uma leitura em perspectiva, tendo presente a regra geral de proporcionalidade, compatível com a natureza e repercussão do delito. É indispensável, todavia, que a avaliação se dê caso a caso, até porque a pura e simples uniformização de tratamento não encontra justificativa na eleição de um padrão onde a homogeneidade não existe, até pelas dimensões territoriais do país, que oferecem realidades sociais, econômicas e culturais heterogêneas e inteiramente diferenciadas. Acertada, por isso, a orientação do STJ relativamente a réus reincidentes com penas inferiores a 4 anos, a quem aquela Corte tem deferido o regime semiaberto, subordinando assim uma interpretação literal da lei a uma necessária adequação ao princípio constitucional da devida individualização da pena.*

*11. Mutatis mutandis, o mesmo deve acontecer neste caso em especial: (a) trata-se de conduta de pequena significação e de virtual insignificância, apenas admitida a tipicidade em razão da reincidência; e (b) no capítulo da dosimetria, há registro expresso de que todas as circunstâncias judiciais são favoráveis ao paciente, razão por que a pena-base alcançou o mínimo legal. Assim, verificadas as*



*circunstâncias erigidas pelo STF em situação de virtual insignificância e sendo o caso de atendimento dos vetores subjetivos do art. 59 do Código Penal, é de se reconhecer, apesar da reincidência, o cabimento do regime aberto por aplicação do mesmo padrão de interpretação da Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça.”*

Nessa linha, apesar da reincidência, importa reconhecer o cabimento do regime aberto para o cumprimento de pena.

**4. Ante o exposto, não conheço do writ, mas concedo a ordem, de ofício, para fixar o regime aberto de cumprimento de pena, com fulcro no art. 192 do RISTF.**

**Comunique-se ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a quem incumbirá eventual cientificação ao Juiz da Execução Penal.**

**Oficie-se, ainda, ao STJ com cópia do inteiro teor desta decisão.**

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 29 de agosto de 2019.

Ministro EDSON FACHIN

Relator

*Documento assinado digitalmente*