

# HABEAS CORPUS 173.845 SÃO PAULO

**RELATOR** : MIN. EDSON FACHIN

**PACE.(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 furtar 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 chancelar 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 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 jurídica penal. 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 científicação 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*