

06/05/2014

PRIMEIRA TURMA

**HABEAS CORPUS 119.672 SÃO PAULO**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. LUIZ FUX</b>
<b>PACTE.(S)</b>	<b>: FABIANA BARBOSA MARTINS</b>
<b>IMPTE.(S)</b>	<b>: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO</b>
<b>COATOR(A/S)(ES)</b>	<b>: RELATORA DO HC Nº269629 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA</b>

**EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA ATO DE MINISTRO DE TRIBUNAL SUPERIOR. INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE. TENTATIVA DE FURTO. ART. 155, CAPUT, C/C ART. 14, II, DO CP). REINCIDÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. FURTO FAMÉLICO. ESTADO DE NECESSIDADE X INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. SITUAÇÃO DE NECESSIDADE PRESUMIDA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. HABEAS CORPUS EXTINTO POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

1. O princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

2. A aplicação do princípio da insignificância deve, contudo, ser precedida de criteriosa análise de cada caso, a fim de se evitar que sua adoção indiscriminada constitua verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais.

3. O valor da res furtiva não pode ser o único parâmetro a ser avaliado, devendo ser analisadas as circunstâncias do fato para decidir-se sobre seu efetivo enquadramento na hipótese de crime de bagatela, bem assim o reflexo da conduta no âmbito da sociedade.

**HC 119672 / SP**

4. *In casu*, a) a paciente foi presa em flagrante e, ao final da instrução, foi condenada à pena de 4 (quatro) meses de reclusão pela suposta prática do delito previsto no art. 155, *caput*, c/c o art. 14, II, do Código Penal (tentativa de furto), pois, tentou subtrair 1 (um) pacote de fraldas, avaliado em R\$ 45,00 (quarenta e cinco reais) de um estabelecimento comercial. b) A atipicidade da conduta está configurada pela aplicabilidade do princípio da bagatela e por estar caracterizado, *mutatis mutandis*, o furto famélico, diante da estado de necessidade presumido evidenciado pelas circunstâncias do caso.

5. O furto famélico subsiste com o princípio da insignificância, posto não integrarem binômio inseparável. É possível que o reincidente cometa o delito famélico que induz ao tratamento penal benéfico.

6. Os fatos, no Direito Penal, devem ser analisados sob o ângulo da efetividade e da proporcionalidade da Justiça Criminal. Na visão do saudoso Professor Heleno Cláudio Fragoso, alguns fatos devem escapar da esfera do Direito Penal e serem analisados no campo da assistência social, em suas palavras, preconizava que “*não queria um direito penal melhor, mas que queria algo melhor do que o Direito Penal*”.

7. A competência desta Corte para a apreciação de *habeas corpus* contra ato do Superior Tribunal de Justiça (CRFB, artigo 102, inciso I, alínea “i”) somente se inaugura com a prolação de decisão do colegiado, salvo as hipóteses de exceção à Súmula nº 691 do STF, sendo descabida a flexibilização desta norma, máxime por tratar-se de matéria de direito estrito, que não pode ser ampliada via interpretação para alcançar autoridades – no caso, membros de Tribunais Superiores – cujos atos não estão submetidos à apreciação do Supremo.

8. *Habeas corpus* extinto por inadequação da via eleita. Ordem concedida de ofício para determinar o trancamento da ação penal, em razão da atipicidade da conduta da paciente.

**A C Ó R D ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do

**HC 119672 / SP**

Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar extinta a ordem de *habeas corpus*, mas em deferi-la, de ofício, para trancamento da ação penal na origem, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 6 de maio de 2014.

**LUIZ FUX – Relator**

*Documento assinado digitalmente*

06/05/2014

PRIMEIRA TURMA

**HABEAS CORPUS 119.672 SÃO PAULO**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. LUIZ FUX</b>
<b>PACTE.(S)</b>	<b>: FABIANA BARBOSA MARTINS</b>
<b>IMPTE.(S)</b>	<b>: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO</b>
<b>COATOR(A/S)(ES)</b>	<b>: RELATORA DO HC Nº269629 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA</b>

**RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR):** Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado contra ato de Ministro do Superior Tribunal de Justiça consubstanciado em decisão de seguinte teor:

“Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de Recurso Especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de FABIANA BARBOSA MARTINS, contra acórdão da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal 0024902-81.2011.8.26.0050).

Consta dos autos que a paciente foi presa em flagrante, permanecendo 2 (dois) meses e 10 (dez) dias no cárcere, denunciada e condenada, em 1º Grau, à pena de 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 3 (três) dias-multa, como incurso no art. 155, **caput**, c/c art. 14, II, do Código Penal, pela tentativa de furto de um pacote de fraldas descartáveis.

O Ministério Público interpôs recurso de Apelação, buscando a fixação do regime prisional fechado, tendo o Tribunal de origem provido parcialmente o pedido, fixando o regime prisional semiaberto, em razão da reincidência da ré (fls.

**HC 119672 / SP**

43/46e).

Neste **writ**, sustenta a impetrante, em síntese, que o regime prisional semiaberto foi fixado com fundamento exclusivo na reincidência da paciente, o que caracteriza constrangimento ilegal, tendo em vista que a pena-base foi fixada no mínimo legal e a pena definitiva restou fixada em 4 (quatro) meses de reclusão. Ressalta que as circunstâncias judiciais, que são favoráveis, não foram consideradas.

Requer, nesse contexto, a concessão da ordem, liminarmente inclusive, para que a paciente cumpra o restante da pena em regime aberto, uma vez que 'já cumpriu o lapso exigido pela lei – 1/6 da pena imposta (total de 04 meses de reclusão), tendo, portanto, direito ao cumprimento do restante da reprimenda em regime aberto'. Ressalta que 'não se trata de pedido de progressão de regime e sim da aplicação do instituto da Detração, previsto no artigo 42 do Código Penal, nos moldes do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, com a redação alterada pela Lei nº 12.736/2012' (fl. 5e).

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 73/74e).

Solicitadas informações à autoridade apontada como coatora, foram devidamente prestadas (fls. 83/103e).

O Ministério Público Federal opinou pela extinção do writ, sem resolução do mérito, tendo em vista que o regime aberto foi concedido antes da impetração deste **writ** (fls. 106/107e).

O Superior Tribunal de Justiça, após o julgamento, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, dos HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), firmou entendimento pela inadequação do **writ**, para substituir recursos especial e ordinário ou revisão criminal, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípuo objetivo e desordenar a lógica recursal.

Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS

**HC 119672 / SP**

MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também tem negado seguimento a **habeas corpus**, substitutivos de recurso ordinário, com fulcro no art. 38 da Lei 8.038/90, quando inexistente flagrante ilegalidade, apta a ensejar a concessão da ordem, de ofício (HC 114.550/AC, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 24/08/2012; HC 114.924/RJ, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, DJe de 28/08/2012).

Em caso de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, cumpre analisar, contudo, em cada caso, se existe manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, que implique ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, a ensejar a concessão da ordem, de ofício.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o **Parquet**, em seu parecer, equivocou-se, ao mencionar que carece a paciente de interesse de agir. As informações prestadas pelo Tribunal **a quo**, quanto à progressão ao regime aberto, em 10/01/2013, referem-se ao cumprimento da pena imposta na Ação Penal 74730/2011, diversa da que se discute nestes autos, que diz respeito à Ação Penal 441/2001.

À paciente foi fixada, pela sentença condenatória, pena-base no mínimo legal, ou seja, 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, ante a ausência de circunstâncias judiciais valoradas negativamente. Em seguida, a agravante da reincidência foi compensada com a atenuante da confissão espontânea. Na terceira fase, a pena foi reduzida em 2/3 (dois terços), em razão da tentativa, resultando definitivamente fixada em 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 03 (três) dias-multa.

O Tribunal de origem, por sua vez, deu parcial provimento ao apelo ministerial, para fixar o regime inicial semiaberto, mantendo, no mais, a sentença condenatória, conforme se observa do seguinte trecho do acórdão:

‘A reprimenda mostrou-se adequada e

**HC 119672 / SP**

motivadamente dosada: pena-base fixada no mínimo legal, compensada a agravante da reincidência com a atenuante da confissão, e reduzida de 2/3 pela tentativa. Assim sendo, e não se evidenciando erro técnico ou excessivo rigor, a punição deve ser mantida, tal como monocraticamente estabelecida.

Entretanto, o regime prisional comporta reformulação. Isso porque a reincidência específica (fls. 14 do apenso próprio) impede a concessão do regime prisional mais brando. Fixa-se o regime inicial semiaberto, diante da quantidade da pena, das circunstâncias judiciais favoráveis e da culpabilidade diminuída (tentativa).

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso ministerial, para fixar o regime inicial semiaberto, mantendo, no mais, a respeitável sentença apelada**, por seus próprios e jurídicos fundamentos' (fls. 92/93e).

Observa-se, pois, que à paciente, reincidente (fls. 32e e 45e), foi mantida a pena inicialmente fixada pela sentença, alterando o Tribunal a quo, contudo, o regime inicialmente fixado, em razão de sua reincidência, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

Não obstante as circunstâncias judiciais favoráveis do art. 59 do Código Penal e a pena aplicada à paciente ser inferior a quatro anos de reclusão, verifica-se que se trata de sentenciada reincidente, conforme reconhecido, expressamente, pela sentença e pelo acórdão impugnado, não sendo cabível, portanto, a fixação de regime inicial mais brando, conforme pretende a defesa.

De fato, o art. 33, § 2º, c, do Código Penal, autoriza a aplicação do regime aberto ao condenado não reincidente, cuja pena fixada seja inferior a 4 (quatro) anos. Logo, a paciente não se encontra na situação descrita no referido dispositivo legal.

Ademais, a fixação do regime semiaberto é razoável e encontra amparo na Súmula 269 desta Corte Superior: 'É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos

**HC 119672 / SP**

reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos, se favoráveis as circunstâncias judiciais.’

No mesmo sentido, os seguintes precedentes:

(...)

Pelo exposto, nego seguimento ao presente **Habeas corpus**, nos termos do art. 38 da Lei 8.038/90 c/c art. 34, XVIII, do RISTJ” (grifos no original).

Consta dos autos que a paciente foi presa em flagrante, em 27/3/2012, e ao final da instrução foi condenada à pena de 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, pela prática do crime previsto no art. 155, *caput*, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal (furto tentado).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao recurso de apelação do Ministério Público para fixar o regime semiaberto para início do cumprimento da pena, em razão de a paciente ser reincidente.

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça que teve seguimento negado pela Ministra Relatora.

É contra essa decisão que se insurge a impetrante.

Sustenta, em suma, que em razão do *quantum* da pena fixada, o regime inicial para cumprimento da pena deve ser o aberto, uma vez que as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 foram favoráveis à paciente.

Alega, ainda, que “a argumentação de que a paciente deve ser encarcerada no regime mais grave porque o regime aberto é inaplicável a reincidentes, independentemente do montante da pena imposta, não pode prosperar, pois claramente infringiria o princípio da individualização da pena”.

Assevera, nesse sentido, que considerando a pena imposta e o crime



**HC 119672 / SP**

praticado, seria desproporcional a fixação do regime semiaberto.

Destaca, ademais, que a paciente já cumpriu mais de 1/6 da pena, porquanto permaneceu presa preventivamente por 2 (dois) meses e 10 (dez) dias, tendo direito ao cumprimento do restante da pena em regime aberto, nos termos do art. 387, § 2º, do Código Penal.

Requer, ao final, a concessão liminarmente da ordem para que seja assegurado à paciente o direito de cumprir o restante da pena no regime aberto.

O pedido liminar foi deferido para determinar ao Juízo da execução criminal que providencie o início do cumprimento da pena da paciente no regime aberto.

A Procuradoria Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*, parecer que possui a seguinte ementa:

“HABEAS CORPUS. INADMISSIBILIDADE. PENAL. FURTO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. REINCIDÊNCIA RECONHECIDA NA SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE DO REGIME ABERTO. DETRAÇÃO PENAL. QUESTÃO QUE DEVE SER APRECIADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DA IMPETRAÇÃO”.

É o relatório.

06/05/2014

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 119.672 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Anote-se, preliminarmente, o disposto no artigo 102, inciso I, alínea “i”, da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

(...)

i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância”.

Como se depreende, o legislador constituinte fez clara opção pelo princípio da colegialidade ao franquear a competência desta Corte para apreciação de *habeas corpus* – consoante disposto na primeira parte da alínea “i” do inciso I do artigo 102 – **quando o coator for Tribunal Superior**. E não há de se estabelecer a possibilidade de flexibilização dessa regra constitucional de competência, pois, sendo matéria de direito estrito, não pode ser ampliada via de interpretação para alcançar autoridades – no caso, membros de Tribunais Superiores – cujos atos não estão submetidos à apreciação do Supremo.

Daí porque, em situação similar, a Primeira Turma desta Corte, por ocasião do julgamento do HC 85.858-ED/RS, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, acórdão publicado em 26/08/2005, por unanimidade, deixou expresso que “*somente caberia ao Supremo conhecer do habeas corpus se ao STJ se pudesse atribuir a coação*”. Assentou-se esse mesmo entendimento por

**HC 119672 / SP**

ocasião do julgamento do HC 85.558-AgR/MS, de que foi Relatora a Ministra Ellen Gracie, acórdão publicado no DJe de 19 de junho de 2008, ao anotar que *“revela-se inviável o conhecimento desta ordem de habeas corpus pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de supressão de instância. Isto porque sua competência, nessa sede processual, está delimitada às hipóteses previstas no art. 102, “d” e “i”, da Constituição Federal”*. De igual modo foi a decisão proferida no HC 89.834-AgR, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, acórdão publicado no DJ de 15 de dezembro de 2006, assim ementada:

**“EMENTA: HABEAS CORPUS. AGRAVO REGIMENTAL. SÚMULA 691. SUCESSIVAS SUPRESSÕES DE INSTÂNCIA. RECURSO IMPROVIDO. É inviável habeas corpus em face de indeferimento de liminar por relator de outro habeas corpus impetrado a tribunal superior, sob pena de supressão de instância e violação das regras de competência. Assim é a orientação da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal. Seguindo a mesma linha de entendimento, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido do não cabimento de ação constitucional desta natureza nas hipóteses em que o tribunal de origem não tenha sequer apreciado o mérito da impetração. Admitir o contrário equivaleria à validação de sucessivas supressões de instâncias, de modo a violar as regras de competência. (...) Agravo regimental improvido.”**

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, considerando o princípio da colegialidade. 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

**HC 119672 / SP**

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.

Destarte, não tendo o STJ examinado o mérito da matéria alegada no presente *writ*, fica o Supremo Tribunal Federal impedido de apreciá-la, sob pena de incorrer-se em indevida supressão de instância, e, por conseguinte, violação às regras constitucionais definidoras da competência dos tribunais superiores, consoante pacífica jurisprudência desta Corte:

“*HABEAS CORPUS*. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. QUESTÕES NÃO CONHECIDAS PELO STJ. AUTORIDADE COATORA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INCOMPETÊNCIA DO STF. NEGATIVA AO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE FUNDAMENTADA. PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. INSTRUÇÃO CRIMINAL ENCERRADA. EXCESSO DE PRAZO. PREJUDICADO. ORDEM DENEGADA. 1. O Superior Tribunal de Justiça não se manifestou acerca do regime prisional imposto ao paciente no que concerne ao crime de tráfico de drogas e da possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 22, § 4º, da Lei 11.343/06. 2. No que diz respeito aos temas não abordados pela Corte Superior, a autoridade coatora é o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Com efeito, não compete a esta Suprema Corte conhecer dessas matérias, sob pena de supressão de instância. Precedentes. 3. A proibição ao direito de o paciente recorrer em liberdade foi devidamente fundamentada. Ademais, o paciente foi preso em flagrante e permaneceu preso durante toda a instrução criminal. 4. A alegação de excesso de prazo fica prejudicada pelo fim da instrução penal e pela prolação de sentença condenatória. Precedentes. 5. Writ conhecido em parte e denegado”. (HC 100595/SP, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 22/2/2011, DJ de 9/3/2011).

**HC 119672 / SP**

“*HABEAS CORPUS*. PEDIDO DE LIBERDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REINCIDÊNCIA. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, DENEGADA. O impetrante, embora também tenha requerido a liberdade do paciente, não apresentou qualquer fundamento para tanto. Simplesmente fez o pedido. Além disso, o STJ não se manifestou sobre a questão. Portanto, não há como o *habeas corpus* ser conhecido nesse ponto, sob pena de supressão de instância. Quanto ao pedido de fixação do regime prisional aberto ou semi-aberto, o TJSP, ao impor o regime fechado, considerou o fato de o paciente ser, de acordo com a sentença, multi-reincidente. Tal fundamento está em harmonia com o disposto nas alíneas b e c do § 2º do art. 33 do Código Penal, segundo as quais tanto o regime aberto, quanto o semi-aberto são reservados aos réus não reincidentes. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado” (HC 100616 / SP - Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, Julgamento em 08/02/2011, DJ de 14/3/2011).

“*HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE COMUTAÇÃO DE PENA. JUÍZO DE ORIGEM. APRECIÇÃO. AUSÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE SEU EXAME PELO STF SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIAS. ALEGAÇÃO DE DEMORA NO JULGAMENTO DO MÉRITO DE WRIT PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EXCESSO DE IMPETRAÇÕES NA CORTE SUPERIOR PENDENTES DE JULGAMENTO. FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO QUE SE MOSTRA COMPREENSÍVEL. APOSENTADORIA DO RELATOR DOS FEITOS MANEJADOS EM FAVOR DO PACIENTE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA DETERMINAR SUA REDISTRIBUIÇÃO. I O pedido de comutação da pena não pode ser conhecido, uma vez que esta questão não foi sequer analisada pelo juízo de origem. Seu exame por esta Suprema

**HC 119672 / SP**

Corte implicaria indevida supressão de instância e extravasamento dos limites de competência do STF descritos no art. 102 da Constituição Federal. II O excesso de trabalho que asoberba o STJ permite a flexibilização, em alguma medida, do princípio constitucional da razoável duração do processo. Precedentes. III - A concessão da ordem para determinar o julgamento do *writ* na Corte a quo poderia redundar na injustiça de determinar-se que a impetração manejada em favor do paciente seja colocada em posição privilegiada com relação a de outros jurisdicionados. IV Ordem concedida de ofício para determinar a redistribuição dos *habeas corpus* manejados no STJ em favor do paciente, em razão da aposentadoria do então Relator” (HC 103835/SP Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, Julgamento em 14/12/2010, DJ de 8/2/2011).

“*Habeas corpus*. Homicídio. Prisão ordenada independentemente de trânsito em julgado. Superveniência do trânsito em julgado. *Writ* prejudicado. Fixação de regime inicialmente fechado. Questão não submetida ao crivo do STJ. supressão de instância. *Habeas corpus* não conhecido. 1. Prejudicialidade do *writ* impetrado perante Tribunal Superior fundada em decisão liminar, precária e efêmera, obtida pelo paciente perante esta Suprema Corte incorrente. 2. Superveniência de trânsito em julgado da decisão condenatória, a ensejar o reconhecimento da prejudicialidade de ambas as impetrações. 3. A questão relativa à propriedade do regime prisional imposto ao paciente pela decisão condenatória não foi submetida ao crivo do Superior Tribunal de Justiça, não se admitindo a apreciação do tema por esta Suprema Corte, de forma originária, sob pena de configurar verdadeira supressão de instância. Precedentes. 4. *Writ* não conhecido” (HC 98616/SP, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, Julgamento em 14/12/2010).

*In casu*, aponta-se como ato de constrangimento ilegal a decisão

**HC 119672 / SP**

monocrática proferida por Ministro do Superior Tribunal de Justiça, que negou seguimento ao *habeas corpus* e se tem a utilização do presente *writ* como substitutivo de agravo regimental.

Com efeito, 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, observando, deste modo, o princípio da colegialidade previsto na Constituição Federal.

Destaca-se, ainda, que é inadmissível o *writ* impetrado em substituição do recurso ordinário cabível (CRFB, art. 102, II, *a*), na medida em que a competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar *habeas corpus* está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas *d* e *i*, da Constituição da República, *verbis*:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

(...)

i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância”.

A ementa do acórdão proferido na Pet nº 1.738-AgR, Pleno, rel. Min. Celso de Mello (DJ de 1º.10.99), é elucidativa e precisa quanto à

**HC 119672 / SP**

taxatividade da competência do Supremo Tribunal Federal:

E M E N T A: (...). A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - CUJOS FUNDAMENTOS REPOUSAM NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - SUBMETE-SE A REGIME DE DIREITO ESTRITO. A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional - e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida - não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os limites fixados, em *numerus clausus*, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República. Precedentes. O regime de direito estrito, a que se submete a definição dessa competência institucional, tem levado o Supremo Tribunal Federal, por efeito da taxatividade do rol constante da Carta Política, a afastar, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais originárias, o processo e o julgamento de causas de natureza civil que não se acham inscritas no texto constitucional (ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares), mesmo que instauradas contra o Presidente da República ou contra qualquer das autoridades, que, em matéria penal (CF, art. 102, I, b e c), dispõem de prerrogativa de foro perante a Corte Suprema ou que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal (CF, art. 102, I, d). Precedentes. (grifou-se).

Afigura-se paradoxal, em tema de direito estrito, conferir interpretação extensiva para abranger no rol de competências do Supremo Tribunal hipóteses não sujeitas à sua jurisdição. A prevalência do entendimento de que o Supremo Tribunal Federal deve conhecer de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional contrasta com os meios de contenção de feitos, remota e recentemente implementados - Súmula Vinculante e Repercussão Geral - com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Supremo Tribunal Federal, da nobre



**HC 119672 / SP**

função de guardião da Constituição da República.

E não se argumente com o que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva. Não é disso que se trata, mas de necessária, imperiosa e urgente reviravolta de entendimento em prol da organicidade do direito, especificamente no que tange às competências originária e recursal do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar *habeas corpus* e o respectivo recurso ordinário, valendo acrescer que essa ação nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudonulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir.

A propósito da organicidade e dinâmica do direito, impondo-se a correção de rumos, bem discorreu o Ministro Marco Aurélio no voto proferido no HC nº 109.956, que capitaneou a mudança de entendimento na Primeira Turma, *verbis*:

“O Direito é orgânico e dinâmico e contém princípios, expressões e vocábulos com sentido próprio. A definição do alcance da Carta da República há de fazer-se de forma integrativa, mas também considerada a regra de hermenêutica e aplicação do Direito que é sistemática. O *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo qualquer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea a, e 105, inciso II, alínea a, tem-se a previsão de recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo *habeas*, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição.

**HC 119672 / SP**

Cumpre implementar visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o habeas substitutivo, mas o recurso ordinário a correção de rumos. Consigno que, no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício. “

(HC 109956, rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012 - grifou-se)

No caso *sub examine*, a paciente não está arrolada em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição originária desta Corte, o que desautoriza o conhecimento do presente *writ*.

Todavia, existe, no caso, excepcionalidade que justifica a concessão, *ex officio*, da ordem.

*In casu*, a paciente foi presa em flagrante, em 27/3/2011 e permaneceu custodiada cautelarmente por 2 (dois) meses e 10 (dias). Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, verifica-se que a liberdade provisória foi concedida em 3/6/2011.

Ao final da instrução, a paciente foi condenada à pena de 4 (quatro) meses de reclusão pela suposta prática do delito previsto no art. 155, *caput*, c/c o art. 14, II, do Código Penal (tentativa de furto), pois, tentou subtrair 1 (um) pacote de fraldas de um estabelecimento comercial.

O regime inicial para cumprimento da pena, após o recurso de apelação do Ministério Público, foi fixado no semiaberto, em razão da paciente ser reincidente, nos termos do art. 33 do Código Penal.

Apesar da possibilidade de imposição do regime semiaberto para os condenados reincidentes com pena inferior a 4 (quatro) anos, no caso *sub examine*, a paciente permaneceu presa cautelarmente por 2 (dois) meses e

**HC 119672 / SP**

10 (dez) dias, cumprindo, portanto, mais da metade da pena que lhe foi imposta em regime fechado. Destarte, nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, o tempo da prisão provisória deve ser computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.

Desse modo, considerado o *quantum* da pena imposta (4 meses), deferi medida liminar para fixar, desde logo, o regime inicial aberto para cumprimento da pena.

Contudo, tenho como aplicável o princípio da insignificância. O valor da *res furtiva*, de fato, não pode ser o único parâmetro a ser avaliado, devendo ser analisadas as circunstâncias do fato para decidir-se sobre seu efetivo enquadramento na hipótese de crime de bagatela, bem assim o reflexo da conduta no âmbito da sociedade.

Trata-se de condenada reincidente na prática de delitos contra o patrimônio. Destarte, o reconhecimento da atipicidade da conduta do recorrente, pela adoção do princípio da insignificância, poderia, por via transversa, imprimir nas consciências a ideia de estar sendo avalizada a prática de delitos e de desvios de conduta.

De fato, ambas as Turmas deste Supremo Tribunal, em julgados mais recentes, têm sedimentado o entendimento no sentido de que a reincidência na prática criminosa obsta a aplicação do princípio da insignificância, sob pena de incentivar-se a prática de pequenos delitos. Nesse sentido, os seguintes julgados: HC 115.707, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 12.08.13; RHC 111.489, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 1º.08.13; HC 113.196, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 1º.10.12.

Não obstante a jurisprudência desfavorável às razões da impetração, tenho que a matéria é passível de exame, *ex officio*, pelo ângulo do furto

**HC 119672 / SP**

famélico ou necessitado, como preferem alguns autores, considerada a natureza da *res furtiva*: um pacote de fraldas descartáveis.

O furto famélico subsiste com o princípio da insignificância, posto não integrem binômio inseparável.

É possível que o reincidente cometa o delito famélico que induz ao tratamento penal benéfico.

Alguns autores sustentam que o furto famélico decorre da inexigibilidade de conduta diversa, outros, como Nélson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso (Comentários ao Código Penal, 4ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1980, vol. VII, p. 34), afirmam que essa causa extinção da ilicitude está umbilicalmente ligada ao estado de necessidade, *in verbis*:

“Furto necessitado. Desde a Idade Média, por influência do direito canônico, se reconhecia a impunibilidade do furto famélico, isto é, do furto praticado por quem em estado de extrema penúria, é impelido pela fome (coactus fame), pela inadiável necessidade (propter necessitatis vim) de se alimentar. Discutiam os doutores sobre o fundamento de tal impunibilidade: ora se dizia que a necessidade excluía o dolo específico do furto, ora que fazia retornar as coisas ao primitivo estado de comunhão (necessitas legem). A Carolina expressamente isentava de pena o furto quando premido o agente pela necessidade de se alimentar a si próprio e à sua família.

Na França, ao tempo do bom juge MAGNAUD, o furto necessitado foi um tema rumorosamente debatido, e como o Código de Napoleão não contemplasse, como excludente de crime, o estado de necessidade, a isenção de pena foi admitida, em famosa decisão do Tribunal de Chateau-Thierry, porque ‘a fome é suscetível de privar parcialmente a todo ser humano o livre-arbítrio e reduzir nele, em grande parte, a noção do bem e do mal’. Presentemente, o estado de necessidade figura nos

**HC 119672 / SP**

códigos penais em geral como descriminante, e na sua órbita se inclui o furto famélico, o que vale dizer que é um fato penalmente lícito.”

No Direito Penal, os fatos devem ser analisados sob o ângulo da efetividade e da proporcionalidade da Justiça Criminal. Na visão do saudoso Professor Heleno Cláudio Fragoso, alguns fatos deveriam escapar da esfera do Direito Penal e serem analisados no campo da assistência social, em suas palavras, preconizava que “*não queria um direito penal melhor, mas que queria algo melhor do que o Direito Penal*”.

No caso *sub examine*, a paciente foi condenada por tentar furtar um pacote de fraldas de uma farmácia, avaliadas em R\$ 45,00, sendo presumida situação de necessidade da paciente. Na minha ótica uma mulher, uma mãe, que tenta furta um pacote de fraldas precisava ser ouvida em uma outra seara, que não fosse a seara penal.

Demonstra-se, portanto, patente a atipicidade da conduta da paciente, pela aplicabilidade do princípio da bagatela e *mutatis mutandis* de restar caracterizado o furto famélico, diante das circunstâncias fáticas presentes nos autos.

*Ex positis*, julgo extinto o *habeas corpus* por inadequação da via eleita, mas concedo a ordem de ofício para determinar o trancamento da ação penal, em razão da atipicidade da conduta da paciente.

É como voto.

06/05/2014

PRIMEIRA TURMA

**HABEAS CORPUS 119.672 SÃO PAULO**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Presidente, eu tenho dito aqui, de outras vezes, que acho que o Direito Penal, no Brasil, está desarrumado, tanto do ponto de vista normativo quanto filosófico, e este caso que vem de ser relatado pelo eminente Ministro Luiz Fux é uma prova cabal disso. Quer dizer, o sistema entendeu que deveria decretar a pena de prisão, em regime semi-aberto - portanto, efetivamente dentro do sistema -, pelo furto de um pacote de fraldas descartáveis.

É preciso pensar quanto de Direito Penal, para quem o Direito Penal. Certamente esta não é uma forma saudável de lidar com problemas sociais como os que estão envolvidos neste caso.

De modo que, louvando o voto do eminente Relator, eu o acompanho integralmente.

\* \* \* \* \*

**06/05/2014**

**PRIMEIRA TURMA**

**HABEAS CORPUS 119.672 SÃO PAULO**

**VOTO**

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** – Senhor Presidente, da mesma forma. Iria até mais, pela atipicidade da conduta, naquela minha posição vencida na Turma.

**PRIMEIRA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**HABEAS CORPUS 119.672**

PROCED. : SÃO PAULO

**RELATOR : MIN. LUIZ FUX**

PACTE.(S) : FABIANA BARBOSA MARTINS

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

COATOR(A/S)(ES) : RELATORA DO HC N°269629 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Decisão:** A Turma julgou extinta a ordem de *habeas corpus*, mas a deferiu, de ofício, para trancamento da ação penal na origem, nos termos do voto do relator. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Dias Toffoli. Primeira Turma, 6.5.2014.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Roberto Barroso.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza  
Secretária da Primeira Turma