

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.550.760 - SP
(2019/0226028-1)**

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : RICARDO ANTUNES DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNO V STOPPA CARVALHO - DEFENSOR PÚBLICO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

RICARDO ANTUNES DOS SANTOS agrava de decisão que inadmitiu o recurso especial, fundado no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação n. 0000074-29.2018.8.26.0550.

Depreende-se dos autos que o réu foi condenado a 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime semiaberto, mais 6 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, *caput*, do CP.

O Tribunal de origem negou provimento à apelação defensiva.

Nas razões do especial, alegou a defesa que o acórdão recorrido violou o art. 59 do CP, ao argumento de que foi utilizada indevidamente elementar do tipo penal de roubo para exasperar a respectiva pena-base.

Sustentou contrariedade ao art. 33, § 2º, "c", do CP, uma vez que foi imposto regime mais gravoso que o adequado, mediante fundamentação inidônea.

Requeru **seja fixada a reprimenda-base no mínimo legal e determinado o regime aberto para o cumprimento inicial da privativa de liberdade.**

Não admitido o especial na origem e interposto o recurso de agravo, o Ministério Público Federal opinou pelo seu não conhecimento.

Decido.

O agravo é tempestivo e infirmou os fundamentos da

decisão agravada.

A sentença foi proferida nestes termos:

Respeitado o sistema trifásico, **fixo a pena 1/6 acima do mínimo legal, tendo em vista a circunstância de ter ameaçado verbalmente de forma veemente as vítimas, inclusive encostando a arma na cabeça de uma senhora.** Assim, sua pena inicial será de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

[...]

O regime inicial para o cumprimento da pena será o semiaberto, tendo em vista que as circunstâncias judiciais desfavoráveis assim o autorizam, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

(fl. 142, grifei)

O acórdão recorrido asseriu o seguinte:

Foi a pena-base elevada de 1/6 de modo fundamentado pelo juízo "tendo em vista a circunstância de ter ameaçado verbalmente de forma veemente as vítimas, inclusive encostado a arma na cabeça de uma senhora".

As circunstâncias do crime devem ser levadas em consideração na primeira fase de dosimetria da pena, tal como determina o art. 59 do Código Penal. **E o dolo do crime mostrou-se intenso ao passo que a arma empunhada pelo apelante, que para a vítima parecia verdadeira, foi encostada na sua cabeça, amedrontando-a sobremaneira,** conforme relato colhido sob o crivo do contraditório, de modo que adequado o aumento empregado na primeira fase.

[...]

Neste prisma, embora pelo montante da pena fixado, preveja o art. 33, § 2º, "c", CP, **o regime inicial aberto, foram as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis impondo-se, pelo mesmo comando legal, o próximo regime penitenciário de maior rigor, qual seja, o semiaberto.**

Veja-se que **o dolo intenso exige maior censurabilidade na sua conduta, justificando o agravamento da pena imposta e indicando o regime intermediário como o único que se mostra necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.**

Anota-se que por estas circunstâncias ainda que considerado o tempo de prisão processual (14.03.2018 a 16.08.2018) não haveria modificação do regime inicial.
(fls. 203-204, destaquei)

Os arts. 5º, XLVI, da Constituição Federal, 59 e seguintes do CP e 387 do CPP estabelecem princípios e regras que regem a individualização e a quantificação da pena necessária para prevenir e reprimir o crime praticado. Dentro dessas balizas, o magistrado tem certa discricionariedade para avaliar as singularidades do caso concreto em relação à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, ao comportamento da vítima, aos motivos, bem como às circunstâncias e às consequências do delito.

Como se observa, o réu intimidou as vítimas mediante emprego de simulacro de arma de fogo e "ameaças verbais veementes", o que foi utilizado pelas instâncias ordinárias para exasperar a pena-base, sem menção expressa a uma das vetoriais previstas no art. 59 do CP.

No que tange à primeira fase da dosimetria, **"A jurisprudência deste Tribunal Superior é reiterada no sentido de que a utilização de simulacro de arma de fogo não é justificativa para majorar a pena-base, pois já inerente ao tipo penal do roubo" (HC n. 481.457/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, 5ª T., DJe 2/4/2019, grifei).**

No mesmo sentido: "as instâncias de origem, ao mencionarem a utilização de uma motocicleta e o emprego de simulacro, teceram apenas considerações baseadas em elementos ínsitos ao tipo penal violado. Imprescindível o decote no incremento sancionatório para fixar a pena-base no mínimo legal" **(HC n. 425.605/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 5/4/2018).**

Com efeito, as ameaças verbais não ultrapassaram o que comumente se verifica em delitos de roubo, tampouco o emprego da arma de brinquedo acrescenta maior reprovabilidade à conduta, razão por que deve ser afastado o acréscimo de sanção na primeira fase do cálculo dosimétrico.

Feitas essas considerações, passo à nova dosimetria.

Afastadas as razões apresentadas pelas instâncias antecedentes para exasperar a **pena-base, fixo-a no mínimo legal: 4 anos de reclusão e 10 dias-multa, que coincide com a intermediária**, a despeito da configuração da atenuante da confissão, a teor da Súmula n. 231 do STJ. Na terceira fase, mantenho a minorante da tentativa no patamar de 1/3, de maneira a tornar **definitiva a reprimenda em 2 anos e 8 meses de reclusão mais 6 dias-multa**.

No que se refere ao regime, atribuiu-se pena não superior a 4 anos a réu primário e com bons antecedentes. Além disso, não foram registradas as circunstâncias concretas que indicariam maior gravidade da conduta ou mesmo demonstrada a insuficiência do regime aberto em relação à pessoa do agente e da sua vida pregressa.

Por conseguinte, **deve o acusado cumprir a reprimenda em regime inicial aberto.**

Nesse sentido, a jurisprudência do STJ firmou que, "tratando-se de ré primária, condenada à pena privativa de liberdade não superior a 4 anos de reclusão, com a análise favorável das circunstâncias judiciais, a paciente faz jus ao regime aberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal" (HC n. 391.679/SP, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., DJe 10/5/2017).

Diante do exposto, **conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial, a fim de diminuir a reprimenda para 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime aberto, mais 6 dias-multa.**

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator