

Roubo majorado - Crime tentado - Concurso de pessoas - Emprego de arma de fogo - Circunstância objetiva - Comunicação ao corréu - Autoria e materialidade - Prova - Condenação - Fixação da pena - *Quantum* exacerbado - Redução de ofício - Regime de cumprimento da pena - Alteração

Ementa: Penal. Roubo majorado tentado. 1º apelante. Exclusão da majorante do emprego de arma. Impossibilidade. Circunstância objetiva. Comunicabilidade aos corréus. 2º apelante. Absolvição. Descabimento. Autoria e materialidade comprovadas. Redução da pena e alteração do regime. Necessidade. De ofício. Recurso do primeiro apelante desprovido. Recurso do segundo apelante parcialmente provido.

- O emprego de arma por um dos corréus comunica-se ao comparsa ainda que este não a esteja portando uma vez que a referida majorante é circunstância elementar objetiva nos termos do art. 30 do Código Penal.

- A autoria e a materialidade se encontram comprovadas, o que impõe a manutenção da condenação.

- A pena deve ser reduzida de ofício porquanto fixada de forma exacerbada, alterando-se ainda o regime de cumprimento de pena.

Recurso do primeiro apelante desprovido e recurso do segundo apelante parcialmente provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0430.06.000624-3/003 - Comarca de Monte Belo - Apelantes: 1º) A.J.I., 2º) E.S.M. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corréus: A.S., M.A.L., L.F.S. - Relator: DES. PEDRO VERGARA

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, 31 de maio de 2011. - *Pedro Vergara* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEDRO VERGARA - Cuida-se de ação penal pública promovida pelo Ministério Público contra A.S., A.J.I., E.S.M., L.F.S. e M.A.L. como incurso nas sanções

do art. 157, § 3º, segunda parte, c/c o art. 29 do Código Penal.

Narra a denúncia que, no dia 15 de agosto de 2006, por volta das 20h45min no local denominado por Rua Cel. João Evangelista dos Anjos, nº 1.022, Bairro Centro, na Comarca de Monte Belo, os acusados, agindo em concurso de agentes, caracterizado pela unidade de desígnios e pluralidade de condutas, tentaram subtrair para proveito comum mediante violência praticada com emprego de arma de fogo coisa alheia móvel de propriedade da vítima O.B.O., que veio a falecer em virtude da violência empregada, tudo conforme consta do anexo inquérito policial (f. 02/04).

O processo foi desmembrado em relação ao corréu M.A.L. (f. 02).

Recebida a denúncia, os apelantes foram citados e interrogados, apresentando a defesa preliminar de f. 81/82 (f. 02, 62-v., 66/67 e 68/69).

As testemunhas arroladas foram ouvidas, nada requerendo as partes em diligência (f. 127/136).

O Órgão Ministerial pede nas alegações finais a condenação, rogando as defesas preliminarmente o reconhecimento do cerceamento de defesa e, no mérito, a absolvição nos termos do art. 386, inciso IV, do Código de Processo Penal, ou alternativamente a desclassificação para o delito de homicídio e a observância do art. 29 na fixação da pena (f. 170/178, 212/221 e 222/231).

Proferida a sentença, os apelantes e os corréus A.S. e L.F.S. foram condenados nas sanções do art. 157, § 3º, segunda parte, c/c o art. 29 do Código Penal, às penas de 20 (vinte) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa sobre 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato no regime integralmente fechado (f. 234/255).

Inconformados com a decisão recorreram os apelantes, pretendendo os primeiros, preliminarmente, o reconhecimento do cerceamento de defesa, para que seja designada audiência para a oitiva do corréu L.F.S. e, no mérito, a absolvição nas sanções do art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, ou alternativamente a desclassificação para as sanções do delito de homicídio, a aplicação do art. 29 do Código Penal na fixação da pena e o afastamento do regime integralmente fechado, rogando o *Parquet* o desprovemento do pleito, manifestando-se a Procuradoria-Geral de Justiça de igual forma (f. 292/301, 302/311, 332/337 e 348/350).

Acórdão proferido anulando o processo para os apelantes desde a f. 499 inclusive, impondo a designação de audiência para oitiva do corréu L.F. (f. 376/403).

Audiência realizada para a oitiva do corréu L.F. como determinado no acórdão (f. 467/468).

Após a audiência, o *Parquet* ratificou as alegações finais apresentadas às f. 170/178, e a defesa dos

apelantes apresentou novas alegações requerendo preliminarmente a designação de nova audiência para que o corréu L.F. seja novamente ouvido e, no mérito, a absolvição nos termos do art. 386, inciso IV, do Código de Processo Penal, ou alternativamente a desclassificação para o delito de homicídio e a aplicação do art. 29 do Código Penal (f. 485/486, 489/499 e 501/510).

Nova sentença proferida sendo os apelantes condenados nas sanções do art. 157, § 2º, inciso I, c/c o art. 14, inciso II, c/c o art. 29, § 2º, do Código Penal às penas de 9 (nove) anos de reclusão e ao pagamento de 22 (vinte e dois) dias-multa sobre 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, atualizando-se na forma da lei no regime fechado (f. 514/521).

Inconformados com a decisão recorrem os apelantes, pretendendo o primeiro a exclusão da majorante do emprego de arma e o segundo a absolvição nos termos do art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, rogando o *Parquet* o desprovemento do pleito, manifestando-se a Procuradoria-Geral de Justiça de igual forma (f. 543/547, 585/587, 554/562, 592/598 e 599/612).

É o breve relato.

I - Da admissibilidade - Conheço do recurso já que presentes os pressupostos para a admissão.

II - Das preliminares - Inexiste na espécie qualquer nulidade tampouco causa de extinção da punibilidade.

III - Do mérito - Cuida-se de delito de roubo majorado tentado cuja norma penal incriminadora se encontra insculpida no art. 157, § 2º, inciso I, c/c o art. 14, inciso II, do Código Penal.

Recurso do primeiro apelante - A.J.I.

Resume-se a questão à análise da possibilidade de afastamento da majorante do emprego de arma.

- Do pedido de exclusão da majorante do emprego de arma - A defesa pede o afastamento da qualificadora do inciso I, § 2º, do art. 157 do Código Penal.

Esta alega que o apelante não usou a arma de fogo, não tendo ainda ciência da mesma, o que afasta a aplicação da referida majorante.

Razão, contudo, não a socorre.

O apelante, ainda que não tenha portado a arma utilizada, não pode concluir que a circunstância da violência, elementar objetiva do delito de roubo, é incomunicável a este.

O art. 30 do Código Penal demonstra que as circunstâncias objetivas, como o emprego de arma de fogo no presente caso, se comunicam entre os corréus, não havendo comunicação apenas em relação às questões subjetivas.

Júlio Fabbrini Mirabete leciona sobre o tema:

[...] basta que um dos agentes utilize a arma, circunstância objetiva, para que a qualificadora se estenda a todos os demais [...] (in *Código Penal comentado*, São Paulo:1999, p. 981).

Inviável, portanto, o afastamento da qualificadora do emprego de arma de fogo mesmo que o apelante não tenha empregado violência ou grave ameaça durante a prática delitiva.

O fato de não estar portando a arma no momento do crime em nada atenua sua situação uma vez que, como já salientado acima, as circunstâncias objetivas do delito se comunicam entre os agentes.

O apelante ademais, mesmo se não tivesse ciência da existência da arma de fogo como alega a defesa, aderiu à empreitada criminosa quando esperou os corréus no carro e com eles fugiu após o disparo de arma de fogo contra a vítima.

O corréu L.F.S. esclareceu ainda em juízo, antes de alterar sua versão, que A. tinha ciência da arma e que esta era inclusive dele (f. 78/79).

Ao ser novamente ouvido por determinação deste Tribunal, o referido corréu sem nada a perder por ter transitado em julgado sua condenação tenta eximir a responsabilidade do ora apelante, alegando que queria se vingar e por isso alegou que a arma pertencia a A. (f. 467).

A retratação salientada acima todavia não merece prosperar, porquanto esta restou isolada nos autos, estando o primeiro depoimento em juízo do acusado L.F. em harmonia com a prova acostada.

A defesa ressalta ainda que o apelante sabia do delito, mas não imaginava que algo mais grave como a morte da vítima poderia ocorrer, tendo menor participação na empreitada criminosa.

Tal questão todavia foi levada em consideração pelo Juiz *a quo* ao sentenciar, sendo o apelante condenado por delito menos grave - roubo qualificado tentado - que o latrocínio imputado a alguns dos corréus.

Esta é a jurisprudência:

Penal. Crime contra o patrimônio. Roubo triplamente majorado. Absolvição. Amplo conjunto probatório. Confissão. Delação. Reconhecimento efetuado pelas vítimas. Tentativa não configurada. Crime consumado. Decote do emprego de arma. Circunstância objetiva que se estende a todos os participantes da empreitada criminosa. Sentença mantida (Apelação Criminal nº 1.0079.06.315962-2/001, Rel.º Des.ª Maria Celeste Porto - TJMG, p. em 12.04.08).

A manutenção da qualificadora do emprego de arma do art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal é medida que se impõe pelo explicitado acima.

Recurso do segundo apelante - Eduardo da Silva Miguel

Resume-se a questão à análise da possibilidade de absolvição.

- Do pedido de absolvição - A defesa pede a absolvição, alegando inexistir prova da participação do apelante na prática do delito.

A tese defensiva todavia não merece prosperar.

A materialidade resta comprovada principalmente pelo auto de prisão em flagrante de f. 06/10, pelo bole-

tim de ocorrência de f. 15/21, pelo auto de apreensão de f. 22, pelo exame de corpo de delito de f. 41/43 e pelo laudo pericial de f. 54/60.

A autoria também é incontestada.

O apelante na fase inquisitiva como em juízo alegou que foi com os corréus à cidade de Monte Belo, mas não sabia da intenção dos mesmos.

A autoria do delito, contudo, se encontra comprovada pela prova testemunhal colhida.

O corréu A.S. além de confessar a prática delitiva delatou o ora apelante na fase inquisitiva, narrando a dinâmica dos fatos *in verbis*:

[...] que conhecia a pessoa de O.B.O. e sabia que o mesmo já havia sido vítima de vários roubos e que sempre possuía dinheiro em boa quantidade em seu poder; que, então, convidou as pessoas de A.J.I., E.S.M., M.A.L., vulgo M. e L.F.S., vulgo L. para se deslocarem até esta cidade para roubar o dinheiro de O.; que, então, na data de ontem, deslocaram-se para esta cidade no veículo VW Gol, cor Branca, modelo antigo, de propriedade de M., onde por volta de 20:30 horas aproximadamente chegaram até as proximidades da residência de O., tendo L. chamado pela vítima, foi até a janela que estava aberta, momento em que foi anunciado o assalto; que, de imediato O. fechou o vidro, tendo L. efetuado um disparo contra a janela e todos evadiram do local; [...] (f. 08/09).

O acusado A.J.I. também assumiu a participação no delito, delatando da mesma forma o ora apelante conforme se lê à f. 10.

O acusado L.F.S. também aponta o apelante como um dos autores do delito na fase judicial, evidenciando que este tinha ciência do que iam fazer na Comarca de Monte Belo, a saber:

[...] que A. e A. fizeram sinal para E. parar o carro, o que foi feito, tendo então A. convidado o depoente e E. para virem até Monte Belo fazer um assalto a um velho que tinha cerca de 30 mil reais em casa; que o depoente e E. aceitaram o convite, sendo que o carro de E. ficou estacionado próximo da casa onde A. estava morando; [...] (f.78/79).

Referidos corréus alteraram suas versões na fase judicial, o primeiro corréu exime o ora apelante de sua responsabilidade, o segundo alega que também não tinha ciência dos fatos e o último só se retratou na segunda vez que foi ouvido na fase judicial devido ao acórdão proferido por esta Câmara.

A retratação, todavia, não merece prosperar por não se encontrar a mesma em consonância com a prova produzida.

A Procuradoria-Geral de Justiça assim se manifestou sobre o tema:

[...] Em suma, não obstante a confissão policial possa ser retratável em juízo, é indispensável que essa retratação não apenas seja verossímil como ainda encontre algum amparo nos demais elementos dos autos. [...] (f. 608).

O agente tem direito de se retratar, mas o juiz ao proferir sua decisão pode analisar as versões apresentadas e verificar a que se encontra em consonância com os elementos de prova, buscando-se assim a verdade real.

Guilherme de Souza Nucci leciona sobre o tema:

[...] a lei expressamente admite a possibilidade de o réu retratar-se, a qualquer comento, narrando a versão correta dos fatos, na sua visão. Nem poderia ser de outra forma, pois a admissão de culpa envolve direitos fundamentais, em que se inserem o devido processo legal, a ampla defesa e, até mesmo, o direito à liberdade. Entretanto, admitida a possibilidade de o réu retratar-se, não quer isso dizer seja o magistrado obrigado a crer na sua nova versão. O livre convencimento do juiz deve ser preservado e fundado no exame global das provas colhidas durante a instrução. [...] (in *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: 2008, p. 439).

Esta é a jurisprudência:

Apelação criminal. Roubo majorado. Concurso de agentes. Emprego de arma por um dos réus. Fato que não descaracteriza a majorante para ambos. Prova. Confissão extrajudicial. Retratações. Irrelevância. Recurso desprovido.

[...]

A teor do que dispõe o art. 200 do Código de Processo Penal, a confissão, além de divisível, é retratável. O valor da retratação, entretanto, é relativo. Tanto na confissão quanto na retratação, o juiz tem absoluta liberdade de colocá-las em confronto com os demais elementos de prova carreados para os autos a fim de constatar sua veracidade (Apelação Criminal nº 1.0027.07.130186-8 /001, Rel. Des. Eduardo Brum, TJMG, data do julgamento 20.06.08).

As retratações dos corréus não estão ainda em harmonia entre si, pois um alega que foram a Monte Belo para irem à casa do tio de um, o outro alega que foram à casa de seu pai, existindo ainda outras contradições que não se verificam na primeira versão apresentada.

O *Parquet* ressaltou essas contradições nas alegações finais acostadas às f. 170/178:

[...] Inicialmente, eles dizem que vieram visitar um tio de A. Já este diz que vieram visitar seu pai. A. afirmou que ficaram rodando por Monte Belo à procura da casa do tio de A., enquanto este narrou que foram diretamente para a casa da vítima. [...]

Verifica-se que o corréu L.F. somente alterou sua versão quando foi ouvido pela segunda vez em juízo devido à decisão proferida por este Tribunal, que determinou novamente sua oitiva.

Ao prestar novo depoimento, todavia, este não tinha nada mais a perder, pois sua condenação já havia transitado em julgado, só lhe restando ajudar o ora apelante, evidenciando que seu testemunho não está revestido de veracidade.

O depoimento dos corréus na fase inquisitiva ademais ocorreu no calor dos acontecimentos, devendo ser

analisada como prova segura para a manutenção da condenação.

○ Juiz *a quo* ao sentenciar salientou sobre o tema:

[...] A experiência no processo criminal ensina que, quanto mais cedo se prende um agente que tenha praticado um delito recente, mais ele falará a respeito dele, haja vista a comoção que ainda medra em seu espírito, mormente como na espécie, em que os acusados são todos primários e sem experiência na práxis criminosa [...] (f. 516).

○ depoimento do policial militar Paulo Sérgio Martins de Oliveira ainda confirma a primeira versão apresentada pelos corréus, onde estes assumem suas responsabilidades e delatam o ora apelante, a saber:

[...] que confirma o seu depoimento prestado na fase policial constante das f. 05/06 dos autos que ora lhe é lida em voz alta; que quando o depoente abordou o acusado A., este estava trabalhando, sendo que o acusado A. foi localizado em sua residência; [...] que o depoente conversou com os acusados e deles recebeu a informação de quem teria tido a idéia do crime seria a pessoa de A., o qual convidou os demais para a prática de um roubo, já que sabia que a vítima possuía valores em casa; [...] (f.127).

○ testemunho de policial é de extrema importância para a formação probatória, inexistindo motivos no presente caso para desconsiderá-los.

○ apelante alega que não sabia o que os corréus iriam fazer na cidade de Monte Belo.

A prova testemunhal colhida e demonstrada acima todavia evidencia que o apelante sabia da intenção dos corréus, dando apoio à prática delitiva mesmo que tenha permanecido no carro, devendo responder pela sua conduta.

○ apelante ressalta que os corréus o eximem de sua responsabilidade, tal questão foi rebatida alhures, restando esclarecido que a retratação ocorrida não se encontra coerente com a prova produzida, devendo ser desconsiderada.

A tese defensiva, portanto, não restou comprovada, cabendo o ônus da prova a quem alega nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.

A Procuradoria-Geral de Justiça assim se manifestou sobre o tema:

[...] Dúvida não existe de que A. e E., em companhia dos seus comparsas, após ajuste prévio, deslocaram-se da cidade de Nova Rezende para Monte Belo, para roubarem da infeliz vítima, pois sabiam que ela tinha costume de guardar dinheiro em casa. No desenrolar dos fatos, L.F. fez um disparo contra O., o ofendido, que veio a falecer.[...] (f. 611).

A autoria e a materialidade dessa forma se encontram comprovadas, restando demonstrado que o apelante participou da infração penal em análise, afastando a tese absolutória.

Esta é a jurisprudência:

Apelação criminal. Crime de roubo. Autoria e materialidade delitiva devidamente comprovadas. Palavra das testemunhas. Consonância com demais elementos de prova. Validade. Condenação mantida. Regime mais brando. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Impossibilidade. I - Sendo o conjunto probatório idôneo a comprovar autoria e materialidade do delito de roubo, deve ser mantida a sentença condenatória, não podendo prevalecer, como elemento de convicção, a isolada negativa de autoria do réu [...] (Apelação Criminal nº 1.0701.09.272910-5/001, Rel. Des. Adilson Lamounier, TJMG, p. em 30.03.10).

- De ofício - Considerando a ampla devolutividade do recurso de apelação, reduzo a pena dos apelantes *ex officio*, alterando em consequência o regime de cumprimento de pena.

○ Juiz *a quo* considerou desfavoráveis aos apelantes a culpabilidade, a conduta social, a personalidade, os motivos, as circunstâncias, as consequências e o comportamento da vítima.

A culpabilidade, os motivos e as circunstâncias todavia são inerente ao delito perpetrado, não havendo que se falar em um *plus* de reprovabilidade.

A conduta social é a análise conjunta do comportamento do agente em seu meio social, na família, na sociedade, na empresa, na associação de bairro etc., donde se conclui pelas provas carreadas aos autos a impossibilidade de inferência dessa circunstância de forma negativa.

A personalidade nos dizeres de José Antônio Paganella Boschi é:

[...] mais complexa do que essas simples manifestações de caráter ou de temperamento, não sendo fácil determinar-lhe o conteúdo, porque, além das exigências relacionadas ao conhecimento técnico-científico de antropologia, psicologia, medicina, psiquiatria e, de outro lado, aqueles que se dispõem a realizá-lo tendem a racionar com base nos próprios atributos de personalidade, que elegem, não raro, como paradigmas. Isso tudo para não falarmos, por hora, na tese que propõe a absoluta impossibilidade de determinação da personalidade, que é dinâmica, que nasce e se constrói, permanentemente, com o indivíduo [...] (in *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 207).

Não há assim registro nos autos quanto à personalidade dos apelantes.

As consequências são desfavoráveis, pois a vítima veio a falecer em razão da ação dos corréus, que efetuaram disparo de arma de fogo.

○ comportamento da vítima também não os favorece visto que a conduta da mesma não contribuiu para a prática do delito.

A pena-base, portanto, deve ser reduzida, pois fixada muito acima do mínimo legal, levando em consideração a análise de apenas duas balizas judiciais desfavoráveis.

O Magistrado primevo majorou a pena em 1/2 (metade) na terceira fase pelo reconhecimento da majorante do emprego de arma.

O referido aumento deve ocorrer, contudo, na fração mínima de 1/3 (um terço), considerando o emprego de apenas uma arma, inexistindo motivos para que a majoração ocorra acima da fração especificada acima.

Ante tais considerações, passo à reestruturação das penas dos apelantes em conjunto devido à identidade de circunstâncias:

- Na primeira fase, considerando as consequências e o comportamento da vítima desfavoráveis aos apelantes, fixo a pena-base um pouco acima do mínimo legal em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa sobre 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.

- Na segunda fase, inexistindo atenuantes ou agravantes a serem consideradas, mantenho a pena provisória inalterada.

- Na terceira fase, presente a causa de diminuição da pena pelo reconhecimento da tentativa e a causa de aumento do emprego de arma, reduzo e majoro a pena em 1/3 (um terço), fixando-a em 4 (quatro) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Presente ainda a causa de aumento do art. 29, § 2º, do Código Penal, majoro a reprimenda ainda em 1/2 (metade), fixando-a definitivamente em 6 (seis) anos de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa sobre 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, atualizando-se na forma da lei.

- Do regime - Considerando a pena aplicada e a análise das balizas judiciais do art. 59 do Código Penal, fixo o regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal.

Mantenho por fim as demais cominações da sentença fustigada.

Ante o exposto, dou parcial provimento aos recursos, reduzindo a pena, fixando-a em 6 (seis) anos de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa sobre 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, atualizando-se na forma da lei, alterando o regime para o semiaberto.

Custas, *ex lege*.

Se unânime a decisão e após o trânsito em julgado, expeça-se mandado de prisão em desfavor de A.J.I. e E.S.M.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ADILSON LAMOUNIER e JÚLIO CÉSAR LORENS.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

• • •