

**LATROCÍNIO - EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA - ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO - DOLO -
IMPUTABILIDADE - ÔNUS DA PROVA - CONDENAÇÃO - FIXAÇÃO DA PENA -
CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE - CONFISSÃO ESPONTÂNEA - SENTENÇA - MINISTÉRIO
PÚBLICO - RECURSO DA ACUSAÇÃO - NÃO-CONHECIMENTO - CRIME HEDIONDO -
PROGRESSÃO DE REGIME - POSSIBILIDADE - JUÍZO COMPETENTE - EXECUÇÃO DA PENA
- LEI MAIS BENÉFICA - APLICABILIDADE**

Ementa: Processual penal. Apelação criminal. Latrocínio. Crime hediondo. Embriaguez completa não configurada. Pena. Redução. Necessidade. Recurso do MP buscando a fixação de regime integralmente fechado. Regime fechado fixado na sentença. Suficiência. Possibilidade de progressão que constitui matéria de natureza executória. Ausência de interesse recursal. Lei nova permitindo expressamente a progressão. Lei mais benéfica. Aplicação imediata. Recurso prejudicado por perda do objeto.

- A aplicação da teoria da *actio libera in causa* exige que se analise o elemento subjetivo do agente no momento anterior ao fato. A embriaguez voluntária não exclui a culpabilidade. Inexistindo qualquer elemento que sugira, pelo menos, que o estado de embriaguez tenha sido alcançado por causa não atribuída ao próprio agente, é inviável a exclusão da culpabilidade.

- É imperativa a concessão do benefício do art. 65, III, *d*, do CP, quando a confissão foi usada na formação do convencimento do sentenciante.

- Quando o juiz fixa o regime mais grave para o cumprimento da pena, o fechado, carece de interesse recursal o Ministério Público ao buscar a declaração de impedimento da progressão de regime por cuidar-se de crime hediondo, dado que essa matéria é da competência do juízo executório.

- Com o advento da Lei 11.464/07, que fez com que aos crimes hediondos se estendesse a possibilidade de progressão de regime, estabelecendo prazos, fica prejudicado o recurso do Ministério Público que busca ver reconhecida a impossibilidade de progressão de regime em condenação por crime de latrocínio.

Recurso do Ministério Público não conhecido e recurso defensivo parcialmente provido.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0105.01.024128-6/001 - Comarca de Governador Valadares - Apelantes: 1º) Ministério Público Estado Minas Gerais, 2º) D'Leon Souza Oliveira - Apelados: os mesmos - 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, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, em não conhecer do recurso ministerial e dar provimento parcial ao segundo recurso.

Belo Horizonte, 8 de maio de 2007. -
Alexandre Victor de Carvalho - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Hélcio Valentim - Pela ordem.

Do recurso ministerial.

Preliminar de não-conhecimento.

Peço vênias ao eminente Des. Relator, mas tenho preliminar, que trago de ofício.

Por duplo motivo, não conheço do recurso ministerial.

Primeiramente, porque o Sentenciante impôs ao sentenciado o regime mais grave previsto no Código Penal para o cumprimento da pena a que foi ele condenado, o fechado.

Se assim o é, carece de interesse recursal a parte acusatória quando maneja recurso de apelação buscando a fixação do que chama de regime integralmente fechado.

Não há regime integralmente fechado no sistema penal pátrio. A Lei 8.072/90 não criou um quarto regime de cumprimento de pena. O que fez foi, de modo direto, dirigindo-se à fase

da execução de pena nesse particular, impedir que condenados por crimes hediondos ou a estes equiparados pudessem obter o benefício carcerário da progressão de regime.

Daí se extrai, por óbvio, que sempre foi ao Sentenciante exigível que fixasse o regime, algo que aqui resta observado, elegendo-se o fechado. É de todo irrelevante se o que se disse foi inicialmente fechado ou integralmente fechado, desde quando a possibilidade de progressão de regime, ou não, sempre foi matéria da competência do juízo da execução, nunca do juízo da condenação, que, nesse caso, decide *ultra petita* e o faz de forma inócua, uma vez que a coisa julgada, no particular, é meramente a formal.

Portanto, adiando a discussão da possibilidade da progressão de regime - e sob a observância de que regras - para a fase executória, entendo que não há interesse recursal aqui, desde que, nessa parte, não sucumbiu o apelante.

Malgrado já se constitua esse fato motivo justificador do não-conhecimento do recurso, há ainda um outro, ainda mais vigoroso, a apontar a necessidade do não-conhecimento.

Ocorre que tudo quanto busca em seu apelo o Ministério Público é impedir que o sentenciado obtenha progressão de regime com base na vedação inserta na Lei 8.072/90, agora expressamente revogada pela Lei 11.404/07.

Logo, prejudicado está o recurso, diante da nova regra legislativa pertinente, posterior ao seu ajuizamento, que, finalmente, impede diretamente a obtenção da pretensão externada em seu recurso pelo Ministério Público.

Esses dois motivos considerados, não conheço do recurso ministerial.

O Sr. Des. Alexandre Victor de Carvalho - Estou de acordo com o eminente Desembargador Vogal.

O Sr. Des. Vieira de Brito - De acordo.

O Sr. Des. Alexandre Victor de Carvalho - 1 - Relatório:

Descrevem os autos que o apelante D'Leon Souza Oliveira foi processado pela Justiça Pública, juntamente com Neel Santos de Carvalho, como incurso nas iras do art. 157, § 3º, do Código Penal, por terem, no dia 15 de outubro de 2000, por volta de 1h30min, na Rua Israel Pinheiro, próximo ao nº 2.336, no centro de Governador Valadares, tentado subtrair coisa alheia móvel da vítima Marco da Silva Dutra, mediante uso de arma de fogo, vindo a causar a morte da vítima.

Consta que os acusados chegaram perto da vítima e sua namorada, estando D'Leon com uma arma de fogo, e anunciaram o assalto, tendo D'Leon sacado da arma, e a vítima, ao perceber o que acontecia, assustou-se e tentou evitar o assalto, correndo do local, momento em que D'Leon atirou contra as costas da vítima, vindo esta a falecer.

O processo foi desmembrado em relação a Neel Santos de Carvalho, por ter sido citado por edital (f. 92).

Alegações finais do Ministério Público, requerendo a procedência da denúncia; e da defesa, pugnando por sua improcedência.

A sentença guerreada, julgando consistente o conjunto probatório, condenou o apelante no art. 157, § 3º, do CP, às penas de vinte e quatro anos de reclusão e duzentos e oitenta e oito dias-multa, a ser cumprida em regime inicialmente fechado (f. 167/170).

Inconformado, apela o Ministério Público, pugnando pela fixação do regime integralmente fechado para o cumprimento da pena (f. 178/181).

A defesa também apela, pugnando pela absolvição, ao argumento de que o réu estava embriagado no momento dos fatos e não se embriagou para praticar o crime nem o previu. Alternativamente, requer redução da pena-base, maior redução pela atenuante da menoridade e redução da pena de multa (f. 184/187).

Devidamente intimado, o *Parquet* apresentou as respectivas contra-razões (f. 193/199), bem como a defesa (f. 189).

A Procuradoria de Justiça, através do parecer da lavra do ilustre Procurador Vagner Vartuli, opina para que seja negado provimento ao recurso da defesa e dado provimento ao recurso ministerial (f. 204/213).

É o relatório.

2 - Conhecimento:

Conheço do recurso da defesa, por preencher os pressupostos legais.

3 - Preliminar:

Não há preliminares.

4 - Mérito:

4. 1 - Recurso da defesa:

Passando ao exame do recurso do acusado D'Leon, alega a defesa que o apelante cometeu o crime em estado de embriaguez, não tendo premeditado nem previsto o resultado; assim, deve ser aplicada a teoria da *actio libera in causa*.

A simples menção à teoria da *actio libera in causa* não é o bastante para a solução da *quaestio*, pois tal teoria apresenta dificuldades de aplicação em determinadas situações fáticas.

É que o art. 28, inciso II, do Diploma Penal, que a consagrou, tem sido criticado por penalistas de renome, como Jair Leonardo Lopes, que reconhece, na sua aplicação no tocante à embriaguez voluntária ou culposa completa, uma hipótese de responsabilidade penal objetiva:

Pretende-se que, a não ser a embriaguez por caso fortuito ou força maior, nenhuma outra possa excluir a imputabilidade (art. 28, II, do CP), ainda que o agente, ao tempo da ação ou da omissão, seja, em razão do estado de embriaguez, inteiramente incapaz de compreender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Sem dúvida, pode ocorrer caso de responsabilidade sem culpa, pois o agente, no

momento do crime, em estado de embriaguez completa, não teria nem podia ter a consciência da ilicitude ou a capacidade de governar-se (LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal*. Editora RT, p. 148).

Nesse sentido, também o saudoso Mestre Aníbal Bruno:

A punição do crime praticado em estado de embriaguez plena, quando o agente, na fase de imputabilidade precedente, não quis nem previu o resultado, nem este era previsível, em vista de circunstâncias particulares em que se encontrasse o agente, foge ao princípio da culpabilidade, nem mesmo na espécie da *actio libera in causa*. Falta, na hipótese, quando o sujeito ainda imputável, dolo ou culpa em relação ao crime determinado, e isso é conceitualmente indispensável à configuração desse instituto, segundo a boa doutrina (BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Tomo II, f. 532-533).

O princípio da culpabilidade desempenha duas funções importantes, pois é, ao mesmo tempo, fundamento da pena, garantindo a incidência da sanção com um objetivo preventivo de defesa social e também consagração da responsabilidade penal subjetiva, isto é, só se pode punir alguém com a privação da liberdade se atuou com dolo ou com culpa, já que a imputação como categoria exclusivamente objetiva não pode exercer nenhuma prevenção, já que pune sem que esteja ao alcance do agente a inevitabilidade do fato.

Uma leitura constitucional do citado art. 28, inciso II, do *Codex* impõe, então, que se possa identificar, ao menos, a previsibilidade do delito na fase precedente à embriaguez total, o que preservaria o princípio *nullum crime sine culpa* e não representaria um retorno à *imputatio facti*.

É esta a proposta do ilustre Professor Jair Leonardo Lopes:

É claro que, tanto na embriaguez voluntária como na culposa, as libações alcoólicas, que foram a sua causa, constituíram ação livre,

porém, pelo só fato de se embriagar, não se poderia dizer, como na embriaguez preordenada, que o agente, ao se embriagar, quisesse praticar qualquer crime ou tivesse previsto a possibilidade de praticá-lo. Isso é o que precisa ser provado, ou seja, que o agente, ao iniciar a ingestão do álcool, previu ou podia prever que, no estado de embriaguez posterior, pudesse vir a cometer crime. Sem este mínimo elemento psicológico, a punibilidade do agente, pelo crime praticado em estado de embriaguez completa, voluntária ou culposa, iria atritar-se com a exigência de, pelo menos, culpa em sentido estrito (*op. cit.*, p. 149).

Também Heleno Cláudio Fragoso possui opinião semelhante:

Não se aplica a teoria da *actio libera in causa* a todos os casos em que o agente se deixou arrastar ao estado de inconsciência (ao contrário do que se afirma na Exposição de Motivos do CP de 1940, nº 21). Se o fato delituoso praticado em estado de embriaguez, que conduz à incapacidade de entendimento e de autogoverno, não era sequer previsível, para o agente, no momento em que estava sóbrio, não há culpa, e só se pode admitir que estamos diante de hipótese anômala de responsabilidade objetiva. Essa deplorável solução foi adotada pela lei vigente em nome de mais eficaz repressão à criminalidade.

Resulta de todo o exposto que a teoria da *actio libera in causa* não pode ser aplicada indistintamente, sem que se analise o elemento subjetivo do agente no momento anterior ao fato: se assumiu o risco de embriagado cometer o crime, ou, se pelo menos, este lhe era previsível.

Acrescente-se que há precedente jurisprudencial no mesmo sentido dessa argumentação, *verbis*:

Porém, ainda que tenha validade genérica, o preceito do art. 28, II, do Código Penal não se aplica sempre. Como anota Silva Franco, deve haver uma limitação, porque 'a embriaguez voluntária ou culposa, enquanto hipótese de responsabilidade pelo mero resultado, contraria a letra e o próprio espírito da Constituição Federal' (obra citada, p. 186-187). Para que não se trabalhe com responsabilização puramente objetiva, é preciso que se

tenha um mínimo de cogitação - que não precisa ser especificamente ligado a um crime com todos os detalhes - de atividade voltada à prática de delitos antes da embriaguez (TACRIM - SP - Rel. Dyrceu Cintra - AC 860.713-8).

Com tais considerações, no caso em tela, todavia, não procedem as argumentações do apelante. É que não há prova nenhuma de que o réu estava em estado de embriaguez completa, sem capacidade de entender o caráter ilícito do fato.

É certo que o acusado afirma em seu interrogatório judicial que antes do fato estava em uma festa e havia feito uso de maconha e bebida alcoólica e, posteriormente, se encontrou com o co-réu Neel, o qual lhe passou uma arma, e alega, por fim, que não se lembra de nada, apenas que no dia seguinte Neel lhe havia dito que o mesmo teria atirado na vítima (f. 82).

No entanto, em sede policial, confessou o crime com riqueza de detalhes, narrando inclusive que os flanelinhas da rua os haviam informado de que a vítima estava com mais de 50 CDs originais no carro, o que os motivou a praticar o roubo. Afirmou ainda que anunciou o assalto, pedindo para a vítima não correr, tendo esta tentado fugir, momento em que atirou contra ela (f. 17/18).

Ora, como na fase policial se lembrou dos detalhes e, em juízo, veio a dizer que se lembrava apenas parcialmente? Frise-se que sua versão extrajudicial se encontra em total amparo às demais provas dos autos.

Saliente-se ainda que, no dia posterior ao crime, dirigiu-se à casa da testemunha André e lhe pediu para ali guardar sua arma, o que fez, enterrando-a no quintal dessa residência (f. 54).

Ademais, o réu afirma que ingeriu bebida alcoólica em uma festa, mas em nenhum momento fez prova do alegado. Pode ser que talvez se tenha embriagado sim, mas não a ponto de lhe retirar a capacidade de compreensão e discernimento, uma vez que narrou os fatos como aconteceram.

As provas produzidas, inclusive a confissão, autorizam a dizer que a conduta do acusado não se enquadra nas exceções à teoria da *actio libera in causa* motivadas por embriaguez completa, mas sim na caracterização do elemento subjetivo do delito do art. 157, ou seja, o dolo.

Com efeito, não se desincumbindo a defesa de seu ônus de comprovar a embriaguez completa, não há como subsistir sua tese, pois nada há nos autos além da palavra do réu, de que havia realmente ingerido bebida alcoólica.

Reza o art. 156 do CPP que a prova incumbe a quem alega o fato, e, tendo a defesa alegado fato impeditivo, modificativo ou extintivo, cabe a ela comprová-los, o que não aconteceu nos autos.

As provas não são fracas, tal como alegado pela defesa do apelante. A tese da embriaguez como excludente de culpabilidade não pode prosperar. Inescusável, pois, a conduta do apelante.

No tocante à pena-base fixada em primeira instância, bem como a pena pecuniária, vejo que as mesmas merecem reforma. A pena-base foi fixada acima do mínimo legal sem haver motivos que a justificassem elevada.

E, no tocante à pena pecuniária, esta deve guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade.

Passo assim à nova dosimetria da pena:

No que tange à culpabilidade, tenho-a como normal. Os antecedentes, a conduta social, a personalidade e as conseqüências, tal qual o Juiz *a quo*, devem ser tidas como favoráveis. As circunstâncias são desfavoráveis, pois ficaram vigiando a vítima, passando pelo local diversas vezes, até anunciar o assalto, além do que o local era próximo a uma boate, onde havia outras pessoas que podiam ser atingidas.

Fixo, pois, a pena-base pouco acima do mínimo legal, ou seja, em vinte e dois anos de reclusão e 30 dias-multa.

Pela atenuante da menoridade, reduzo a pena para o mínimo legal, tornando-a concreta e definitiva em vinte anos de reclusão e 10 dias-multa.

No mais, mantenho os demais termos da r. sentença fustigada.

5 - Conclusão:

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso defensivo, apenas para reduzir as penas do apelante, mantendo os demais termos da r. decisão objurgada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É como voto.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Vieira de Brito - De acordo.

O Sr. Des. Hécio Valentim - Do recurso defensivo.

Quanto ao recurso defensivo, ponho-me de acordo com o eminente Relator, em todos os pontos de seu judicioso voto.

Acrescento, apenas, que, no caso dos autos, é de se reconhecer em favor do apelante, ainda, a atenuante da confissão espontânea, *data venia*. É que a sua confissão extrajudicial foi fundamental para a formação do convencimento tanto do douto Sentenciante (conforme se pode ver na sentença, às f. 167/170) quanto do e. Des. Relator (como se vê em seu judicioso voto agora proferido).

No caso dos autos, contudo, nenhuma mudança prática surtirá na dosimetria da pena esse reconhecimento, uma vez que a pena-base já foi fixada no mínimo legal e, segundo entendimento sumulado do STJ, "A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal" (Súmula 231).

O acerto da jurisprudência sumulada, determinando que a pena provisória deve ater-se aos limites do preceito secundário do tipo em análise, é ressaltado por Fernando Galvão. Confira-se:

Muito embora alguns doutrinadores e julgados sustentem entendimento diverso, o estabelecimento de um limite para a atenuação ou agravamento explica-se pelo fato de que, não havendo qualquer critério legal que determine o *quantum* de diminuição ou majoração, os parâmetros da cominação impedem que uma atenuante leve a pena-base a zero ou que uma agravante majore a pena acima do máximo previsto para o crime (*Direito penal - Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 608).

De qualquer forma, ainda que, na prática, não haja uma redução na pena do apelante, entendo importante que conste do julgamento o reconhecimento da aludida atenuante.

Isso considerado, dou provimento parcial ao recurso defensivo, para entender aplicável, aqui, a atenuante da confissão espontânea,

sem, contudo, alterar a pena fixada na sentença recorrida.

Com essas considerações, em preliminar de ofício, não conheço do recurso ministerial. Quanto ao recurso defensivo, acompanho o voto do ilustre Relator e a ele dou parcial provimento, mas de forma mais abrangente do que S. Ex.^a, para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, sem, contudo, alterar a pena, fixada em 20 anos de reclusão e 10 dias-multa, estes no mínimo legal.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO RECURSO MINISTERIAL E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO SEGUNDO RECURSO.

-:-:-