

ROUBO QUALIFICADO - EMPREGO DE ARMAS - CONCURSO DE PESSOAS - SENTENÇA - FUNDAMENTAÇÃO - PENA - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - NULIDADE - NÃO-CARACTERIZAÇÃO - FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - ADMISSIBILIDADE - ATENUANTE - CONFISSÃO ESPONTÂNEA - REINCIDÊNCIA - PREPONDERÂNCIA - ARMA DE FOGO - PROVA - AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL - TESTEMUNHA - VOTO VENCIDO - ART. 67 DO CÓDIGO PENAL

Ementa: Roubo. Sentença. Fundamentação existente. Nulidade afastada. Pena-base. Fixação acima do mínimo. Possibilidade. Art. 67 do CP. Alcance. Uso de arma. Prova. Voto parcialmente vencido.

- É fundamentada a sentença quando o juiz demonstra, de forma clara e individualizada, a incidência no caso concreto dos elementos do art. 59 do CP para a fixação da pena-base aos acusados, o que lhes possibilita recorrer amplamente de todos os termos do édito condenatório.

- Configurada a alta periculosidade dos acusados, a motivação ignóbil do crime e as circunstâncias malélicas à sociedade inerentes à sua prática, resulta correta a fixação da pena-base dos acusados acima do mínimo legal.

- A agravante da reincidência haverá de preponderar sobre a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do CP, consoante reiterado entendimento jurisprudencial.

- A qualificadora prevista no inciso I, § 2º, do art. 157 do CP pode ser comprovada por outros meios na ação penal, caso não seja encontrada a arma usada no roubo.

- V.v.: - A base efetiva da incriminação do emprego de arma de fogo reside na sua real capacidade lesiva, que, não aferida por qualquer elemento de prova, desemboca no desprezo da majorante. (Des. *Eli Lucas de Mendonça*)

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.03.086174-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Jorcelino Sodré de Souza, Alessandro da Silva Cavalcante - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS

Acórdão _____

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR PRELIMINAR   UNANIMIDADE E NEGAR PROVIMENTO, VENCIDO PARCIALMENTE O DESEMBARGADOR REVISOR.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2006. - *Delmival de Almeida Campos* - Relator.

Notas taquigráficas _____

O Sr. Des. *Delmival de Almeida Campos* - Trata-se de recurso de apela o intentada por Jorcelino Sodré de Souza e Alessandro da Silva Cavalcante contra sentença que julgou procedente

a denúncia apresentada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, condenando-os ao cumprimento de nove anos e quatro meses de reclusão, no regime fechado, bem como ao pagamento de quarenta e sete dias-multa, por terem incorrido nas sanções do art. 157, § 2º, II, do CP.

As razões recursais dos acusados, a resposta do RMP e a manifestação da ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça foram explanadas, sumariamente, no relatório de folhas.

Conhece-se do recurso, por atenderem aos seus pressupostos de admissibilidade.

Em preliminar, os apelantes apontam a nulidade da sentença, pois o Magistrado singular não fundamentou a sua decisão na fixação das penas-base dos dois acusados, deixou de analisar, de forma individual, os elementos do art. 59 do CP, provocando uma condenação exacerbada, em face de considerar os requisitos do tipo penal sob foco como majorantes das básicas. Ademais, entendem que essa falta de fundamentação da sentença os impedem de recorrer para obter a diminuição das suas reprimendas, por não estarem esclarecidos os motivos do Julgador para defini-las, fato este que contraria a exigência do art. 93, IX, da CR, culminando na nulidade absoluta da sentença.

Da análise da sentença, desumo que não se pode conceder razão aos apelantes, porquanto o Juiz expôs claramente os motivos que o levaram a fixar as penas-base acima do mínimo legal, em face da situação individual de cada um deles e considerando a prova coligida ao processado.

Nesse tocante, registre-se que o Juiz deixou patente a sua convicção de que o *modus operandi* do crime, colocando em risco a vida de inocentes, denotou a culpabilidade intensa dos apelantes, cujas personalidades, não restaram dúvidas, são inteiramente voltadas para o ilícito, desprezando valores básicos de nossa sociedade. E ficou patente, na sentença, que os motivos do crime foram o ganho fácil e satisfação dos prazeres dos recorrentes, como confessaram, em detrimento de grave ofensa ao patrimônio da vítima. Destarte, vislumbro

que o Magistrado *a quo* indicou motivos suficientes para arrimar a condenação deles acima do mínimo legal.

Por fim, cabe salientar que o Julgador monocrático definiu, de forma singular, a condenação dos apelantes, declinando, individualmente, as penas-base, a agravante e a causa de aumento, próprias a cada um deles, as quais, como ressei dos autos, são praticamente idênticas. Assim, não se evidencia a alegada falta de fundamentação da sentença, o que possibilitou aos recorrentes aviar amplamente o seu recurso, visando à sua reforma. Portanto, verifica-se que a sentença focalizada atendeu ao disposto no inciso III do art. 381 do CPP.

A propósito, já se pronunciaram os tribunais pátrios, consoante demonstrado pelo ilustre Des. Alberto Vilas Boas, *verbis*:

A motivação indispensável à sentença é a que se refere o art. 381, III, do Código de Processo Penal, é aquela que diz respeito ao raciocínio do magistrado para fazer incidir preceito legal a fato que considere provado, a fim de que o réu disponha de elementos para saber contra o que deverá defender-se em recurso ou revisão (RTJ 84/797). Assim, a circunstância de conter fundamentação sucinta ou deficiente não a invalida (RTJ 73/220 - HC nº 2.565-2-DF, 6ª Turma, Rel. Min. Anselmo Santiago, j. em 21.5.98, DJU de 22.6.98, p. 174, ementa parcial) (*in Código de Processo Penal, anotado e interpretado.*, Del Rey, 1999, p. 318).

Em decorrência, rejeito a preliminar em apreço.

No âmbito meritório, os apelantes reforçam a sua tese de falta de demonstração pelo Juiz dos elementos que o levaram a condená-los às penas acima dos patamares legais mínimos, a exigir que sejam reduzidas a tais patamares.

Sem razão os apelantes, porquanto a conduta deles na execução do crime foi extremamente reprovável, pois o praticaram com grave ameaça à integridade física das vítimas, que trabalhavam num posto bancário situado nas dependências de uma unidade hospitalar, como indicado no boletim de ocorrência (f. 10). Ora,

esse fato, a meu ver, reforça a periculosidade dos recorrentes, já que uma ação delituosa ocorrida num hospital traz grande desassossego à comunidade.

Os depoimentos dos apelantes, Jorcelino Sodré de Souza e Alessandro da Silva Cavalcante, coletados na fase inquisitória (f. 18/21) e confirmados em juízo (f. 272/277), evidenciam uma personalidade completamente direcionada às atividades criminosas, com total desprezo aos valores éticos que norteiam a vida do cidadão comum. Emerge, igualmente, dessas declarações, que suas práticas delituosas objetivam, tão-somente, saciar a ganância e os prazeres carnis deles à custa do patrimônio alheio. Isto é, aos apelantes faltam freios psíquicos para breçar a procura incessante à satisfação de seus instintos. E os antecedentes dos apelantes não são nada recomendáveis, pois, confessada e provada a prática de outros delitos, inclusive foram presos em flagrante quando praticavam outro crime assemelhado ao que se analisa neste processo. As conseqüências dos atos dos recorrentes espelham inequívoco prejuízo material a uma das vítimas.

Portanto, dessume-se que a periculosidade dos apelantes se revela concretamente nos autos e não é mera presunção do Julgador, ou seja, a conjunção dos elementos contidos no art. 59 do CP é desfavorável a eles, pelo que não podem ser beneficiados pela aplicação de penas mínimas previstas no art. 157 do aludido Código.

Afirmam mais os apelantes que não houve a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, considerando-se, na sentença, que esta preponderou sobre aquela, fato que exasperou a condenação dos acusados.

À minha ótica, a sentença fustigada ateuve-se, corretamente, à orientação contida no art. 67 do CP, pois a confissão espontânea dos apelantes, apesar da sua natureza subjetiva, não tem o alcance absoluto por eles almejado, em razão de que a reincidência também tem esta natureza, situação que confere ao julgador o necessário poder discricionário para estipular a

preponderância de uma sobre a outra. Destarte, correta a decisão do Juiz ao considerar a reincidência preponderante à confissão espontânea. É o que dispõe o colendo STJ, *verbis*:

Habeas corpus. Lesão corporal grave. Dosimetria da pena. Revisão criminal. Atenuante compensada na sentença. Manutenção da reincidência e confissão espontânea. Preponderância da agravante. Peso diferenciado. Possibilidade. Ordem denegada. - 1. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que, nos termos do que dispõe o artigo 67 do Código Penal, a reincidência é causa que prepondera sobre a confissão, devendo, no momento da escolha da resposta penal, receber maior valoração do que atenuada (STJ - Sexta Turma - HC 24447/SP - Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ de 28.11.2005, p. 337).

As CACs de f. 166/167 e de f. 189/192, alusivas a Jorcelino Sodré de Souza e a Alessandro da Silva Cavalcante, respectivamente, não deixam dúvidas de que ambos são reincidentes, sendo este último reincidente específico. Em decorrência, acertado mostra-se o uso da referida agravante na segunda fase da fixação das penas individuais dos supranominados acusados.

Finalizando, os apelantes alegam ser insubsistente a qualificadora do emprego de arma de fogo, visto que não foi apreendida nenhuma arma nem avaliada a sua eficiência ofensiva.

Veza mais, não se pode conceder razão aos apelantes, porquanto, embora haja dissensão sobre o tema, vislumbro que a qualificadora prevista no inciso I, § 2º, do art. 157 do CP pode ser comprovada por outros meios na ação penal, caso não seja encontrada a arma usada no roubo. É o que determina a jurisprudência pátria, *v.g.*:

Inafastável, pois, o decreto condenatório, e improcedente a tese invocada para tentar-se o afastamento da qualificadora relativa ao emprego de arma. A lei processual não exige a apreensão da arma para a caracterização da majorante prevista no inc. I do § 2º do CP, que pode ser demonstrada por qualquer meio de prova jurisprudencial (JUTACRIM 89/443, 93/3.778, RT 672/379, 680/362). E, no caso, o

emprego de arma resultou seguramente demonstrado pelas declarações idôneas de ambas as vítimas (TACrim-SP - AC - Rel Renê Ricupero - j. em 18.11.1997 - *Bol ICCrim* 63/234). (In *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, Coord. Alberto Silva Franco. 7. ed., RT, vol. 2, p. 2.619).

Na espécie vertente, a utilização de arma de fogo foi amplamente comprovada pelas declarações das testemunhas e pelas confissões dos apelantes, os quais, inclusive, declinaram as características das referenciadas armas. Vejamos:

O apelante, Jorcelino Sodré de Souza, afirmou no seu interrogatório: "... que retornaram no dia dos fatos e com *animus furandi* armados, com um revólver 38 e uma pistola..." (f. 73).

Nesse diapasão, o apelante Alessandro da Silva Cavalcante narrou à f. 76: "... Que retornaram no dia dos fatos e com intenção de praticar o assalto, estavam armados, com um revólver 38 e uma pistola, semi-automática 380..."

Essas asserções dos acusados estão em perfeita sintonia com o que dispõe a prova testemunhal, como se vê:

Josefino Silva de Paula asseverou: "... que retirava da pasta de cor preta uma arma de fogo, semelhante a um revólver calibre 38..." (f. 116).

A testemunha Edna Rubim Dias depôs à f. 118: "... que este elemento retirou de uma bolsa tipo executiva de cor preta uma arma de fogo..."

Encerrando a colheita da prova oral, Maximiliano Vogel de Oliveira sustentou: "... que imediatamente após, o declarante olhou para frente e viu um elemento alto, cor clara, com uma pistola cromada nas mãos, apontando-a para o vigilante do banco..." (f. 120).

Por conseguinte, resulta provado, *quantum satis*, o uso de arma de fogo pelos apelantes na prática delituosa em foco, o que atrai a incidência do aumento de pena previsto no mencionado § 2º do art. 157 do CP, cuja apli-

cação foi bem dosada na sentença hostilizada, cujos termos não prevalecer na íntegra nesta seara recursal.

Isso posto, nego provimento ao apelo em epígrafe.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Eli Lucas de Mendonça - Distancio-me parcialmente do eminente Relator e decoto a causa especial de aumento de pena relativa ao uso de arma.

Considero que a arma que serve para caracterizar o roubo não autoriza, entretanto, o reconhecimento da majorante prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, se não comprovadamente eficaz.

A base efetiva da incriminação do emprego de arma de fogo reside na sua real capacidade lesiva, que, não aferida por qualquer elemento de prova, desemboca no desprezo da majorante.

Com efeito, a circunstância prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal é puramente objetiva, refere-se a arma e "tem sua razão de ser no perigo real por que passa o ofendido no momento da realização do crime" (conf. Celso Delmanto, *Código Penal Comentado*, Renovar, p. 277), e não subjetiva, que diga respeito à capacidade de infundir medo à vítima, situação já prevista no *caput* do art. 157.

Escreve Heleno Fragoso:

O fundamento da agravante reside no maior perigo que o emprego da arma envolve, motivo pelo qual é indispensável que o instrumento usado pelo agente (arma própria ou imprópria), tenha idoneidade para ofender a incolumidade física (*Lições de Direito Penal*, Parte Especial. José Bushatsky Editor, p. 328).

A configuração da exasperante, por seu caráter objetivo, depende, além da prova da utilização da arma, da comprovação de sua capacidade vulnerante.

Por outro lado, no caso em julgamento, não há prova de que a arma foi usada de forma imprópria.

Logo, improvados o uso impróprio da arma de fogo e seu eventual poder vulnerante, decoto a causa especial de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal.

Restam os apelantes Jorcelino Sodré de Souza e Alessandro da Silva Cavalcante condenados como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, II, do Código Penal.

Mantenho, todavia, as penas como fixadas na r. sentença, fazendo registro de que o aumen-

to em virtude das duas causas especiais de aumento lá reconhecidas se deu no mínimo legal de 1/3, patamar do qual descabe decrescê-lo.

Acompanho, no mais, o e. Relator.

O Sr. Des. Edival José de Moraes - Acompanho o em. Relator, com a devida vênia do nobre Revisor.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR À UNANIMIDADE E NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDO PARCIALMENTE O DESEMBARGADOR REVISOR.

-:-