

Roubo qualificado - Concurso de pessoas - Autoria e participação - Diferença - Adoção da teoria do domínio funcional do fato - Divisão de tarefas - Coautor - Participação de menor importância - Inaplicabilidade - Regime de cumprimento da pena - Fixação - Critérios objetivos e subjetivos - Art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal

Ementa: Apelação. Roubo qualificado. Distinção entre autoria e participação. Adoção da teoria do domínio

funcional do fato. Divisão de tarefas. Coautoria caracterizada. Participação de menor importância. Inaplicabilidade. Regime de cumprimento da pena. Fixação. Critérios objetivos e subjetivos. Sentença parcialmente reformada.

- Adotada a teoria do domínio funcional do fato, a definição da autoria na hipótese de concurso de agentes não mais se restringe à análise do desenvolvimento da ação típica, mas, sim, na avaliação se a ação conjunta resultou do caráter comum da decisão do fato, bem como se as contribuições dos concorrentes eram indispensáveis para o alcance do resultado finalisticamente objetivado, de acordo com o plano concreto traçado, ou se, apesar de representar algum auxílio, não representa função independente. Na primeira hipótese, ocorrerá a autoria e na segunda, participação.

- É autor aquele que dirige o veículo levando os comparsas para o local da prática do roubo, bem como se mantém próximo para dar segurança e fuga aos executores, porquanto sua contribuição resulta indispensável de acordo com o plano elaborado, sendo o principal condutor do processo de êxito da ação criminosa que ocorre quando a fuga impede a prisão e punição dos réus.

- É inaplicável o benefício da participação de menor importância ao coautor.

- O regime inicial de cumprimento da pena deve ser fixado de acordo com os parâmetros objetivos e subjetivos delineados no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.07.689770-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Délio de Castro - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corréu: Leonardo Ramos de Oliveira - Relator: DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Alexandre Victor de Carvalho, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 20 de setembro de 2011. - *Alexandre Victor de Carvalho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - I - Relatório.

Descrevem os autos que os réus foram processados pela Justiça Pública como incurso no crime do art. 157, § 2º, I e II, do Codex, por terem, mediante emprego de

arma branca, tentado subtrair da vítima Maria do Socorro de Queiroga Pinho a sua bolsa.

Após instrução processual, foram apresentadas as alegações finais do Ministério Público às f. 119/122 e da defesa às f. 169/178 e 181/186.

A sentença monocrática, julgando consistente o conjunto probatório, condenou os acusados pelo crime descrito na denúncia.

Inconformado, apela o réu Délio de Castro, pugnano pela absolvição, ou, alternativamente, pela diminuição da pena e modificação no regime inicial de cumprimento da sanção, além da concessão da isenção de custas.

Devidamente intimado, o Parquet apresentou as respectivas contrarrazões.

A Procuradoria de Justiça, através do parecer da lavra do ilustre Procurador Dr. Antônio de Padova Marchi Júnior, opina para que seja dado provimento parcial ao recurso.

É o relatório.

II - Conhecimento.

Conheço do recurso por preencher os pressupostos legais.

III - Mérito.

No mérito, a defesa apresenta diversas teses que podem, assim, ser resumidas:

- pedido de absolvição em face da ausência de participação do recorrente no delito descrito na denúncia;
- decote da majorante do concurso de pessoas;
- reconhecimento da participação de menor importância;

- redução da pena com decote de agravantes;

- modificação no regime de cumprimento da pena.

Passamos a analisar, inicialmente, o pedido de absolvição formulado.

Não assiste razão à defesa.

Em primeiro lugar, importante frisar que o corréu Leonardo Ramos de Oliveira, desde o momento em que foi preso, confessou o crime e delatou o apelante, informando que foi o recorrente quem lhe pediu para realizar o delito contra sua ex-esposa, oferecendo, inclusive, uma recompensa no valor de cem reais.

Como a revelação da autoria intelectual do recorrente ocorreu no calor dos fatos, impossível pensar em delação forjada até porque o corréu Leonardo Ramos de Oliveira não teria como saber da relação entre o apelante e a vítima se não fosse pela encomenda que recebeu como, precisamente, relatou.

Ressalte-se que a delação supracitada foi confirmada judicialmente, conforme depoimento de f. 73/74.

Lado outro, a própria ofendida narrou com riqueza de detalhes o ocorrido, confirmando a participação do apelante, nos seguintes termos:

[...] que, no momento da prisão, a declarante presenciou o acusado dizer aos policiais que tinha cometido o delito por

ordem de seu ex-marido; que temia que algo lhe acontecesse porque um lavador de carro de sua rua havia lhe dito, antes dos fatos, que seu ex-marido Délio, havia tentado lhe contratar para quebrar a sua perna e roubar-lhe a bolsa; que, quando eram casados, Délio já tentou lhe matar (declarações de Maria do Socorro Queiroga Pinho, f. 112).

Os policiais que participaram da prisão dos acusados confirmaram em juízo as declarações da vítima - f. 114 e 117.

Resulta do exposto que a prova é robusta em desfavor do recorrente, demonstrando, de forma satisfatória, que se formou um ajuste entre os acusados com o fim de praticar o roubo, que somente não se consumou por circunstâncias alheias à vontade dos agentes, qual seja a inesperada reação do ofendido e socorro por terceiros.

O vínculo subjetivo, negado pela defesa, é evidente, considerando que o corréu Leonardo Ramos de Oliveira confessou que praticou o crime a mando do apelante.

Tenho mantido posicionamento de que a delação judicial realizada pelo corréu é válida, desde que amparada em outros elementos de convicção trazidos aos autos.

O exposto é abalizado pela melhor jurisprudência:

A delação de co-réu é prova anômala cujo valor depende da sua confrontação com as demais existentes no processo e da análise de eventual lesão à garantia do contraditório, prevista no art. 5º, LV, da CF, consistente em acolher-se como prova substancial esse elemento probante sobre o qual o delatado não teve oportunidade de participar, máxime quando coligido exclusivamente na fase de inquérito policial (TACrim/SP - Apelação Criminal - 10ª Câmara - Rel. Márcio Bártoli - j. em 29.05.96 - RJTACRIM 31/247).

In casu, além da delação judicial do corréu, há os depoimentos da vítima e de testemunhas reforçando as provas de que o recorrente realmente participou do crime descrito na denúncia.

Deixo de acolher, assim, o pedido de absolvição.

Analiso o pedido de reconhecimento da participação de menor importância.

O apelante é coautor, e não partícipe da ação criminosa.

Sobre a coautoria, assim leciona o ilustre Professor Edgardo Alberto Donna:

Cada um dos co-autores tem em suas mãos o domínio do fato, através de sua função específica na execução do sucesso total, porque - como o plano concreto incluía sua contribuição - se não faz a sua parte, o fato fracassa (*La autoría y la participación criminal*, p. 13 - tradução nossa).

A coautoria se caracteriza, portanto, pelo princípio da divisão de tarefas, que Nilo Batista conceitua com precisão:

A idéia de divisão de trabalho, que alguns autores, como Antolisei, situam como reitora geral de qualquer forma de concurso de agentes, encontra na co-autoria sua definição

máxima. Aqui, com clareza, se percebe a fragmentação operacional de uma atividade comum, com vistas a mais seguro e satisfatório desempenho de tal atividade. Por isso os autores afirmam que a co-autoria se baseia no princípio da divisão de trabalho (BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*, p. 76).

Claus Roxin, responsável pela elaboração da teoria do domínio funcional do fato tal como adotado modernamente, assim sintetiza o seu pensamento:

De acordo com a referida idéia, é, em primeiro lugar, co-autor todo interveniente cuja contribuição na fase executiva representa um requisito indispensável para a realização do resultado pretendido, isto é, aquele que, com seu comportamento funcional, se sustenta ou corresponde ao empreendido. [...] E muito menos se requer que 'ponha as mãos na obra' no sentido externo ou nem mesmo que esteja presente no lugar do fato (ROXIN, Claus. *Autoria e dominio del hecho em derecho penal*, p. 311 - tradução nossa).

Conclui-se, pois, que a definição da autoria na hipótese de concurso de agentes não mais se restringe à análise do desenvolvimento da ação típica, mas, sim, à avaliação, se a ação conjunta resultou do caráter comum da decisão do fato, bem como se as contribuições dos concorrentes eram indispensáveis para o alcance do resultado finalisticamente objetivado, de acordo com o plano concreto traçado, ou se, apesar de representar algum auxílio, não representa função independente. Na primeira hipótese, ocorrerá a autoria e na segunda, participação.

Ora, no caso em comento, o plano traçado era para o corréu executar o crime todo planejado pelo apelante, inclusive com a indicação de como deveria ser o processo executivo e de controle do evento delituoso pelo recorrente, autor intelectual.

Sua contribuição, pois, resulta indispensável de acordo com o plano elaborado, aliás, sendo o principal condutor do processo de êxito da ação criminosa.

É clara, dessa forma, sua qualidade de coautor, e não mero partícipe.

O próprio Código Penal, ao estipular a agravante de quem dirige a ação criminosa, apresenta, de forma implícita, um conceito de autor que remete à teoria do domínio final do fato supracitada.

Com as considerações supra, afasto o pedido de reconhecimento da participação de menor importância, em face da qualidade da conduta do recorrente, que é coautor, e não partícipe do crime.

O decote da majorante do emprego de arma não é possível; primeiro, porque houve a apreensão e comprovação da eficácia lesiva dos revólveres utilizados no crime, e, depois, porque um deles pertencia ao próprio apelante, não podendo se falar em seu desconhecimento do uso de armas pelos corréus.

Resta a análise do pedido de redução da pena-base e alteração do regime.

O primeiro pleito não pode ser atendido, porque a pena-base foi fixada corretamente, exasperada em razão dos maus antecedentes do réu.

Na segunda etapa do procedimento de fixação da pena, entendo correto o pedido de decotação das agravantes do concurso de pessoas previstas no art. 62, I e II. Em primeiro lugar, porque há uma contradição na imputação concomitante das duas agravantes que encerram conceitos distintos: o primeiro dispositivo é referente à autoria intelectual, com domínio do fato; o segundo consagra a autoria mediata mediante coação moral irresistível e, ainda, a participação por induzimento.

Se aplicável a hipótese do inciso I, não seria possível incidir, em relação ao mesmo agente, a hipótese do inciso II, ambas do art. 62 do *Codex*.

Segundo, porque a circunstância do concurso de pessoas é considerada como majorante específica no crime de roubo, não podendo incidir, ao mesmo tempo, como circunstância agravante, vetada em nosso ordenamento jurídico a figura do *bis in idem*.

Isso posto, decoto, na segunda fase, as agravantes do art. 62, incisos I e II, do Código Penal.

Na terceira etapa, mantenho a majorante especial do concurso de pessoas, ressaltando que a causa de aumento do emprego de arma não foi aplicada pela sentença monocrática.

A tese da Procuradoria de Justiça que pleiteia o reconhecimento da supramencionada majorante somente quando os concorrentes estão no local da execução do delito não deve prevalecer, pois a norma do art. 157, § 2º, II, tem sua razão de ser em face da maior vulnerabilidade do bem jurídico, seja o patrimônio ou a integridade física da vítima.

Assim, a união de esforços para o fim de lesar o patrimônio alheio representa maior lesividade independentemente da presença física de todos os concorrentes no local da execução do delito, considerando que tal valoração normativa é realizada *ex ante*.

Nesse sentido, a melhor jurisprudência:

Isto posto, sobre a pena-base de cinco anos de reclusão e vinte e um dias-multa, corrigindo, de ofício, a pena pecuniária para guardar proporção com a quantidade de sanção reclusiva, faço incidir a majorante do concurso de pessoas, perfazendo o total de seis anos e oito meses de reclusão e vinte e oito dias-multa que reduzo em dois terços pela tentativa, restando a sanção definitiva fixada em dois anos, dois meses e vinte dias de reclusão e nove dias-multa.

Quanto à alteração do regime, entendo que assiste razão à defesa.

O apelante é primário, reconhecido pela sentença, apesar de possuir maus antecedentes, e as circunstâncias judiciais, na maioria, são favoráveis.

Além dos maus antecedentes, apenas a culpabilidade foi considerada desfavorável ao réu, mesmo assim, sua análise repete a censura própria do crime em questão.

A pena aplicada foi inferior a quatro anos.

Dessa forma, pela conjugação do disposto no art. 33, § 2º, c, com seu § 3º, do Código Penal, o regime do apelante deve ser o aberto, sendo modificada nesse aspecto a sentença monocrática.

Concedo, ainda, ao réu o benefício da assistência judiciária gratuita, com isenção das custas processuais.

IV - Conclusão.

Com essas considerações, dou provimento parcial ao recurso do apelante, para reduzir sua pena para dois anos, dois meses e vinte dias de reclusão e nove dias-multa, modificando, ainda, o regime de cumprimento da sua pena, que passo para o aberto, mantendo, no demais, a sentença hostilizada. Concedo ao apelante o benefício da assistência judiciária gratuita, com isenção das custas processuais.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEDRO VERGARA e EDUARDO MACHADO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.