

## HABEAS CORPUS 223.787 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN  
PACTE.(S) : MATEUS NASCIMENTO DA SILVA  
IMPTE.(S) : LUCAS HERNANDES LOPES 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 indeferiu liminarmente o HC 792.273/SP (eDOC.09).

Busca-se, em síntese, modificação do regime prisional fixado e a negativa da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ambas calcadas unicamente na hediondez do delito.

**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 artigo 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 114557 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.**”*

1.2. Não bastasse, a exigência de motivação estabelecida pelo artigo 93, XI, CF, deve ser compreendida à luz do cenário processual em que o ato se insere. Vale mencionar, por exemplo, a evidente distinção da motivação exigida entre medidas embrionárias, que se contentam com juízo sumário, e o édito condenatório, que desafia a presença de arcabouço robusto para fins de desconstituição do estado de inocência presumido.

Cumpra assinalar que o deferimento de liminar em *habeas corpus* constitui medida excepcional por sua própria natureza, que somente se justifica quando a situação demonstrada nos autos representar, desde logo, manifesto constrangimento ilegal.

Ou seja, no contexto do *habeas corpus*, a concessão da tutela de urgência é exceção, e, nesse particular, seu indeferimento deve ser motivado de acordo com essa condição.

Sendo assim, o ônus argumentativo para afastar o pleito liminar é extremamente reduzido. Calha reiterar que, em tais hipóteses, não há pronunciamento de mérito da autoridade apontada como coatora, de modo que se mostra recomendável aguardar a manifestação conclusiva do Juízo natural.

## **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, ao 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 desborda 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.

3.1.A fixação do regime inicial segue os critérios estabelecidos no

artigo 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.***

Ainda nesse sentido, as Súmulas 718 e 719/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 artigo 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.”*

No caso concreto, constato que a sentença não descreve razões adequadas a justificar a escolha de regime inicial mais gravoso que o sugerido pela Lei Penal, tampouco para manter a prisão preventiva:

“Passo, pois à dosimetria da pena. Analisadas as diretrizes traçadas pelo artigo 59, do Código Penal, e 42, da Lei nº 11.343/2006, a diversidade das drogas (cocaína e crack) recomenda a exasperação da pena-base.

Assim, fixo a pena-base em 1/6 acima do mínimo legal, isto é, 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria da pena, ausentes circunstâncias atenuantes ou agravantes, de modo que mantenho a pena já fixada.

Na terceira fase incide a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, porquanto o acusado é primário e não há provas robustas de que se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa, anotando-se que um processo criminal em andamento não tem o condão de afastar a aplicação da causa em questão.

Dessa forma, observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, as circunstâncias em que o delito foi praticado, levando-se em conta a primariedade do réu, diminuo a reprimenda em 1/6, atingindo 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa.

**Fixo o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, eis que o tráfico de entorpecentes se trata de ilícito penal equiparado aos crimes hediondos.** Por identidade de razões, incabível a substituição de pena privativa de liberdade

por restritiva de direitos por incompatibilidade lógica.

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE o pedido deduzido por meio da presente ação penal para CONDENAR MATEUS NASCIMENTO DA SILVA, qualificado nos autos, como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei 11.343/06, à pena de 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa, cujo valor unitário fixo no mínimo legal, ante a ausência de provas de que o acusado possui boas condições financeiras.

A pena deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado. Expeça-se mandado de prisão e recomende-se o réu na prisão em que se encontra.

O réu não poderá recorrer em liberdade e deverá permanecer recolhido na prisão em que se encontra, porquanto persistem os motivos que deram ensejo à sua prisão cautelar. Ademais, tal medida também se mostra recomendável, à vista da gravidade do delito praticado. Por fim, o réu permaneceu preso durante todo o processo, persistindo os motivos de sua custódia cautelar.”

Com efeito, ao contrário do apontado na sentença, há muito é sedimentada a jurisprudência desta Corte quanto à inconstitucionalidade de fixação *ex lege* do regime inicial na hipótese de crimes hediondos e equiparados:

*“(…) Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.” (HC 111840, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27.06.2012, grifei).*

Não bastasse, recentemente o tema foi consolidado em sede de repercussão geral, restando estabelecida a seguinte tese:

*“Tema 972 - É inconstitucional a fixação ex lege, com base no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal.” (ARE 1052700 RG, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, julgado em 02.11.2017)*

Por fim, tendo em vista que restou aplicada a causa de diminuição de pena no caso concreto, em verdade, nem mesmo há como afirmar a hediondez do crime, consoante já decidiu esta Suprema Corte no HC 118533, de relatoria da Min. Cármen Lúcia, julgado pelo Tribunal Pleno:

*“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90. 4. Ordem concedida.” (HC 118533, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno,*



julgado em 23/06/2016).

Quanto ao ponto, enfatizo que *“o indivíduo é sempre uma realidade única ou insimilar, irrepitível 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 110844, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 10.04.2012, grifei).

É por esta razão que *“a jurisprudência do STF consolidou entendimento de que a hediondez ou a gravidade abstrata do delito não obriga, por si só, o regime prisional mais gravoso, pois o juízo, em atenção aos princípios constitucionais da individualização da pena e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, deve motivar o regime imposto observando a singularidade do caso concreto”* (HC 133617, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 10.05.2016).

**Nessa ótica, no que toca ao regime estabelecido, evidenciada a existência de constrangimento ilegal, pois, à vista da reprimenda fixada em 04 (quatro) anos e 10 (meses) de reclusão e da fundamentação acima transcrita, o paciente, ao que tudo indica, faz jus ao regime inicialmente semiaberto para cumprimento de pena.**

Nada obstante, consta dos autos a notícia de que pende recurso de apelação, que pode repercutir na pena imposta, bem como no regime inicial de cumprimento de pena e por isso não se afigura apropriada a reforma, *ipso facto*, do regime prisional estabelecido. Efetivamente, a meu ver, tal proceder importaria em indevida supressão de instância, porquanto não se pode descartar, em tese, a possibilidade de que o Juízo *ad quem*, à luz do efeito devolutivo do recurso interposto, modifique a

pena aplicada, valendo-se, para tanto, de motivação idônea, ou mesmo o arrefeça, estabelecendo regime prisional mais benéfico.

Isto posto, conquanto se reconheça, no momento processual atual, a existência de fundamentação que conflita com a jurisprudência desta Corte, a ausência de exaurimento das instâncias ordinárias inviabiliza a alteração imediata do regime prisional, *a priori* imposto.

**3.3. Por outro lado, embora deva-se resguardar a alteração do regime prisional às instâncias ordinárias, o mesmo não se pode dizer quanto à manutenção da prisão preventiva imposta ao paciente, e neste tocante, entendo que razão assiste ao impetrante.**

Efetivamente, a manutenção da prisão preventiva no caso concreto configura ilegalidade aferível de plano, na medida em que, consoante entendimento perfilhado pela 2ª Turma desta Corte, não há como conciliar a manutenção da prisão preventiva, se evidenciado, no caso concreto, a adequação da imposição de regime penal menos gravoso que o fechado:

“PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL SEMIABERTO. MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. INCOMPATIBILIDADE. PRECEDENTES DA SEGUNDA TURMA. ORDEM CONCEDIDA. I - Nos termos da jurisprudência desta Segunda Turma, **a manutenção da prisão provisória é incompatível com a fixação de regime de início de cumprimento de pena menos severo que o fechado**. Precedentes. II Ordem concedida para revogar a prisão preventiva do paciente e determinar a sua imediata soltura, sem prejuízo da fixação, pelo juízo sentenciante, de uma ou mais medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, caso entenda necessário.” (HC 138122, Relator(a): Min.

RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 09.05.2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-105 DIVULG 19-05-2017 PUBLIC 22-05-2017,grifei)

“A prisão preventiva é a medida cautelar mais grave no processo penal, que desafia o direito fundamental da presunção de inocência. Não pode, jamais, revelar antecipação de pena. Precedentes. 4. O aspecto cautelar próprio da segregação provisória, do que decorre o enclausuramento pleno do agente, não admite qualquer modulação para adequar-se a regime inicial mais brando (semiaberto) definido nesta impetração. 5. **A realidade do sistema carcerário brasileiro impõe aos egressos a regime mais brando (semiaberto e aberto) o cumprimento da pena de modo diverso**, inclusive com liberdade monitorada, diante da impossibilidade de colocação do sentenciado em regime mais gravoso (RE 641.320/RS, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes). **Essa restrição parcial da liberdade ao cautelarmente segregado não se coaduna com a prisão preventiva e pode ser validamente alcançada com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão** (CPP, art. 319). 6. Ordem concedida para fixar ao paciente o regime inicial semiaberto e, em consequência, revogar a prisão preventiva fixada.” (HC 136397, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 13.12.2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-028 DIVULG 10-02-2017 PUBLIC 13-02-2017, grifei)

Destarte , ao tempo em que reconheço que a modificação do regime prisional é matéria que deve ser submetida ao crivo das instâncias ordinárias, verifico a existência de ilegalidade a recomendar a concessão da ordem, por manifesta incompatibilidade entre o instituto da prisão preventiva e o regime que, neste momento , avista-se como o de escorreita aplicação (semiaberto).

Elucido que, quanto à revogação da prisão preventiva, não cabe conjecturar a possibilidade de reforma da decisão proferida pelo Juízo

singular, à semelhança do raciocínio empreendido quando se analisou a alteração do regime prisional, tendo em vista que, nesta, a violação da liberdade ambulatorial é meramente reflexa, e, naquela, há violação direta e imediata ao direito de ir e vir do paciente.

Nessa medida, evidenciada ilegalidade de tal envergadura, eventual não exaurimento da matéria pelas instâncias ordinárias sucumbe a interesse maior, que é o de resguardar o direito fundamental, previsto no art. 5º, LXVIII, da CF, e autoriza a concessão da ordem, de pronto.

4. Posto isso, com fulcro no art. 192 do RISTF, **não conheço da impetração mas concedo a ordem de ofício para o fim de determinar que: a) o paciente aguarde em liberdade, até o julgamento da apelação, salvo se preso por outro motivo, e b) o TJSP abstenha-se de utilizar, no julgamento de apelação submetida a seu crivo, a fundamentação ora reputada como ilegal (menção à hediondez do delito no estabelecimento do regime prisional).**

Comunique-se, com urgência e pelo meio mais expedito (inclusive com utilização de *fax*, se necessário), ao Juiz da causa, a quem incumbirá o implemento desta decisão (*revogação da custódia cautelar*).

Comunique-se também ao TJSP, encaminhando-se cópia integral desta decisão, **para que observe a ordem concedida no presente writ, em ulterior julgamento de apelação pendente de análise naquele Tribunal.**

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 6 de fevereiro de 2023.

Ministro EDSON FACHIN

**HC 223787 / SP**

**Relator**

*Documento assinado digitalmente*