

HABEAS CORPUS 193.620 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
PACTE.(S) : DIEGO VELOSO
IMPTE.(S) : RODRIGO BARBOSA URBANSKI
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 622.166 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Rodrigo Barbosa Urbanski, em favor de Diego Veloso, contra decisão monocrática proferida por Ministro do STJ, nos autos do HC 622.166/SP.

Colho da decisão impugnada:

“Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 1 ano e 24 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 33 dias multa, pela prática do delito tipificado no art. 155, caput, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal (e-STJ, fls. 14/26).

Irresignada, a defesa apelou e o Tribunal estadual negou provimento ao recurso e reduziu, de ofício, a pena pecuniária para 10 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação (e-STJ, fls. 34/39), em acórdão assim ementado:

[...]

No presente writ (e-STJ, fls. 3/13), o impetrante afirma que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, na medida em que manteve o regime inicial fechado para um crime de baixíssima gravidade e praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa (e-STJ, fl. 4). Assevera, também, que não houve fundamentação concreta e motivação idônea acerca da gravidade do crime para determinar que o regime fechado fosse o mais adequado, mas sim uma opinião abstrata, pois o paciente foi condenado a uma pena de 1 ano e 24 dias por tentativa de furto (e-STJ, fl. 8).

Ademais, alega que a reincidência não é específica e que se trata de paciente com residência fixa, trabalho lícito, que não tem a personalidade voltada para o crime além de sua conduta social não o desabonar (e-STJ, fl. 8).

Desse modo, defende que a fixação do regime mais gravoso vai de encontro ao enunciado n. 440 da Súmula do STJ e dos enunciados n. 718 e 719, ambos da Súmula do STF.

Diante disso, requer, liminarmente e no mérito, a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos. (eDOC 10)

No STJ, o *habeas corpus* não foi conhecido.

Nesta Corte, a defesa reitera os pedidos formulados naquele Tribunal.

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, registro que o mérito da controvérsia não foi apreciado pelo **colegiado** do Superior Tribunal de Justiça, de modo que a apreciação por esta Corte resultaria em **supressão de instância**.

É que, ausente **pronunciamento colegiado** naquele Tribunal, não houve lá esgotamento da instância. Sem o esgotamento da instância, a análise por esta Corte resulta em sua supressão. Cito precedentes:

“Agravo regimental no *habeas corpus*. 2. **Habeas corpus que impugna decisão monocrática de mérito proferida por Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Supressão de instância. Ausência de pronunciamento colegiado.** Necessidade de interposição de agravo regimental. 3. Superação do óbice possível apenas nos casos de flagrante ilegalidade. Não ocorrência no caso concreto. 4. Agravo não provido”. (AgR no HC 184.614, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 16.6.2020)

“Agravo regimental no *habeas corpus*. 2. **Habeas corpus impetrado contra decisão monocrática proferida por Ministro de Tribunal Superior. Supressão de instância. Não há manifesta ilegalidade no caso concreto a autorizar a concessão da ordem.** 3. Abrandamento de regime e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Impossibilidade. Reincidência inespecífica. Irrelevância ao caso concreto. 4. Fixação de regime mais gravoso e negativa de substituição da pena corporal devidamente fundamentadas. 5. Agravo improvido". (AgR no HC 180.489, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 14.4.2020)

É bem verdade que, em caso de manifesta ilegalidade, tais entendimentos podem ser flexibilizados, o que é o caso dos autos.

Colho os seguintes fatos da sentença:

"DIEGO VELOSO, qualificado nos autos, foi denunciado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO por infração ao artigo 155, caput, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, porque, segundo a denúncia, no dia 17 de maio de 2014, por volta das 16h10min, na Rua João Batista Ferreira, 40, Jardim Regina, nesta Cidade e Comarca de Itararé, tentou subtrair, para si, uma bicicleta marca Caloi, **modelo cecizinha, avaliada em R\$50,00 (cinquenta reais), conforme auto de avaliação indireta de fls. 24, pertencente à vítima Lilian Dalila de Melo Glauser,** somente não consumando a subtração por circunstâncias alheias à sua vontade.

[...]

A autoria também é certa e recai sobre o acusado.

A vítima Lilian Dalila de Mello Glauser declarou em Juízo:

"Tava em casa, ele chegou. Acho que ele tava bêbado, daí ele chamou lá na frente. Chamou o meu exmarido, o Vinicius. Daí eu falei que ele não tá e, ele é primo do Vinicius. Eu tava sozinha, tinha acabado de ganhar neném, tava cuidando das crianças. Só respondi ele da janela. Acho que ele tava bêbado, achou que não tinha dado atenção pra ele, acho que ficou bravo, não sei o que aconteceu. Daí, ele sentou lá na frente. Tinha uma árvore na frente da minha casa, ele ficou sentado, só que daí eu vi que ele já tava meio bravo, fui lá e fechei a porta, só que o portão tava sem cadeado. O portão meu era de puxar. Daqui a pouco escutei um barulhão, abriu o portão com tudo, meu carro

tava na garagem, ele foi lá no fundo, acho que ele queria catar alguma coisa, a única coisa que ele viu foi a bike, catou a bicicleta e saiu com a bicicleta, fez um riscão do lado do meu carro e foi. Foi o tempo dele sair e andar um pouco, o Vinicius, meu ex-marido, chegou. Daí eu contei todo o acontecido, daí ele foi de carro atrás do Diego. Daí, a polícia chegou, catou ele com a bicicleta. Foi todo mundo parar na delegacia. **Conseguí recuperar a bicicleta. Daí, ele fez isso porque eu acho que tava bêbado também. Eu não quero ferrar com ele, por causa que ele é primo do meu ex-marido. Não sei por que ele foi fazer isso. Ele tava transtornado. Ele tem problema com bebida. Ele tava alterado" (fls. 144).**

[...]

Vinicius de Souza Comeron Albuquerque, ouvido como informante, declarou em Juízo:

"Tava chegando em casa, ele tava saindo com essa bicicleta correndo, mas não vi que era ele. Cheguei dentro de casa, minha ex-esposa tava chorando e desesperada, porque tinha entrado ladrão, tava mexendo no fundo da casa e saiu com a bicicleta. Nisso saí correndo atrás. Fui encontrar ele no outro quarteirão, caído lá e a polícia chegou já, não sei se os vizinhos que chamou e pegou ele lá com a bicicleta. A polícia levou ele pra baixo daí. Quando tava chegando na casa, avistei ele saindo com a bicicleta. Entrei na minha casa, tive contato com minha esposa e saí de carro atrás dele. Localizei ele a distância de no máximo um quarteirão, porque ele chegou cair com a bicicleta. Acho que ele tava bêbado. Chegou a viatura da polícia. Virei a esquina, cheguei em casa, ele já estava saindo com a bicicleta. Daí eu parei, porque tava a gritaria da minha esposa, ex-mulher, lá dentro. Entrei pra dentro. Não dava pra ver que era ele, só fui ver a hora que tava caído com a bicicleta. Ele tava todo vermelho, acho que tava bêbado mesmo. Ela disse que era um ladrão, não chegou a ver ele. Fui ver que era ele a hora que estava caído com a bicicleta. **Ele queria me agredir, ele estava alcoolizado, não sei se estava drogado.** Não tava devendo pra

ele. Quando ele saiu da cadeia, ele tava no portão da minha casa, tava perdido no crack, perdido no álcool também, me pedindo dinheiro, alguma coisa pra comer. Ao contrário, sempre só ajudamo ele. Agora não sei por que ele foi querer roubar minha casa". (eDOC 2)

Observo dos autos que o paciente, embriagado, teria ido à casa de seu primo e, de lá, subtraído uma bicicleta avaliada em R\$ 50,00, que, posteriormente, foi devolvida à proprietária, esposa de seu primo. Por isso, foi condenado por furto tentado, nos seguintes termos:

“Consoante às diretrizes do artigo 59, do Código Penal, verifica-se que o acusado é portador de maus antecedentes, uma vez que ostenta condenação transitada em julgado por fatos pretéritos ao aqui apurado (autos nº. 0000930-69.2014.8.26.0279 - certidões de fls.108). As demais circunstâncias judiciais não lhe são desfavoráveis. Tendo em vista a existência de uma circunstância judicial desfavorável ao acusado, fixo a pena privativa de liberdade base de 01 ano, 04 meses e 15 dias de reclusão e ao pagamento de 43 dias-multa.

Na segunda fase, incide a causa agravante prevista no art. 61, I, do CP (autos nº. 0003030-41.2007.8.26.0279 - fls. 109/110), motivo pelo qual agravo a pena do acusado, o que perfaz 01 ano, 07 meses e 07 dias de reclusão e ao pagamento de 50 dias multa. Não incidem causas atenuantes.

Na terceira fase, não há majorantes. Presente a causa de diminuição de pena prevista no artigo 14, II, e parágrafo único, razão pela qual diminuo a pena em um terço, considerando que houve grande aproximação da consumação do delito, fixando a reprimenda em 01 (um) ano e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e 33 dias-multa.

No que tange à condenação de multa, fixo o valor do dia multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, ou seja, na sua fração mínima legal.

Nos termos do art.33, §2.º, fixo o regime inicial fechado para início de cumprimento de pena. Lembre-se. Estamos a

falar de condenado reincidente e que tem má circunstância judicial, o que impossibilita a aplicação da Súmula 269, do STJ. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, porque, muito embora a pena privativa de liberdade não supera 4 (quatro) anos (CP, 44, I, primeira parte) e o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa (CP, 44, I, segunda parte), o réu é reincidente (CP, 44, II), além disso, os antecedentes criminais indicam que essa substituição não é suficiente (CP, 44, III).

Presentes circunstâncias judiciais negativas, é permitida a fixação de regime inicial mais gravoso, bem como se justifica a negativa de substituição da pena privativa de liberdade. Precedente:

“Agravo regimental nos embargos de declaração no habeas corpus. 2. Abrandamento de regime e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Impossibilidade. Presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis. 3. Reincidência inespecífica. Irrelevância ao caso concreto. 4. **Fixação de regime mais gravoso e negativa de substituição da pena corporal devidamente fundamentadas**. 5. Agravo improvido”. (AgR no HC 169.956, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 3.9.2019)

Todavia, penso que o regime inicial fechado é assaz severo e não se sustenta.

É que o paciente foi condenado à pena de 1 ano e 24 dias de reclusão, razão por que, considerado apenas o *quantum*, teria direito ao regime inicial aberto. Como ostenta maus antecedentes, além de ser reincidente, foi fixado regime inicial fechado, quando poderia ter sido fixado o semiaberto, igualmente mais gravoso.

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem para fixar o regime inicial semiaberto.

Publique-se. Comunique-se.

HC 193620 / SP

Brasília, 4 de novembro de 2020.

Ministro GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente