

## **Latrocínio - Prova emprestada - Impossibilidade - Princípio do contraditório**

Ementa: Penal. Latrocínio. Utilização de prova emprestada. Impossibilidade. Inobservância do princípio do contraditório. Prova inquisitiva não ratificada em juízo. Absolvição. Necessidade. Melhor solução. Pronunciamento do *non liquet*. Recurso provido.

- A prova acostada nos autos colhida em outro processo deve ser desconsiderada porquanto não observado o princípio do contraditório.

- Existindo apenas prova inquisitiva não ratificada em juízo, sendo a autoria negada pelo apelante a absolvição é medida que se impõe.

Recurso provido.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0241.08.028092-8/001 - Comarca de Esmeraldas - Apelante: Gerson das Chagas Silva - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corréus: Washington Ferreira Gualberto, Fabrício Gonçalves Pedra - 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.

Belo Horizonte, 23 de novembro de 2010. - *Pedro Vergara* - Relator.

## Notas taquigráficas

DES. PEDRO VERGARA - Cuida-se de ação penal pública promovida pelo Ministério Público contra Fabrício Gonçalves Pedra, Washington Ferreira Gualberto e Gerson das Chagas Silva como incurso nas sanções do art. 157, § 3º, e os dois primeiros ainda no art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal.

Narra a denúncia que, no dia 7 de agosto de 2008, por volta de 14 horas, no local denominado por Rua São José, nº 244, Centro, na Comarca de Esmeraldas, o apelante e demais corréus, juntamente com os inimputáveis G.R.M. e L.S.A., se dirigiram para a fazenda de propriedade da vítima Geraldo do Amaral Costa, oportunidade em que a surpreenderam e, mediante o emprego de arma, anunciaram o assalto e, após a vítima ser agredida por Gerson com uma ferramenta, foi alvejada a tiros que lhe causaram lesões que foram a causa eficiente de sua morte (f. 04/06).

Consta ainda da exordial que, após a prática delitiva, os denunciados Fabrício e Washington, juntamente com o menor L.S.A., constrangeram uma moradora da região a acionar um táxi, subtraindo os mesmos, mediante grave ameaça exercida pelo emprego de arma, o veículo, levando o taxista como refém, tudo conforme inquérito policial em anexo (idem).

Recebida a denúncia, o processo foi desmembrado em relação ao apelante (f. 94 e 94/95).

O apelante foi citado e apresentou defesa preliminar de f. 206/207 (f. 203).

As testemunhas arroladas foram ouvidas, interrogando-se o apelante, nada requerendo as partes em diligência (f. 231/236 e 237).

O Órgão Ministerial pede nas alegações finais a condenação, rogando a defesa a absolvição e, em caso de condenação, o direito de recorrer em liberdade (f. 246/250 e 251/262).

Proferida a sentença, o apelante foi condenado nas sanções do art. 157, § 3º, parte final, à pena de 30 (trinta) anos de reclusão e ao pagamento de 100 (cem) dias-multa, sobre 1/30 (um) trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato no regime fechado (f. 264/273).

Inconformado com a decisão, recorreu o apelante, pretendendo preliminarmente o desentranhamento de provas e no mérito a absolvição ou alternativamente a redução da pena, o afastamento da majorante do art. 61, inciso II, alínea h, do Código Penal e a fixação de honorários, rogando o *Parquet* o desprovemento do pleito, manifestando-se a Procuradoria-Geral de Justiça de igual forma (f. 276/293, 295/301 e 316/323).

É o breve relato.

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

II - Das preliminares - O apelante alega, preliminarmente, a necessidade de desentranhamento das

provas acostadas às f. 96/177, com exceção dos depoimentos ratificados em juízo.

A defesa, todavia, não almeja nulidades, pleiteando na verdade apenas a absolvição, em decorrência da impossibilidade de lastrear a condenação nas referidas provas.

Como a preliminar arguida se refere ao mérito e nele podendo influir, analisarei o pedido em momento oportuno.

Inexistindo, portanto, qualquer nulidade tampouco causa de extinção da punibilidade, passo à análise do mérito.

III - Do mérito - Cuida-se de delito de latrocínio cuja norma penal incriminadora se encontra insculpida no art. 157, § 3º, parte final, do Código Penal.

Resume-se a questão à análise da possibilidade de absolvição em decorrência do desentranhamento de determinadas provas ou alternativamente o afastamento da agravante do art. 61, inciso II, alínea h, do Código Penal e a redução da pena fixada.

A defesa, como já mencionado, pleiteia o desentranhamento de prova constante nas f. 96 a 177, ressaltando as ratificadas na fase judicial.

Razão a socorre.

O apelante e demais corréus foram denunciados nos autos nº 0241.08.027169-5.

O apelante, contudo, deixou de figurar como parte nos referidos autos, uma vez que desmembrado o processo em relação ao mesmo conforme se observa às f. 94/95.

Ao ocorrer o desmembramento do processo, foi determinada ainda a extração de cópia somente dos atos já praticados para a instrução destes autos.

Ocorre, todavia, que, além dos atos já ocorridos antes do desmembramento, foi juntada nos presentes autos cópia de prova colhida na fase de instrução do processo originário, conforme se observa às f. 96/177.

A referida prova não pode por sua vez ser observada *in casu*, porquanto, quando produzida, inexistia a participação do ora apelante.

Não foi nomeado ao apelante sequer defensor quando ocorreu a oitiva dos corréus e demais testemunhas.

A participação do defensor do apelante na audiência de inquirição de testemunhas, ocorrida no processo originário, se fazia imprescindível, atentando-se que os demais envolvidos apontam o apelante como o principal autor do delito.

Em juízo, os corréus ainda atribuem ao apelante a prática isolada do crime, demonstrando a existência de versões conflitantes entre os envolvidos.

Os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal desta forma foram violados.

A defesa, ademais, na primeira oportunidade que teve de se manifestar, alertou para a prova produzida em inobservância aos princípios constitucionais.

O Juiz primevo, contudo, deixou para analisar a tese levantada na defesa prévia apenas na sentença fustigada.

A prova emprestada, portanto, não deve ser considerada *in casu*.

Sobre o tema, leciona Júlio Fabbrini Mirabete:

[...] Deve-se também mencionar a denominada prova emprestada, aquela produzida num processo para nele gerar efeitos, sendo depois transportada documentalmente para outro, como o fim de gerar efeitos neste. Para sua admissibilidade no processo é necessário que tenha sido produzida em processo formado entre as partes e, portanto, submetida ao contraditório. Ada Pellegrini Grinover exige também que tenha sido produzida perante o mesmo juiz, concluindo que, na ausência desses dois requisitos, a prova emprestada é ilegítima, sendo inadmissível no processo, tanto quanto a prova obtida por meios ilícitos, a teor do inciso LVI do art. 5º da CF. De qualquer forma a prova emprestada é insuficiente, por si só, para um decreto condenatório [...] (in *Processo penal*. 16. ed. Atlas S.A., 2004, p. 282-283).

Eis a jurisprudência:

EMENTA: Apelação criminal. Roubo majorado. Condenação lastreada em elementos informativos do inquérito. Utilização de prova emprestada. Impossibilidade. - A prova obtida na fase policial terá, para ser aceita, de ser confirmada em juízo, não podendo ser isoladamente considerada para embasar a condenação, sob pena de violação aos princípios constitucionais da presunção de inocência, ampla defesa e contraditório. Inteligência do art. 155 do Código de Processo Penal. A denominada prova emprestada é aquela produzida num processo para nele gerar efeitos, sendo depois transportada documentalmente para outro, com o fito de produzir resultados neste; no entanto, para sua admissibilidade, é necessário que tenha sido produzida em processo formado entre as mesmas partes e, portanto, submetida ao contraditório, o que não é o caso dos autos. (Apelação Criminal nº 1.0351.07.079576-7, Rel. Des. Renato Martins Jacob - TJMG, data da publicação 05.03.10.)

O desentranhamento lado outro se apresenta desnecessário, acarretando a determinação do mesmo atraso para o julgamento do presente recurso.

A prova, entretanto, produzida às f. 96 a 177, com exceção das ratificadas em juízo, deve ser desconsiderada para a formação da culpa.

Com a inobservância da referida prova, verifica-se que as demais existentes no presente caso são insuficientes para manter a condenação.

As declarações prestadas pelos corréus Washinton Ferreira Gualberto e Fabrício Gonçalves Pedra no processo nº 0241.08.027169-5, e pelos menores envolvidos nos autos nº 0241.08.027120-6, portanto, não podem ser utilizadas no decreto condenatório.

Os referidos processos não possuem o apelante como parte, não sendo dessa forma oportunizados neles o contraditório e a ampla defesa, como já explicitado alhures.

Nos autos, portanto, existe apenas o depoimento do policial militar João Edmilson de Oliveira, declarando que, no momento da prisão dos corréus, os mesmos delataram o apelante (f. 232).

A única prova, portanto, judicializada que se refere ao apelante é o testemunho do referido policial, que é incapaz de embasar por si só um decreto condenatório.

A dúvida existente em relação à delação dos corréus mencionada pelo referido policial militar não pode ser eximida, porquanto não foram os mesmos ouvidos nos presentes autos sob o crivo do contraditório.

O apelante, ademais, nega a prática do delito, alegando que se encontrava em outro local quando dos fatos (f. 237).

A prova produzida na fase inquisitiva, que demonstra a autoria do delito por parte do apelante, não foi, portanto, ratificada em juízo, inexistindo elementos para a manutenção do édito condenatório.

Eis a jurisprudência:

Penal e processo penal. Latrocínio. Insuficiência probatória. Inquérito. Investigações não reduzidas a termo. imprestabilidade. Violação ao princípio da ampla defesa. Absolvção. Recurso defensivo a que se dá provimento. Recurso ministerial prejudicado. - Se a ação típica atribuída ao agente não passa de mera suspeita e o órgão acusatório não se desincumbe de provar a sua participação efetiva na empreitada delituosa, a absolvção constitui medida que se impõe. As evidências coletadas durante a fase do Inquérito Policial e que não foram registradas nos autos respectivos não têm qualquer validade. Recurso defensivo provido. Recurso ministerial prejudicado. (Apelação Criminal nº 1.0452.05.020997-5/001, Rel. Des. Hélcio Valentim, data da publicação 19.07.08.)

Inexistindo, portanto, outros elementos a sustentar as alegações da denúncia, a melhor solução é o pronunciamiento do *non liquet*.

O ônus da prova cabe ao Ministério Público e, se este não apresenta prova judicializada incontestada da autoria, a absolvção é medida que se impõe, em obediência ao postulado constitucional da presunção da inocência.

O advogado nomeado ao apelante requer ainda o aumento dos honorários arbitrados na primeira instância.

Acresço, portanto, aos honorários já arbitrados pelo Juiz *a quo* - R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) - o valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), devido à atuação do defensor dativo em grau de recurso.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, absolvendo o apelante nos termos do art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Expeça-se alvará de soltura em favor de Gerson das Chagas Silva se por al não estiver preso.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ADILSON LAMOUNIER e EDUARDO MACHADO.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.