

Furto qualificado - Autoria - Materialidade - Prova - Réu - Qualificação incorreta - Erro na identificação nominal - Retificação - Possibilidade - Processo criminal - Nulidade - Não ocorrência - Fixação da pena - Confissão extrajudicial - Retratação em juízo - Confissão espontânea - Atenuante - Reconhecimento - Possibilidade - Custas - Condenação - Efeitos da sentença - Isenção - Impossibilidade - Pagamento - Sobrestamento

Ementa: Apelação criminal. Furto qualificado. Qualificação incorreta do réu. Retificação. Ausência de nulidade. Confissão extrajudicial. Retratação em juízo. Reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. Possibilidade. Isenção de custas. Súmula nº 58 do TJMG.

- O erro na identificação nominal do acusado não conduz à nulidade do processo, desde que certa a sua identidade física, podendo a retificação de sua qualificação ser realizada a qualquer tempo, nos termos do art. 259 do CPP.

- Deve-se reconhecer a atenuante da confissão espontânea quando as declarações extrajudiciais do réu foram fundamentais para o decreto condenatório.

- Considerando que a condenação ao pagamento das custas processuais constitui um dos efeitos da sentença, de acordo com o art. 804 do CPP, não há como isentar o réu dessa obrigação, ainda que o mesmo seja pobre no sentido legal. Porém, persistindo, na fase de execução, o estado de miserabilidade, deve ser o paga-

mento sobrestado pelo prazo estabelecido no art. 12 da Lei 1.060/50.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.04.393432-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Leandro Washington Alves da Silva - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. JÚLIO CÉSAR LORENS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Júlio César Lorens, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM PROVER O RECURSO EM PARTE.

Belo Horizonte, 31 de agosto de 2010. - *Júlio César Lorens* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JÚLIO CÉSAR LORENS - Relatório.

Perante o Juízo da 11ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte/MG, Leandro Washington Alves da Silva, até então identificado como Ricardo Gomes Teixeira, foi denunciado como incurso no art. 155, § 4º, inciso I, do CP.

Notícia a denúncia de f. 02/04 que, no dia 06.07.2004, por volta de 1h, o denunciado, arrombando a grade e quebrando o vidro da vitrine, adentrou no estabelecimento comercial denominado Ponto Tel Celular e subtraiu para si 03 (três) aparelhos celulares da marca Nokia, 14 (quatorze) pilhas e 02 (duas) baterias de telefone sem fio.

Narra ainda a inicial que, ato contínuo, o denunciado empreendeu fuga em um táxi, sendo alcançado pela Polícia Militar e preso em flagrante delito.

Regularmente processado, ao final, sobreveio a r. sentença de f. 118/124, retificada pela decisão de embargos de declaração de f. 130/131, a qual julgou procedente a pretensão punitiva estatal, condenando o réu pela prática do crime previsto no art. 155, § 4º, inciso I, do CP, às penas de 04 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 30 (trinta) dias-multa, tendo a pena privativa de liberdade sido substituída por uma pena restritiva de direitos consistente na prestação de serviços à comunidade, na razão de 01 (uma) hora por dia de pena.

Decidido o incidente de ilegitimidade de parte em apenso, proposto por Ricardo Gomes Teixeira (f. 240/241), constatou-se que este não é o autor do delito ora apurado, tendo o ofício enviado pela Polícia Civil (f. 226) informado acerca da suspeita de a autoria

recair sobre Leandro Washington Alves da Silva, o qual teria se identificado erroneamente como sendo aquele (f. 226).

Inconformado, a tempo e modo, apelou a defesa (f. 257/258). Em suas razões-recursais (f. 261/280), alega o apelante, preliminarmente, a nulidade do processo, sob o fundamento de que não há prova nos autos de que Leandro Washington Alves da Silva seja realmente o autor do delito em questão e quem respondeu ao presente processo. No mérito, sustenta que a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, inexistindo na sentença hostilizada fundamentação concreta para majorá-la. Busca, ainda, a aplicação da atenuante da confissão espontânea bem como a fixação do regime inicial aberto de cumprimento de pena. Requer os benefícios da gratuidade de justiça.

O ilustre representante do Ministério Público se manifestou às f. 282/284, requerendo a realização de perícia grafotécnica, com o fim de verificar se foi Leandro Washington Alves da Silva o autor do delito, ora apurado, e quem respondeu o presente processo, o que foi deferido à f. 285, tendo o laudo pericial de f. 296/298 constatado que foi mesmo Leandro quem assinou o APFD e o interrogatório.

Contrarrazões apresentadas às f. 324/329, pugnando o *Parquet* pelo não provimento do apelo defensivo.

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo parcial provimento do recurso aviado, reduzindo-se a pena-base, reconhecendo-se a atenuante da confissão espontânea e fixando o regime inicial aberto de cumprimento de pena.

É o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso apresentado.

Ressalte-se que a renúncia do réu ao direito de recorrer, manifestada sem a assistência do defensor, às f. 254/255, não impede o conhecimento da apelação tempestivamente interposta pela defesa técnica, de acordo com a Súmula 705 do STF, tendo em vista que é o defensor quem possui o devido conhecimento para avaliar as possíveis consequências diante da ausência de impugnação da decisão penal condenatória.

Fundamentação.

Como visto, trata-se de apelação na qual se pleiteia a redução da reprimenda fixada em sentença, bem como a fixação do regime inicial aberto de cumprimento de pena.

Em sede de preliminar, a defesa alega a nulidade do processo ao argumento de que não há prova nos autos de que Leandro Washington Alves da Silva seja realmente o autor do delito em questão e quem respondeu ao presente processo.

Dispõe o art. 259 do CPP:

A impossibilidade de identificação do acusado com o seu verdadeiro nome ou outros qualificativos não retardará a ação penal, quando certa a identidade física. A qualquer tempo, no curso do processo, do julgamento ou da execução da sentença, se for descoberta a sua qualificação, far-se-á a retificação, por termo, nos autos, sem prejuízo da validade dos atos precedentes.

Conforme se depreende da análise dos autos, o autor da infração penal que se apura foi preso em flagrante delito e permaneceu encarcerado durante todo o tramitar processual, sendo a expedição de alvará de soltura determinada somente nos embargos de declaração opostos contra a sentença.

Considerando as dúvidas existentes quanto à verdadeira identificação do réu, posteriormente à apresentação das razões recursais, foi realizada perícia grafotécnica, cujo laudo (f. 296/298) constatou que Leandro foi efetivamente quem assinou o APFD (f. 06/09) e o interrogatório (f. 50/51).

Dessa forma, não restam dúvidas de que foi ele o autor do delito e quem participou efetivamente da fase inquisitorial e da instrução criminal, em perfeita observância aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, tendo a retificação de sua qualificação sido devidamente realizada (f. 323), inexistindo, assim, vício apto a macular o presente feito.

Nesse sentido:

EMENTA: Penal. Processual penal. Denúncia. Agente que se identifica com nome falso. Furtos. Concurso material ou continuidade delitiva. *Emendatio libelli*. Pequeno valor da res e ausência de prejuízo. Privilégio. Impossibilidade. Eventual erro na identificação nominal, desde que certa a identidade física do agente, isto é, desde que não haja dúvida de que a pessoa submetida ao processo é aquela à qual se atribuiu o delito, na conformidade do previsto no art. 259 do CPP, a correção dessa irregularidade pode ser feita a qualquer tempo, inclusive após o trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que resulte qualquer nulidade [...] (TJMG, Segunda Câmara Criminal, Apelação Criminal nº 363.664-0, Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, j. em 27.08.2002).

Ausentes outros questionamentos preliminares e não vislumbrando nos autos qualquer irregularidade ou nulidade que deva ser declarada de ofício, passo ao exame do mérito do recurso.

No mérito, a prática do crime descrito na denúncia encontra sólidos fundamentos nas provas erigidas ao longo da instrução.

A materialidade delitiva é inequívoca, restando sobejamente comprovada pelo auto de prisão em flagrante de f. 06/09, boletim de ocorrência de f. 16/18, auto de apreensão de f. 19/20, termo de restituição de f. 22/23 e laudos periciais de f. 65/70 e 105/106.

Da mesma forma, as provas são uníssonas em apontar o réu como sendo o autor da conduta descrita na denúncia, havendo, inclusive, confissão deste quanto

à autoria, questão que não foi sequer objeto de impugnação por qualquer das partes.

A defesa se insurge apenas quanto ao *quantum* fixado para a pena-base, à aplicação da atenuante da confissão espontânea, bem como ao regime de cumprimento de pena estabelecido.

Na primeira fase da aplicação da pena, para se determinar a pena-base, devem ser analisadas as 08 (oito) circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP. Passo ao exame delas.

No presente caso, a culpabilidade, compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta do agente, é normal para a espécie, já que o réu, com destruição de obstáculo, subtraiu para si coisas alheias móveis consistentes em 03 (três) aparelhos celulares da marca Nokia, 14 (quatorze) pilhas e 02 (duas) baterias de telefone sem fio, não ultrapassando os elementos próprios do tipo penal.

O acusado, ao contrário do exposto pela defesa, possui maus antecedentes, conforme se vislumbra do documento constante às f. 235/239, possuindo condenação transitada em julgado pela prática de crime de furto, em sua forma tentada.

Não existem, nos autos, elementos suficientes para aferição da conduta social do acusado e de sua personalidade, pelo que não podem representar aumento na pena-base.

Vale ressaltar que não se pode extrair dos registros criminais do réu que sua personalidade é voltada para o crime. Isso porque eles são examinados para caracterização da antecedência e, na segunda fase, para eventual caracterização da reincidência, o que faz com que um reexame nesse momento caracterize *bis in idem*.

Acrescente-se que a personalidade deve ser compreendida como um complexo das características individuais próprias que determinam ou influenciam o comportamento do sujeito, sendo imprescindível para sua avaliação negativa uma fundamentação baseada em elementos concretos, o que não ocorreu *in casu*.

A propósito:

Habeas corpus. Roubo duplamente circunstanciado (duas vezes, em concurso formal). Dosimetria da pena. [...] Conduta social e personalidade. Ausência de elementos concretos para sua avaliação negativa. Constrangimento ilegal evidenciado. Desproporcionalidade na fixação da pena-base. Redução que se impõe.

[...]

2. É possível a fixação da pena-base em patamar superior ao mínimo legal, desde que a decisão esteja corretamente fundamentada, dentro dos parâmetros estabelecidos pelo Código Penal.

[...]

4. Entretanto, em relação à conduta social e à personalidade do agente, é preciso afastar a referência feita pelo magistrado sentenciante às condenações transitadas em julgado que já serviram de base para o reconhecimento dos maus antecedentes e da reincidência, o que revela inegável *bis in*

idem. Ademais, esta Corte já assentou o entendimento de que a falta de elementos suficientes para a avaliação negativa da personalidade do autor do fato configura constrangimento ilegal [...] (STJ, 5ª Turma, *Habeas Corpus* nº 104735/MS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 16.03.2010).

Penal. *Habeas corpus*. Arts. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06. Dosimetria da pena. Pena-base. Fundamentação suficiente somente em relação à grande quantidade de droga apreendida.

[...]

II - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da CF/88). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas ou dados integrantes da própria conduta tipificada (Precedentes do STF e STJ).

[...]

IV - Ademais, não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base (Precedentes) [...] (STJ, Quinta Turma, *Habeas Corpus* nº 158936/MG, Rel. Des. Felix Fisher, j. em 27.05.2010).

O motivo do crime, de acordo com o próprio réu, à f. 51, seria levantar fundos para proceder ao pagamento das contas de água e de luz que estavam atrasadas, o que não justifica a prática do delito. Além disso, mesmo considerando-se que o motivo seria a busca do lucro fácil, em detrimento do patrimônio alheio, trata-se de motivação normal para o delito de furto. Assim, não representa aumento na pena-base.

Já as circunstâncias do delito são desfavoráveis ao apelante, na medida em que praticou sua conduta aproveitando-se do repouso noturno.

Quanto às consequências do crime, estas são inerentes ao tipo penal, uma vez que a destruição do obstáculo já constitui a forma qualificadora do crime, tendo, inclusive, a *res furtiva* sido restituída à vítima. Então, tal circunstância não pode ser considerada em seu desfavor.

Finalmente, o comportamento da vítima, a qual permaneceu inerte, em nada contribuindo para o delito, não lhe pode ser considerado desfavoravelmente; se não, vejamos:

Penal. *Habeas corpus*. Homicídio qualificado. Condenação. Pena-base exacerbada. Conduta social. Uso de drogas. Impossibilidade. Consequências genéricas. Comportamento da vítima. Constrangimento ilegal. Ordem concedida.

[...]

4. O comportamento da vítima, que em nada contribui para o crime, não pode ser valorado como prejudicial ao acusado [...] (STJ, Sexta Turma, *Habeas Corpus* nº 91376/DF, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, j. em 08.09.2009).

Assim, impõe-se a reavaliação da reprimenda imposta ao apelante, considerando-se como desfavorável

a ele apenas os antecedentes e as circunstâncias do delito, afastada a valoração negativa da culpabilidade, personalidade e consequências do crime, de modo que a pena-base deve ser fixada em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 25 (vinte e cinco) dias-multa.

Na segunda fase de aplicação da pena, a defesa pleiteia a aplicação da atenuante da confissão espontânea.

Com efeito, o réu, perante a autoridade policial, à f. 09, confessou a prática do delito com todas as suas circunstâncias, reconhecendo, inclusive, o rompimento de obstáculo:

[...] que efetivamente no início da madrugada de hoje [...] estive em estabelecimento comercial denominado Ponto Tel Celulares [...], onde, usando somente de força física, com o uso dos pés e das mãos, danificou uma grade do tipo cerca, bem assim a lâmina vítrea da loja ao que teve acesso a seu interior, de onde subtraíu tão somente a mercadoria ora apreendida [...].

Porém, em juízo, não obstante reconhecer a prática do crime de furto, o acusado retrata-se quanto ao rompimento de obstáculo, dizendo que a vitrine do estabelecimento comercial foi quebrada por “pivetes”, os quais teriam subtraído diversas mercadorias.

Examinados os autos, constata-se que a confissão extrajudicial do réu, a qual se encontra em harmonia com as demais provas presentes nos autos, foi de extrema importância para alicerçar o decreto condenatório, de modo que a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do CP deve ser reconhecida mesmo diante da retratação parcial em juízo.

Sobre o assunto, é o entendimento dos tribunais superiores:

Ementa: *Habeas corpus*. Crimes contra o patrimônio. Dosimetria da pena. Confissão espontânea perante a autoridade policial. Réu que se retratou em juízo. Confissão extrajudicial que embasa o decreto condenatório. Harmonia da confissão com o conjunto probatório.

[...]

2. A confissão extrajudicial retratada em Juízo constitui circunstância atenuante (alínea *d* do inciso III do art. 65 do CP), quando embasar a sentença penal condenatória. O que se deu no caso concreto.

3. Ordem concedida (STF, Primeira Turma, *Habeas Corpus* nº 91654/PR, Rel. Min. Carlos Britto, j. em 08.04.2008).

Habeas corpus. Tentativa de furto qualificado. Dosimetria. [...] Confissão extrajudicial. Utilização para a condenação. Retratção. Irrelevância. Atenuante configurada. Reconhecimento e aplicação obrigatórios. Constrangimento ilegal reconhecido.

1. Tendo o paciente, acusado de tentativa de furto qualificado, confessado, perante a autoridade policial, a prática do delito, e sendo tais declarações utilizadas para fundamentar a condenação, merece reconhecida em seu favor a atenuante do art. 65, III, *d*, do CP, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial, ou se houve retratação em Juízo [...] (STJ, Quinta

Turma, *Habeas Corpus* nº 154395/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. em 11.05.2010).

Considerando a aplicação da atenuante da confissão espontânea, fixo a pena intermediária em 02 (dois) anos e 11 (onze) meses e 20 (vinte) dias-multa, sendo que, inexistindo causas de aumento e de diminuição de pena, fixo-a definitivamente nesse patamar, mantendo o valor do dia-multa em 1/30 do salário-mínimo.

No que tange ao regime de cumprimento de pena, a sentença hostilizada fixou o semiaberto, sem especificar as razões que levaram a tal convencimento, apenas fazendo referência ao art. 33, § 2º, do CP.

Não havendo nos autos comprovação de que o réu seja reincidente, sendo a pena fixada inferior a 04 (quatro) anos, bem como, diante das circunstâncias judiciais em sua maioria favoráveis, o regime inicial de cumprimento de pena, como pleiteado pela defesa, deve ser o aberto.

Ressalte-se que mantenho a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos determinada em sentença, já que preenchidos os requisitos legais para tanto.

Por fim, relativamente ao pleito de isenção do pagamento das custas processuais, não assiste razão à defesa.

A Súmula 58 deste Tribunal estatui que:

O juridicamente miserável não fica imune da condenação nas custas do processo criminal (art. 804 CPP), mas o pagamento fica sujeito à condição e prazo estabelecidos no art. 12 da Lei 1.060/50.

Assim, considerando que a condenação ao pagamento das custas processuais constitui um dos efeitos da sentença, de acordo com o art. 804 do CPP, não há como isentar o réu dessa obrigação, ainda que o mesmo seja pobre no sentido legal, ou beneficiário da assistência judiciária gratuita. Porém, persistindo, na fase de execução, o estado de miserabilidade, deve ser o pagamento sobrestado pelo prazo estabelecido no art. 12 da Lei 1.060/50.

Dispositivo.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso da defesa para reestruturar e reduzir a pena corporal do réu, fixando-a, em definitivo, em 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 20 (vinte) dias-multa, mantendo o valor do dia-multa em 1/30 do salário-mínimo.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES RUBENS GABRIEL SOARES e FURTADO DE MENDONÇA.

Súmula - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

...