

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 202.784 - SP (2011/0076718-0)

IMPETRANTE : RENATA OKANO GIMENES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO ANTONIO DA SILVA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de DIEGO ANTONIO DA SILVA, condenado como incurso no crime de tentativa de roubo qualificado, à pena de 02 anos e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, em face de acórdão proferido, em sede de apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Sustenta o Impetrante, de início, a atipicidade da conduta porque a "*tentativa de roubo incidiu sobre duas máquinas caça-níqueis, que são bem ilícitos*" (fl. 03).

Alega, ainda, que apesar da reconhecida reincidência do Paciente, o regime inicial de cumprimento de pena deve ser o semiaberto, nos termos do enunciado da Súmula n.º 269 do Superior Tribunal de Justiça.

Busca, liminarmente e no mérito, a absolvição do Paciente. Subsidiariamente, requer a fixação do regime inicial intermediário.

O pedido liminar foi deferido, nos termos da decisão de fls. 91/92.

Foram dispensas as informações.

O Ministério Público Federal se manifestou às fls. 106/109, opinando pela parcial concessão da ordem.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 202.784 - SP (2011/0076718-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO QUALIFICADO TENTADO. CONDUTA TÍPICA MESMO QUANDO A RES FURTIVA NÃO É RESGUARDADA JURIDICAMENTE. RÉU REINCIDENTE. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS FAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. SÚMULA N.º 269 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. É típica a conduta de roubar caça-níqueis porque, apesar de proibida a exploração de jogo de azar em nosso ordenamento jurídico, a *res furtiva* tem relevância econômica, sendo atingido o patrimônio da vítima, objeto jurídico tutelado pela lei penal.

2. Ao condenado reincidente que teve consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, e cuja pena imposta foi inferior a quatro anos de reclusão, aplica-se o regime prisional semiaberto. Incidência da Súmula n.º 269 desta Corte.

3. Ordem concedida parcialmente para fixar o regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena aplicada ao Paciente.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

De início, ao contrário do que sustenta o Impetrante, é típica a conduta de roubar caça-níqueis porque, apesar da proibição à exploração do jogo de azar vigente em nosso ordenamento jurídico, a *res furtiva* tem relevância econômica, sendo atingido o patrimônio da vítima, objeto jurídico tutelado pela lei penal.

Como bem ressaltou o acórdão impugnado, "*não há que se falar em atipicidade da conduta passível de subtração o bem, independentemente de ser resguardado juridicamente ou não*" (fl. 82).

De outro lado, a sentença condenatória, mantida pelo acórdão impugnado, fixou a pena-base no mínimo legal, agravou a reprimenda de 1/6 (um sexto) em face da reincidência do Paciente, em 1/3 (um terço) pela majorante do concurso de agentes, e aplicou a redução pela tentativa no máximo previstos de 2/3 (dois terços), restando a pena definitiva cominada em 02 anos e 20 dias de reclusão.

Aduziu o Magistrado sentenciante, ainda, que o regime de cumprimento de pena deveria ser o "*fechado para DIEGO, considerada a reincidência*" (fl. 55).

Superior Tribunal de Justiça

O Tribunal paulista, manteve o regime de cumprimento de pena aplicado, aduzindo, apenas, que a *"reincidência, independentemente de pena fixada, impõe que o regime de cumprimento desta seja no fechado"* (fl. 82).

Ocorre que, como dito, a pena-base imposta ao Réu foi fixada no mínimo legal, diante do reconhecimento de circunstâncias judiciais favoráveis. Assim, tendo em vista o *quantum* da pena definitiva aplicada, apesar de reincidente, afigura-se possível iniciar o condenado o cumprimento de sua reprimenda no regime prisional semiaberto.

Incide, na hipótese, o verbeto Sumular n.º 269 deste Superior Tribunal de Justiça, *in litteris*:

"É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais."

A propósito:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. APELAÇÃO. MATÉRIA IMPLICITAMENTE REPELIDA TRIBUNAL A QUO. DEVOUÇÃO INTEGRAL DO TEMA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL MAIS SEVERO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. DECISÃO FUNDAMENTADA TÃO-SOMENTE NA REINCIDÊNCIA DO RÉU. SÚMULAS 269/STJ e 719/STF. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DO CP. NÃO-PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não há falar em supressão de instância quando o habeas corpus impugna decisão proferida em recurso de apelação, cuja matéria foi implicitamente repelida pelo Tribunal de origem.

2. Tratando-se de réu reincidente, condenado a pena igual ou inferior a quatro anos e reconhecidas todas as circunstâncias judiciais como favoráveis, poderá a reprimenda ser cumprida em regime inicial semiaberto, a teor do que dispõe o enunciado sumular 269 do STJ.

[...].

5. Ordem parcialmente concedida para estabelecer o regime inicial semiaberto para o início do cumprimento da pena aplicada ao paciente." (HC 132.817/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 21/09/2009.)

"Habeas corpus. Furto tentado. Regime prisional semi-aberto. Réu reincidente. Possibilidade. Súmula 269. Ordem concedida.

1. É possível a fixação de regime prisional semiaberto aos condenados reincidentes, se a pena for inferior a quatro anos, nos termos da Súmula 269 desta E. Corte.

2. Ordem concedida." (HC 120.039/SP, 6.ª Turma, Rel. Min, CELSO

Superior Tribunal de Justiça

LIMONGI (Desembargador Convocado do TJ/SP), DJe de 11/05/2009.)

Ante o exposto, **CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM** para fixar o regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena aplicada ao Paciente.

É como voto.

