

**LATROCÍNIO - TENTATIVA - PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - AUTORIA - DECLARAÇÃO DA VÍTIMA - RECONHECIMENTO PESSOAL - DEPOIMENTO - POLICIAL CIVIL - VALORAÇÃO DA PROVA - CONDENAÇÃO - FIXAÇÃO DA PENA - CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL - RETRATAÇÃO - ATENUANTE - NÃO-CARACTERIZAÇÃO - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - VOTO VENCIDO**

**Ementa:** Penal. Processual Penal. Apelação criminal. Latrocínio tentado. Prova suficiente. Condenação. Confissão retratada. Atenuante não reconhecida. Circunstância judicial da personalidade do agente desfavorável.

- As declarações da vítima, a qual indica o acusado como autor do delito, em perfeita harmonia com o acervo probatório produzido, somada à confissão extrajudicial, tornam certa a autoria.

- A confissão retratada em juízo não conduz ao reconhecimento da atenuante, mormente quando não essencial ao deslinde da causa – o acusado foi identificado pela vítima e por várias testemunhas – e demonstre a intenção do réu de atrapalhar a elucidação dos fatos e a apuração da verdade real.

- Inviável a redução das penas fixadas na sentença quando condizentes com a conduta incriminada e corretamente analisadas as circunstâncias judiciais.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2.0000.00.516920-4/000 - Comarca de Uberlândia - Relator: Des. WILLIAM SILVESTRINI

**Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 2.0000.00.516920-4/000, da Comarca de Uberlândia, sendo apelante Wilson da Costa Carvalho e apelado Ministério Público do Estado de Minas Gerais, acorda, em Turma, a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

REJEITAR PRELIMINAR À UNANIMIDADE E NEGAR PROVIMENTO, VENCIDO PARCIALMENTE O DESEMBARGADOR RELATOR.

Presidiu o julgamento o Desembargador Eli Lucas de Mendonça (Vogal), e dele participaram os Desembargadores William Silvestrini (Relator, vencido parcialmente) e Walter Pinto da Rocha (Revisor).

Belo Horizonte, 19 de outubro de 2005. -  
*William Silvestrini* - Relator, vencido parcialmente.

### Notas taquigráficas

O Sr. Des. *William Silvestrini* - Interpôs Wilson da Costa Carvalho recurso de apelação, inconformado com a sentença de f. 146/151 e 156/157 (decisão de embargos declaratórios), que julgou procedente a denúncia, condenando-o nas sanções do art. 157, § 3º, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal, às penas de 15 anos e 11 meses de reclusão, no regime integralmente fechado, e oito dias-multa, no mínimo legal.

Intimado, o Promotor de Justiça não manifestou interesse de recorrer (f. 153).

Narra a denúncia que, no dia 16.11.03, por volta das 3h30, no estabelecimento denominado Motel Skala, o acusado, com o fim de subtrair para si a quantia aproximada de R\$ 1.400,00, entre dinheiro e cheques, e cerca de 40 frascos de bebida alcoólica, pertencentes ao proprietário do estabelecimento, tentou matar Ivan Ferreira Silva, desferindo-lhe, com *necandi animus*, um disparo de arma de fogo, que provocou lesões corporais de natureza grave, pois a vítima ficou paraplégica.

Apurou-se que o denunciado se dirigiu ao mencionado estabelecimento e, esperando que o portão do motel se abrisse, ingressou no local, sendo avistado pela vítima, que foi em sua direção com o intuito de impedir a sua entrada. Assim, para prosseguir na execução do crime, o denunciado tentou matá-lo, desferindo-lhe um tiro de arma de fogo na região da axila direita, vindo a render, ato contínuo, o funcionário Gilson, ameaçando-o de morte, além das outras funcionárias. Em seguida, obrigou Gilson a lhe entregar o dinheiro, cheques e demais objetos, efetivando a subtração, fugindo logo após do local, quando então foi providenciado socorro médico à vítima.

O acusado foi intimado da sentença às f. 159/160 e 165/166.

Em suas razões de f. 167/180, alega o apelante, preliminarmente, deficiência de defesa,

pois, além de convocados policiais civis para depor na audiência, a própria vítima não deu certeza absoluta quanto ao reconhecimento do elemento que assaltou o motel e lhe desferiu o tiro de arma de fogo, sendo ainda duvidoso o reconhecimento realizado na Delegacia, uma vez que não foram ofertadas todas as garantias legais, não se sabendo nem mesmo o motivo da prisão do recorrente, além de frágeis e evasivas as provas para a determinação da autoria. No mérito, aduz que o acusado somente deve ser condenado quando o juízo, na forma legal, tenha estabelecido os fatos que fundamentaram a sua autoria e culpabilidade com a completa certeza, não podendo ser aplicada a pena sem que a prova exclua qualquer dúvida razoável, pois, caso subsista dúvida, deve o réu ser absolvido.

Contrariedade, às f. 181/187, em óbvia infração, indo os autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, que exarou o r. parecer de f. 193/194, opinando pelo desprovimento do recurso.

Conheço do recurso por presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Preliminar.

É consabido que “defesa” é toda a atividade das partes no sentido de fazer valer, no processo penal, seus direitos e interesses, não só quanto à atuação da pretensão punitiva, como também para impedi-la, conforme sua posição processual.

Ocorrerá a deficiência de defesa quando o acusado provar que ficou privado dos direitos e garantias constitucionais trazidos pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, o que, a meu sentir, não ocorreu nos autos.

Basta uma atenta análise do processo para se certificar de que o Defensor Público nomeado ao apelante, Dr. Evaldo Gonçalves Cunha, participou de todos os atos instrutórios, vindo a apresentar a defesa prévia de f. 96 e a acompanhar o acusado em todos os atos, inclusive inquirição de testemunhas, só não tendo sido o subscritor das alegações finais de f. 138/144.

Portanto, observou-se ao réu, através de seu defensor, o devido processo legal, com ampla defesa e obediência ao contraditório. Presentes esses elementos, não há falar em dano, uma vez que a decisão condenatória, por si só, não é suficiente para caracterizar o prejuízo, sendo de se estranhar a alegação do subscritor dessas razões recursais de que a defesa feita foi “negligente, improvisada e ineficiente”, pois nos leva a crer que está querendo diminuir o valor do próprio trabalho exercido.

Este é o enunciado da Súmula do Supremo Tribunal Federal, nº 523:

No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

Também, assim se manifesta a jurisprudência:

Processo penal. Nulidade. Inexistência. Defesa efetiva. Penal. Tráfico. Prova. Inexistência. Desclassificação de porte para uso próprio. Apelo provido, em parte. 1. Não há falar em deficiência ou ausência de defesa se o advogado do acusado participou efetivamente do processo, oferecendo defesa prévia, inquirindo a todas as testemunhas e oferecendo extensas alegações finais, em prol da absolvição do cliente (TJMG, 3ª C. Crim., Ap.Crim. 000.219.088-2/00, Rel. Des. Roney Oliveira, j. em 26.06.01).

*Habeas corpus*. Inépcia da denúncia. Ausência de defesa. Pena-base. Fixação. Circunstâncias agravantes. Causas de aumento da pena. Concurso de pessoas e emprego de arma de fogo no crime de roubo. Art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal. Vícios inocorrentes. (...) 2. Inocorrência de deficiência de defesa, já que o paciente foi defendido por advogado que atuou diligentemente no patrocínio da causa (STF, 1ª T., HC 73.766/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 06.09.96).

Por esses motivos, rejeito a preliminar de ineficiência de defesa, passando à análise das demais questões argüidas no exame meritorial.

O Sr. Des. Walter Pinto da Rocha - De acordo.

O Sr. Des. Eli Lucas de Mendonça - De acordo.

O Sr. Des. William Silvestrini - Mérito.

Ao contrário do entendimento do apelante, verifico, pela análise detida dos autos, que a MM. Juíza sentenciante, ao avaliar as provas, decidiu corretamente por condená-lo, estando presentes as elementares do crime que lhe fora imputado, haja vista sua confissão na fase extrajudicial (f. 51/53), embora na judicial tenha se retratado (f. 77/78), além da prova da materialidade corporificada pelo BO de f. 6/7, laudo médico pericial de f. 69/70 e depoimentos da vítima e testemunhas.

O tipo penal do art. 157, § 3º, do Código Penal, imputado ao apelante, assim está descrito:

Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência à pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

(...)

§ 3º. Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de 7 (sete) a 15 (quinze) anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, sem prejuízo da multa” (grifo nosso).

Verifica-se que o próprio recorrente, na fase policial, confessou com riqueza de detalhes os atos por ele praticados (f. 51/53) e, apesar de ter se retratado de suas declarações no interrogatório judicial (f. 77/78), seu depoimento na fase inquisitorial esclareceu de forma convincente como ocorreu o crime.

Estas foram as narrativas de Wilson da Costa Carvalho na delegacia:

...não se recorda ao certo da data, sabe que ocorreu em meados do final do ano passado, o declarante tinha em sua posse um revólver calibre 38, sem saber de outros dados, que estava precisando de dinheiro, se dirigiu até aos fundos do Motel denominado Skala (...); que aguardou por um certo tempo (...), não sabendo a hora, pulou o muro do motel, que estava sem máscara, que, quando estava

entrando no corredor, passando da área externa para a área da recepção, encontrou com um rapaz, o qual deu um grito ao ver o declarante, que o declarante já estava com a arma engatilhada (...), se assustou e ocorreu um disparo contra a vítima, de forma acidental; que, em seguida, passou para a recepção, onde rendeu outras três pessoas (...), dali levou o dinheiro que beirava quinhentos reais (f. 51/52).

Embora na fase judicial de seu interrogatório, como é natural em crimes como os da espécie, tenha o apelante se retratado daquela confissão, alegando que foi agredido pelos policiais e que estava em casa no momento dos fatos, tal retratação e negativa não podem e não devem ser aceitas para o efeito a que se pretende, muito mais porque nenhuma prova no sentido de ter sofrido algum tipo de agressão pelos policiais foi produzida a fim de ilidir aquela declaração de culpabilidade realizada na fase extrajudicial e, assim, confirmar a negativa de autoria.

Também a jurisprudência dominante tem reiteradamente decidido que a confissão vale não pelo lugar onde é prestada, mas por seu próprio teor, sempre que confirmada pelo restante do conjunto probatório. A propósito, cito alguns julgados, inclusive do STF:

- As confissões feitas no inquérito policial, embora retratadas em juízo, têm valor probatório, desde que não elididas por quaisquer indícios ponderáveis, mas, ao contrário, perfeitamente ajustáveis aos fatos apurados.
- As confissões feitas na fase do inquérito policial têm valor probante, desde que testemunhadas e não sejam contrariadas por outros elementos de prova (RTJSTF 91/750).

Agente que, em fase inquisitorial, confessa livremente a prática do delito. Posterior retratação em Juízo. Inocência pretendida. Impossibilidade. Condenação mantida. Mostra-se insuficiente para embasar sentença absolutória a simples retratação em Juízo, a confissão feita na fase inquisitorial, quando esta for corroborada pelos demais elementos de prova constantes dos autos (TACrimSP, 1ª Câmara, Ap. 542.299/1, Rel. Juiz Silva Rico, RJDTCrim 3/162).

No mesmo sentido: TACrimSP, Apelações 1.043.531, 1.044.101, 1.045.067, 1.045.779,

1.046.729, 1.048.213, 1.050.849, 1.053.829, 1.054.721, 1.055.903 etc.

Ensina o festejado Magalhães Noronha:

Retratação tem efeitos relativos: ela não prevalece sempre contra a confissão, pois o Juiz formará sua convicção através do conjunto de prova. A regra no procedimento penal, entre nós é o acusado confessar o delito na polícia e retratar-se no interrogatório judicial, alegando sempre ter sido vítima de violências daquelas. Entretanto, essa retratação, desacompanhada de elementos que a corroborem, não desfazá os efeitos da confissão extrajudicial, se harmônica e coincidente com os outros elementos probatórios (*Curso de Direito Processual Penal*, São Paulo: Saraiva, 1966, p. 147 - grifei).

Oportuno seja lembrada a orientação jurisprudencial segundo a qual:

...a presunção é, sempre, em favor da autoridade policial ou judiciária. O que se presume é, realmente, a imparcialidade, a correção, a lealdade, a lisura. Precisamente, a exceção é que exige prova cabal. Quem acusa a autoridade de arbitrária; de capaz de coagir para extorquir confissões contra a verdade, de forjar depoimentos, de compelir a assinar o que o réu não disse, está no dever de oferecer provas, pois a acusação é das mais graves, é das mais repugnantes... (Ac. TJ do Distrito Federal, Apel. Crim. 5371, Rel. Des. José Duarte - *in* Plácido Sá Carvalho, *Código de Processo Penal*, p. 182).

De mais a mais, pelas declarações da vítima perante a autoridade policial, obteve-se prova sólida e incontestável de que Wilson foi o executor do crime, não havendo qualquer hesitação quanto à sua atuação na empreitada criminosa, visto que, na oportunidade em que foi chamada a fazer o reconhecimento na delegacia, sem titubear, identificou o acusado (f. 38/39), servindo assim como um importante e seguro elemento de prova, formando um todo coerente e logicamente harmônico, designativo de sua participação e responsabilidade criminal no evento criminoso.

Quanto ao auto de reconhecimento, não há falar em ausência do procedimento do art. 226 do Código de Processo Penal, visto que

todas as formalidades legais foram obedecidas, valendo o instrumento como um elemento de convicção do julgador, pois o que se visa é a prova de sua identidade física, com o que se tem um objeto de prova introduzido no processo.

Dessa forma, o fato de a vítima ter demonstrado receio em confirmar, em Juízo, o reconhecimento do apelante (f. 95), suas palavras não deixarão de ter importância, pois se sabe que a maioria dos delitos patrimoniais são cometidos às ocultas, sem testemunhas, em que, geralmente, ficam frente a frente somente a vítima e o agente do crime. Assim, em tais circunstâncias, a palavra da vítima é de suma relevância para o deslinde da questão, já que, sem a presença de testemunhas, e sendo seguros e coerentes, os seus depoimentos têm mais credibilidade que as declarações do acusado, ainda mais quando em consonância com outros elementos probatórios, a tornar mais do que suficientes para ensejar um decreto condenatório.

Deve-se levar em consideração, no presente caso, que Ivan Ferreira Silva, na época com 25 anos de idade, foi vítima de um crime cometido com violência, estando o autor portando um revólver, o qual, sendo visto por aquele, veio a lhe desferir um tiro de arma de fogo sem hesitar, acabando por atingir a medula da vítima, tornando-a paraplégica. Assim, embora não tenha tido dúvida em fazer o reconhecimento do apelante na delegacia (auto de reconhecimento de f. 38/39), é certo que toda essa situação veio a causar grande temor à vítima, mostrando-se natural sua hesitação na ratificação do reconhecimento, ainda mais quando, em Juízo, frente a frente com seu algoz, se apercebe que o seu depoimento é que poderá definir a situação do acusado.

Oportuno seja trazida a lume a orientação jurisprudencial:

- Em sede de crimes patrimoniais, o entendimento que segue prevalente, sem nenhuma razão para retificações, é no sentido de que a palavra da vítima é preciosa no identificar o autor de assalto (*JUTACrim* 95/258).
- Em delitos de furto e roubo, é manifesta a relevância probatória da palavra da vítima,

especialmente quando descreve, com firmeza, a cena criminosa e reconhece, com igual firmeza, o meliante. A fala da vítima tem a mesma validade para absolver comparsa, por ela expressamente inocentado de eventual participação no crime praticado pelo réu condenado (*JUTACrim* 86/226).

- Não se diga que o depoimento isolado da vítima não tenha valor probante. Desde que se trate de pessoa idônea, sem qualquer animosidade específica contra o réu, não se poderá imaginar que a vítima vá mentir em Juízo e acusar um inocente (*JUTACrim* 90/318).

- Em sede de crimes patrimoniais, especialmente aqueles cometidos na clandestinidade, presentes apenas os agentes ativo e passivo da infração, o entendimento que segue prevalecendo, sem qualquer razão para retificações, é no sentido de que, na identificação do autor, a palavra da vítima é de fundamental importância (*JUTACrim* 91/407, vide ainda: *RT* 618/304).

Ressalto que o julgador não pode desprezar a prova colhida na fase preambular do inquérito policial, bem como não se pode louvar apenas na colhida na fase judicial para se concluir pela culpa ou pela inocência do acusado, devendo todas elas ser sopesadas pelo magistrado, sempre à luz do complexo delas, isto é, do conjunto daquelas obtidas no inquérito policial, corroboradas ou não na fase de instrução judicial.

Sobre o assunto, a jurisprudência não deixa dúvidas:

- É de se reconhecer como válida, para fins de condenação, a prova produzida tão-somente em inquérito policial se, oferecida em Juízo como suporte instrutório da peça vestibular, for permitida à defesa plena possibilidade de contrariá-la. Impõe-se a solução, porque desse modo satisfeita se encontra a garantia constitucional do contraditório. De se considerar, aliás, que algumas provas do âmbito policial se tornam logo definitivas, não podendo ser repetidas (*TACrimSP*, Rev., Rel. Juiz Valentim Silva, *JUTACrimSP* 29/53).

- A prova policial, inquisitória, só deve ser desprezada, afastada, arredada, como elemento válido e aceitável de convicção, quando

totalmente, absolutamente, ausente prova judicial confirmatória, ou quando desmentida, contrariada ou nulificada pelos elementos probantes colhidos em juízo, através de regular instrução (TJSP, Ap., Rel. Des. Silva Leme, j. em 10.08.87, RT 622/276).

Para corroborar tal entendimento, importantes foram os depoimentos das testemunhas (f. 10/11, 12/13, 19/21, 28/29, 30/31, 54/55, 91/94), bem como do Policial Civil, Fabiano F.P., e do Delegado de Polícia, Dr. Cândido M.C., colhidos na fase de instrução judicial (f. 124, 125), visto que suas informações foram fortes, coerentes e convincentes no sentido de imputar ao acusado a autoria do crime, tendo esses policiais presenciado a identificação dele tanto pela vítima quanto pela testemunha Nilda, esta última realizada por fotografia, em virtude de anterior reconhecimento em entrevista na televisão.

Insta esclarecer que os depoimentos policiais são isentos de parcialidade, devendo ser levados em consideração, pois não têm qualquer interesse em prejudicar inocentes, apenas relatam o ocorrido. Não sendo carreada aos autos nenhuma prova a respeito da alegada "trama" articulada pelo Delegado e pelo Policial Civil Fabiano para incriminar o recorrente, vê-se que a possibilidade de o crime ter ocorrido de outro modo ou de ser atribuído a outro agente ficou excluída, uma vez que, não tendo fornecido elementos a comprovar fatos que a infirmem, há provas mais do que suficientes de sua atuação para ensejar a condenação.

Pertinente lembrar a validade desses depoimentos:

- O depoimento de policiais constitui prova de valor a embasar decreto condenatório, mormente quando corroborado pelos fatos colhidos por conjunto probatório robusto e estreme de dúvidas (RDJ 16/306).

- Preconceituosa é a alegação de que o depoimento de policiais é sempre parcial, uma vez que, não estando eles impedidos de depor, o valor probante de suas palavras não pode ser sumariamente desprezado, máxime quando estas se harmonizam com os demais elementos colhidos no processo e nada indique que

tivessem eles a intenção de prejudicar inocentes (TACrimSP, Ap. Rel. Juiz Gonzaga Franceschini, RJD 18/80).

- Os funcionários da Polícia merecem, em seus relatos, a normal credibilidade dos testemunhos em geral, a não ser quando se apresente razão concreta de suspeição. Enquanto isso não ocorra e desde que não defendam interesse próprio, mas ajam na defesa da coletividade, sua palavra serve a informar o convencimento do julgador (TJSP, Rec., Rel. Des. Jarbas Mazzoni, RT 668/275).

Desse modo, caberia ao acusado provar sua não-participação no crime, o que não foi feito, pois ele apenas negou os fatos – ônus que lhe cabia –, ante o que expressa o art. 156 do Código de Processo Penal (a prova da alegação incumbe a quem a fizer), quando o órgão de acusação cumpriu com sua parte ao demonstrar a prática do fato e sua autoria, em vista das próprias informações fornecidas pela vítima e testemunhas. Não demonstrando o recorrente, de forma verossímil, prova excludente de sua ilicitude, mantendo-se inerte absolutamente, verifica-se que a prova policial não fora abalada por elemento probatório obtido no sumário da culpa, sobrando a única conclusão possível, qual seja a manutenção de sua condenação.

Este é o entendimento jurisprudencial:

- Nenhuma prova a seu favor trouxe o apelante aos autos, limitando-se apenas a se escorar em alegações orais, sem qualquer sustentação, incapazes de suportar um confronto com o que nos autos lhe é adverso e que está, de forma infismável, a demonstrar ter ele cometido o delito pelo qual se viu condenado no presente feito (TAMG, 2ª Câmara, AC 264.548-3, Rel.a Juíza Myriam Saboya, j. em 10.08.99).

Diante disso, não resta alternativa senão manter a condenação de Wilson da Costa Carvalho nas iras do art. 157, § 3º, c/c o art. 14, II, do CP, passando-se agora à análise da dosimetria das penas.

Pode-se observar que a MM. Juíza a qua não se utilizou, na primeira fase, somente das circunstâncias judiciais aludidas no art. 59 do

CP, vindo a considerar a reincidência como critério de fixação das penas-base, quando se trata de agravante legal, a teor do art. 61, I, do CP, a ser observada somente na segunda fase.

Todavia, mesmo não atendendo a Julgadora ao método trifásico exposto no art. 68 do CP, entendo que tal equívoco pode ser corrigido neste julgamento, sem necessidade de se anular o *decisum* para que se proceda a um outro exame apenas para se chegar ao cálculo das penas definitivas, já que suficiente apenas sua reestruturação.

Esse é o entendimento jurisprudencial:

- A reincidência, enquanto circunstância legal, não pode ser também considerada pelo magistrado sentenciante na definição da pena-base. Esse procedimento judicial, caso configurado, traduziria ofensa ao método trifásico consagrado pela Lei 7.209/84 (STF, HC 70.375-5, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 24.06.94, p. 16.648).

- A teor do art. 61, I, do Código Penal, a reincidência consubstancia circunstância legal agravante, não podendo ser considerada como critério para a fixação da pena-base (STF, 2ª T., HC 75.889-5, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 17.03.98, DJU de 19.06.98, p. 2).

Assim, considerando a análise das circunstâncias judiciais estabelecidas na sentença, mesmo com o decote da parte que fez referência à reincidência, verifico que continuam desfavoráveis ao réu, motivo por que fixo as penas-base pouco acima do mínimo legal, ou seja, em 20 anos e dois meses de reclusão e 11 dias-multa, no valor unitário legal.

Ademais, réu nenhum tem o direito público subjetivo à apenação mínima, sendo a pena suficientemente justificada, nos limites da cominação. Daí correta a sua fixação um pouco acima do limite, já que não está presente a favor do réu, como acima citado, a totalidade das circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do CP.

Na segunda fase, faz-se presente a atenuante de confissão espontânea, realizada na fase extrajudicial, o que aqui reconheço, como

a agravante de reincidência (CAC de f. 145). Todavia, sendo ambas as circunstâncias como “legais e obrigatórias”, como também “preponderantes”, de acordo com o art. 67 do CP, elas se anulam e/ou se compensam, por demonstrar a confissão espontânea um aspecto positivo da personalidade do agente. Deve prevalecer, portanto, aquela subjetiva favorável ao acusado sobre a contrária que venha prejudicá-lo.

Passando para a terceira e última fase, faz-se presente uma causa de diminuição de pena prevista na Parte Geral de nosso Estatuto Penal, qual seja a do art. 14, II, do CP, que se refere à tentativa. Assim, aplicando-a, reduzo as reprimendas no mínimo de 1/3, tendo em vista que o crime não se consumou por vontade do agente, mas pelo fato de a bala não ter atingido órgão vital da vítima, passando as sanções ao importe final de 13 anos, cinco meses e 10 dias de reclusão mais sete dias-multa, no valor unitário legal.

Por fim, quanto ao regime de cumprimento, surge aqui uma questão peculiar, haja vista que, como consabido, o delito de latrocínio é considerado crime hediondo e, em virtude disso, há de ser cumprido integralmente em regime fechado.

Ante tais fundamentos, hei por bem rejeitar a preliminar argüida, dando parcial provimento ao recurso, para reestruturar as penas de Wilson da Costa Carvalho para 13 anos, cinco meses e 10 dias de reclusão, no regime integralmente fechado, e sete dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo, na falta de elementos para a apreciação de sua capacidade econômica, mantendo, no mais, a r. sentença hostilizada em seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Walter Pinto da Rocha - Disse a vítima, em seu depoimento, que, após o tiro, o réu colocou o capuz. Agindo segundo sua vontade, conseguiu o resultado desejado, consumando-se o roubo (f. 48).

Disse o réu, na polícia, que não atirou na vítima. Esclarece que, passando pela área da recepção, encontrou-se com um rapaz, o qual deu um grito ao ver o declarante; que o declarante já estava com a arma engatilhada com o percussor puxado, pronto para atirar, assustou-se e ocorreu o disparo contra a vítima, de forma acidental.

Frisou que não se lembrava dos fatos, porque estava muito “chapado”, enquanto a vítima declarava que, tão logo o réu a viu, apontou a arma e atirou. Conclusão: não houve, realmente, uma confissão na polícia, a partir do momento em que o réu declarou que o tiro foi acidental.

Em Juízo, o réu afirmou que não foi o autor da tentativa de latrocínio ocorrida no motel e que não confirma seu depoimento na polícia.

Na verdade, penso que somente teria sentido o reconhecimento da confissão na fase do inquérito se fosse declarada sua ação no sentido de atirar na vítima, e isso não ocorreu. Disse que o tiro foi acidental; então, não confessou.

Mesmo assim, sendo coerente o conjunto probatório, o que por outras palavras estaria a confirmar o desenvolvimento da instrução, visto como registro positivo da análise daquela declaração, ainda que retratada na 2ª fase, em Juízo, mas não é o que aconteceu.

Com esse entendimento, pedindo vênias ao em. Desembargador Relator, divirjo nessa parte, para manter a condenação constante da sentença, f. 157, negando provimento à apelação.

O Sr. Des. Eli Lucas de Mendonça - Divirjo do eminente Relator quanto ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea para o apelante Wilson da Costa Carvalho.

É que, como no caso, se o réu se retrata no interrogatório judicial, não se credencia à obtenção do benefício da circunstância atenuante.

De fato, quem se retrata desdiz o que antes afirmara. “É, assim, a ação de *dar por não dito* ou *o feito por não feito*”. Juridicamente, sem

fugir ao sentido etimológico, depois de haver dito ou feito alguma coisa, declara *retirar* ou *revogar* o que dissera ou fizera, com a intenção de *destruir* ou *anular* os efeitos jurídicos que a manifestação de sua vontade ou a prática de seu ato poderá produzir” (De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 717, verbete “Retratação”) – grifos no original.

Nesse sentido é a jurisprudência:

- Não se beneficia da circunstância atenuante obrigatória da confissão espontânea o acusado que desta se retrata em juízo. A retratação judicial da anterior confissão efetuada perante a polícia judiciária obsta a invocação e a aplicação da circunstância atenuante referida no art. 65, III, do Código Penal (STF, HC 69.188/SP, DJU de 26.03.93, p. 5.003).

Confissão espontânea. Réu que vem a se retratar em juízo. Não se beneficia da circunstância atenuante da confissão espontânea perante a autoridade policial o réu que, em juízo, vem a se retratar (TAMG, RT 742/700).

*In casu*, a confissão extrajudicial não foi essencial ao deslinde da causa, visto que o acusado foi identificado pela vítima e por várias testemunhas. Ademais, a retratação em Juízo demonstra a intenção do réu de atrapalhar a elucidação dos fatos e a apuração da verdade real.

A atenuante da confissão deve ser reconhecida quando as declarações do acusado, admitindo a autoria do delito, ainda que nada influencie no desfecho condenatório, comprovem que o autor reconhece sua conduta como ato pessoal e que pretende ajudar na busca da verdade real, limitando o risco de erro do Judiciário, circunstâncias que não ocorreram no caso presente, ante a retratação da confissão em Juízo.

Embora não desconheça manifestações em sentido diverso, vem a talho o seguinte entendimento jurisprudencial:

- O réu que mente ao Juiz durante o interrogatório judicial demonstra tão intensa deslealdade processual que não se credencia à obtenção do

benefício da circunstância atenuante da confissão; o simples fato de o Juiz invocar como um dos fundamentos da condenação a confissão policial retratada não torna a sentença contraditória, por não ter aplicado a atenuante pleiteada (STF, RT 761/533).

Por isso, respeitosamente, não reconheço em favor do réu/apelante o benefício da atenuante da confissão espontânea.

Lado outro, a meu modesto sentir, a MM. Juíza sentenciante não levou em consideração a agravante da reincidência para a elevação das penas na primeira fase de sua fixação. Observo, f. 156, que a Magistrada apenas aponta a reinci-

dência como elemento configurador da personalidade do réu voltada à prática de crimes.

Logo, a circunstância judicial desfavorável da personalidade do agente conduziu à elevação das penas, e não à reincidência, que foi devidamente considerada como agravante na fase própria para sua aplicação.

Mantenho, pois, as penas fixadas na sentença ao apelante Wilson, porque se apresentam condizentes com a conduta incriminada, revelando-se suficientes à reprovação e prevenção do crime.

Acompanho, no demais, o em. Relator.

-:-:-