

Roubo majorado - Crime tentado - Não ocorrência - Audiência - Inquirição de testemunhas - Interrogatório - Réu - Carta precatória - Ministério Público - Não comparecimento - Nulidades - Inexistência - Fixação da pena - Mínimo legal - Redução - Inadmissibilidade - Condenação mantida

Ementa: Apelação. Roubo majorado. Preliminares. Nulidade do processo. Inversão da ordem de oitiva das testemunhas. Ausência do representante ministerial em audiência. Tentativa. Inocorrência. Hipótese de delito consumado. Atenuante da confissão espontânea. Não aplicação.

- Não há que se falar em nulidade do processo por inversão na ordem de oitiva de testemunha, quando não evidenciado o prejuízo.

- Como a falta de intervenção do Órgão Ministerial aproveita à acusação, não pode a defesa invocá-la.

- O delito de roubo se considera consumado quando o agente, embora por pequeno lapso de tempo, tem a posse tranquila da coisa, sendo irrelevante que tenha sido preso alguns momentos depois do assalto, com a consequente devolução ao lesado dos bens subtraídos.

- As circunstâncias atenuantes não podem reduzir a pena-base abaixo do mínimo legal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.08.979986-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1º) Wagner Gonçalves Pimenta, 2º) Marcus Vinicius Barreto dos Santos - Apelados: Ministério Público Estado Minas Gerais - Corréu: Diego da Silva Olímpio - Relator: DES. PAULO CÉZAR DIAS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Paulo César Dias, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO PROVER OS RECURSOS.

Belo Horizonte, 1º de dezembro de 2009. - *Paulo César Dias* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PAULO CÉZAR DIAS - Marcus Vinicius Barreto dos Santos, Wagner Gonçalves Pimenta e Diego da Silva Olímpio, já qualificados nos autos, foram denunciados e processados como incurso nas sanções dos arts. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal Brasileiro, porque, no dia 25 de fevereiro de 2008, por volta das 10h, na Av. Furquim Werneck, próximo à Rua Nelson Hungria, Bairro Tupi, nesta Capital, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, subtraíram da vítima Milton de Jesus da Costa um veículo Fiat/Strada, placa HEE-6296, bem como a importância de R\$10.129,26 (dez mil cento e vinte e nove reais e vinte e seis centavos), dispostos em espécie e em *tickets*, e diversos comprovantes de utilização de cartões de crédito.

Narram os autos que o denunciado Diego conduziu os acusados Marcus e Wagner, no veículo VW/Golf, até o local dos acontecimentos, onde permaneceu na direção do veículo, pronto para garantir a fuga dos comparsas. Os acusados Marcus e Wagner desceram do veículo e se dirigiram ao encontro da vítima Milton, que embarcava no veículo Fiat/Strada. Ato contínuo, o acusado Marcus sacou a arma de fogo, apontando-a para a vítima, momento em que anunciou o assalto. De posse da *res furtiva*, os acusados Marcus e Wagner, no veículo da vítima, empreenderam fuga, enquanto o acusado Diego, percebendo que o veículo VW/Golf que pilotava não seria utilizado na fuga, também se retirou do local, sendo, porém, presos em flagrante delito após perseguição policial.

O MM. Juiz de Direito desta Capital, julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal, absol-

vendo o réu Diego por ausência de provas e condenando Marcus Vinicius Barreto dos Santos e Wagner Gonçalves Pimenta pela prática do delito do art. 157, § 2º, I e II, impondo a ambos uma pena de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto, mais o pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Inconformado, o réu Wagner apelou, às f. 328/334, aduzindo, preliminarmente, a nulidade do processo ante a ausência do representante ministerial no interrogatório do réu. Alegou, ainda, a nulidade processual em virtude da inversão na oitiva das testemunhas. No mérito, pugna pelo reconhecimento da tentativa e da atenuante da confissão espontânea.

Por sua vez, o acusado Marcus Vinicius, apelou às f. 338/341, requerendo o reconhecimento do crime em sua forma tentada.

O recurso foi devidamente contra-arrazoado (f. 343/360), pugnando, o il. representante do Ministério Público pela manutenção da sentença monocrática.

Nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria de Justiça pelo não provimento de ambos os apelos.

Conheço do recurso porque presentes todos os pressupostos do juízo de sua admissibilidade.

De início, vejo que não procedem as preliminares arguidas pela defesa do apelante Wagner.

É por demais sabido que só à parte prejudicada cabe alegar nulidade. Conforme dispõe o art. 565 do Código de Processo Penal, nenhuma das partes pode arguir a nulidade referente a formalidades cuja observância só à parte contrária interessa.

Assim, como a falta de intervenção do Órgão Ministerial aproveita à acusação, não pode a defesa invocá-la, já que não houve lesão a interesse seu.

Como lecionam Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, in *As nulidades no processo penal*, 6. ed., Ed. RT,

se a irregularidade resulta da preterição de formalidade instituída para garantia de uma determinada parte, somente esta poderá invocar a nulidade, não sendo possível à outra fazê-lo por mero capricho.

No mesmo sentido:

A ausência do Ministério Público, regularmente intimado, à audiência de interrogatório do réu e aos debates orais é inobservância de formalidade que não interessa à defesa e, por isso, não pode ser alegada por ela como causa de nulidade do processo, sobre lhe não acarretar prejuízo (CPP, arts. 563 e 565), constitui mera irregularidade funcional-administrativa (TARS - AP - Relatora Celeste Vicente Rovani - j. em 30.8.83 - RT 581/385).

Rejeito, pois, a preliminar.

A defesa do réu Wagner arguiu, também, a preli-

minar de nulidade processual em face da inversão na ordem de oitiva das testemunhas, uma vez que aquelas arroladas pela defesa foram ouvidas antes das testemunhas indicadas pela acusação.

O princípio do contraditório impõe que as testemunhas de acusação sejam ouvidas antes das de defesa. Daí a regra do art. 396 do Código de Processo Penal. Contudo, a inversão só é causa de nulidade quando há comprovado prejuízo para o réu, o que não se vislumbra nos autos.

O próprio Juiz sentenciante consignou na decisão monocrática que o depoimento da vítima, colhido perante o Juízo deprecado, não sofreria exame de culpabilidade dos agentes (f. 262).

Com efeito, nenhuma nulidade há que ser declarada, pois no caso dos autos a vítima foi ouvida via carta precatória, em que nem sempre se mostra possível compatibilizar as pautas de audiência, o que impossibilita seja observada, com rigor, a referida ordem processual.

Ademais, o MM. Juiz monocrático fixou o prazo de vinte dias para o cumprimento da carta precatória, sendo que a aludida diligência não foi cumprida a tempo. Ora, estando os réus presos, mister é o regular prosseguimento do feito, visto que a expedição de precatória não tem o condão de suspender a instrução criminal.

Nesse sentido:

A produção de prova testemunhal através de carta precatória não acarreta nulidade quando há inversão na ordem de oitiva das testemunhas, inquirindo-se as de defesa antes das de acusação, caso contrário, ter-se-ia que suspender a instrução criminal, em total desrespeito ao art. 222, § 1º, do Código de Processo Penal (TJSP - AP - 2ª Câmara - Rel. Silva Pinto, j. em 08.05.1995 - RT 719/399).

Rejeito, portanto, a preliminar arguida.

Análise, conjuntamente, o mérito recursal, uma vez que em linhas gerais apresentam as mesmas teses.

A materialidade e a autoria não estão sendo contestadas pelos recorrentes, mesmo porque devidamente comprovadas, a primeira, pelo auto de apreensão (f. 39/40), termo de restituição (f. 54), laudo pericial de eficiência e prestabilidade da arma de fogo (f. 55), laudo pericial de avaliação indireta (f. 88); e, a segunda, pelo termo de declaração da vítima (f. 12/13), pela confissão dos acusados (f. 124/126, 127/129), corroborada pela vasta prova testemunhal (f. 170/172, 173/174, 175/176, e f. 05/10).

Não há como admitir as pretensões recursais dos apelantes no sentido de verem reconhecida a modalidade tentada no crime de roubo.

In casu, não restam dúvidas de que os recorrentes, após se utilizarem de grave ameaça contra a vítima, obtiveram a posse do veículo Fiat Strada e a quantia de R\$10.129,26 (dez mil cento e vinte e nove reais e vinte

e seis centavos). De posse da *res furtiva*, os denunciados empreenderam fuga, sendo, porém, presos em flagrante delito após perseguição policial.

Com efeito, para a configuração do delito de roubo, no que tange ao lapso temporal, pouco importa se a posse da *res furtiva* foi breve ou não. O crime de roubo se consuma no instante em que o agente se torna, mesmo que por pouco tempo, possuidor da *res subtraída*.

É inquestionável que houve a consumação do crime de roubo, ocorrido no momento em que os apelantes arrebatarem a *res furtiva* da vítima, sendo irrelevante o fato de os meliantes terem sido presos logo após o cometimento do crime. Também não importa se houve a posse mansa e pacífica da mesma, pois a vítima esteve privada do controle e disposição da coisa.

Nesse sentido:

Penal. Desclassificação de roubo consumado para tentado. Impossibilidade. Desnecessidade da posse tranquila da *res furtiva*. - 1. Na compreensão da ampla maioria dos integrantes da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, a quem compete o julgamento de matéria criminal, o crime de roubo se consuma no momento, ainda que breve, em que o agente se torna possuidor da *res furtiva*, subtraída mediante grave violência ou ameaça, não se mostrando necessário que haja posse tranquila, fora da vigilância da vítima. - 2. Recurso especial provido (STJ - REsp 660145/SP - Rel. Min. Nilson Naves, j. em 12.04.2005).

No mesmo sentido, leciona o Prof. Júlio Fabbrini Mirabete:

O crime de roubo somente se consuma, como no furto, com a inversão da posse, ou seja, nos termos da jurisprudência francamente predominante, se o agente tem a posse mais ou menos tranquila da coisa, ainda que por breve momento, fora da esfera de vigilância da vítima.

Pois bem, certo é que o apelante teve, ainda que por um lapso temporal pequeno, a posse do bem subtraído da vítima, visto que foi preso em local diverso da ocorrência após perseguição realizada pela Polícia.

Portanto, é dever reconhecer que o ilustre Magistrado de primeiro grau agiu com o costumeiro acerto quando reconheceu a figura do roubo em sua forma consumada.

No que diz respeito à dosimetria da pena, entendo que a r. sentença não está a merecer qualquer reparo.

Verifica-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal em atenção às circunstâncias orientadoras da individualização da pena, deixando registrado que a maioria delas foi favorável aos réus.

A pretensão do apelante Wagner de ter diminuída a pena a quem do mínimo legal em razão do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, não procede.

Ora, se a pena-base foi fixada em seu patamar mínimo e, tendo o juiz reconhecido a circunstância ate-

nuante da confissão espontânea, porém, deixando de aplicá-la em virtude de ter sido a pena fixada no mínimo previsto, é forçoso concluir que esta não poderá ficar aquém do ali estipulado.

Inclusive, essa matéria é objeto da Súmula 231 do STJ:

“A incidência das circunstâncias atenuantes não pode conduzir a redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Por tais fundamentos, nego provimento aos recursos, mantendo na íntegra a decisão hostilizada.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS e JANE SILVA.

Súmula - RECURSOS NÃO PROVIDOS.