

ROUBO QUALIFICADO - EMPREGO DE ARMA - CONCURSO DE PESSOAS - AUDIÊNCIA - OITIVA DE TESTEMUNHA - DEFENSOR PÚBLICO - PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA - INAPLICABILIDADE - AUTORIA - VALORAÇÃO DA PROVA - CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL - DELAÇÃO - CONDENAÇÃO - ARMA DE FOGO - POTENCIALIDADE LESIVA - PERÍCIA - CAUSA DE AUMENTO DE PENA - CARACTERIZAÇÃO

- A Defensoria Pública é entidade una e indivisível, não determinando a lei processual a aplicação da identidade física a seus integrantes, de forma que a realização de audiência para a oitiva de testemunhas com a presença de defensor diferente do que fora nomeado não macula a validade do ato processual.
- A confissão extrajudicial, somada à delação de co-réu, que não se exime da responsabilidade pelo delito, torna certa a autoria, mormente quando não provado o álibi alegado - coação.
- Para o reconhecimento da comparsaria, desnecessário que o agente pratique atos de execução, bastando a contribuição para o sucesso da empreitada criminosa.
- A configuração da exasperante relativa ao emprego de arma, por seu caráter objetivo, depende, além da prova da utilização da arma, da comprovação de sua capacidade vulnerante.
- Não é necessária a comprovação da capacidade lesiva da arma para que incida a qualificadora disciplinada no art. 157, § 2º, do CP, sendo suficiente o uso do artefato para intimidar a vítima e causar-lhe maior temor (Desembargador Edival José de Moraes).

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2.0000.00.511073-0/000 - Comarca de Passos - Relator: Des. ELI LUCAS DE MENDONÇA

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 2.0000.00.511073-0/000, da Comarca de Passos, sendo apelantes Roberto

Aparecido Ribeiro e outros 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 E NEGAR PROVIMENTO.

Presidiu o julgamento o Desembargador Eli Lucas de Mendonça (Relator), e dele participaram os Desembargadores Edival José de Moraes (Revisor) e Eduardo Brum (Vogal).

Belo Horizonte, 21 de setembro de 2005.
- *Eli Lucas de Mendonça* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Eli Lucas de Mendonça* - Apelação interposta por Roberto Aparecido Ribeiro, Wendel Garcia Lima e Cássio Leandro Antônio, inconformados com a r. sentença, f. 152/166, que os condenou como incurso nas sanções do art. 157, § 2.º, I e II, do CP, às penas de cinco anos e quatro meses, regime semi-aberto, e 13 dias-multa, no mínimo legal. Negados os benefícios da substituição da pena, do *sursis* e do apelo em liberdade.

Narra a denúncia:

...em data de 07.08.04, por volta de 1h, no Posto Oásis I, de propriedade de Nilson José do Nascimento, situado na Rua Dr. Carvalho nº 99, o denunciado Wendel Garcia Lima, usando na cabeça uma touca preta tipo ninja, dirigiu-se a pé em direção ao frentista Wesley Lopes Oliveira e anunciou o assalto; contudo, como a vítima não escutou bem, indagou-lhe do que se tratava, momento em que aquele sacou uma arma de fogo, apontando-a ao frentista, e efetuou um disparo contra ele, tiro esse pegou no caixa e veio a alojar-se na parede do estabelecimento. Ato contínuo, Wendel caminhou até o caixa e subtraiu de lá cerca de R\$ 250,79, oportunidade em que Wesley e outro frentista, de nome Antônio Carlos de Oliveira, se esconderam. Ao sair do local, Wendel disparou outro tiro. Ao fugir, ele se deparou com a viatura da Polícia Militar, tendo então corrido até a Rua Cel. João de Barros, oportunidade em que, na altura da Panificadora Mamata, entrou num veículo Fiat Tempra, placa ECT-0997, onde se encontravam os demais denunciados, que o aguardavam, tendo o veículo empreendido alta velocidade, sendo perseguido por várias viaturas que já tinham sido notificadas do assalto, até que na Avenida Francisco Avelino Maia o motorista do Tempra bateu o carro. Ao saírem deste, os denunciados foram cercados e presos. Junto com Wendel foi encontrada a quantia de R\$ 191,00.

Intimações regulares.

Preliminarmente, às f. 227/228, alegam os apelantes nulidade do processo, reiterando as alegações finais de f. 139/151. No mérito, pleiteiam a absolvição por insuficiência probatória e, alternativamente, a desclassificação para roubo simples com relação ao apelante Wendel Garcia Lima e para favorecimento real quanto aos apelantes Roberto Aparecido Ribeiro e Cássio Leandro Antônio.

Apelo contra-arrazoado, f. 230/232, oportunidade em que se requer a rejeição da preliminar e, no mérito, o desprovemento do recurso, no que aquiesce a d. Procuradoria-Geral de Justiça, f. 245/246.

É o relatório.

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

Não procede a preliminar de nulidade do processo por “mácula à tipicidade de ato processual” (*sic*), argüida ao fundamento de que a audiência de oitiva das testemunhas foi acompanhada por outro Defensor Público que não o nomeado, sem colher sua assinatura. Justifico.

Observo que, quando da realização da audiência (f. 125/133), os apelantes estavam devidamente acompanhados de Defensor Público nomeado para aquele ato, o qual atestou sua presença assinando todos seus termos, assegurando o cumprimento do contraditório e da ampla defesa.

Ademais, é irrelevante que a audiência tenha sido realizada por Defensor que não aquele nomeado, pois a Defensoria Pública é entidade una e indivisível, à qual a lei processual penal não determina a aplicação do princípio da identidade física dos seus membros, que exercem o ofício em nome da instituição.

Rejeito, pois, a preliminar.

O Sr. Des. *Edival José de Moraes* - De acordo.

O Sr. Des. Eduardo Brum - De acordo.

O Sr. Des. Eli Lucas de Mendonça - Vou ao mérito.

Materialidade incontestada, comprovada pelo auto de apreensão (f. 21), termo de restituição (f. 30) e perícia do local (f. 32/35).

No tocante à autoria, é absurdo falar em ausência de provas a confirmá-la. Na verdade, ela se revela pela confissão do apelante Wendel na fase inquisitiva (f. 11). Destaco os seguintes trechos:

...Roberto sugeriu a prática de um roubo; que Roberto já tinha no interior do seu veículo uma touca preta e uma pistola; que o declarante quis relutar em praticar o roubo, porém, como está passando por dificuldades financeiras, acabou por aceitar o convite; que ficou combinado que o assalto seria praticado no Posto Oásis I, situado na Rua Dr. Carvalho, e Roberto e Cássio o aguardariam ali nas imediações, a fim de lhe dar fuga; que o declarante se dirigiu ao citado posto, tendo colocado a touca na cabeça e ocultado a arma sob sua veste; que, chegando a esse posto, se dirigiu ao caixa, onde se encontravam dois rapazes; que o declarante falou para o rapaz do caixa lhe entregar o dinheiro ali existente, e ele começou a rir para o declarante, e por isso sacou a arma e efetuou o disparo; que, após efetuar o disparo, os rapazes do posto correram para o interior do estabelecimento, ocasião em que o declarante foi até a gaveta do caixa e dali retirou todo dinheiro existente; (...) foi até o local onde seus comparsas o aguardavam e entrou no veículo, tendo Roberto empreendido fuga em alta velocidade (...); jogou o dinheiro no mato, sendo que esse dinheiro foi encontrado pelos militares e apreendido; que, em sua posse, foi arrecadada a touca preta usada na prática do roubo (...); o dinheiro obtido na prática do crime seria dividido em partes iguais... (grifei).

Nesse quadro, a confissão espontânea, exarada no calor dos acontecimentos, rica em pormenores, inclusive delatando os co-réus e com perfeito ajuste do conjunto probante, tem indiscutível valor.

A jurisprudência é pacífica em considerar como prova apta a condenar a incriminação do co-réu.

A delação do co-réu, admitindo sua participação no delito, não procurando inocentar-se e apontando, ainda, a culpa do comparsa mostra como importante elemento probatório, máxime tendo tal delação sido feita na esfera judicial, sob o crivo do contraditório (RJDTCrim, 31/247).

Assim, embora tenha se retratado em juízo, ao fundamento de que fora coagido a confessar - lesões constatadas no exame de corpo, f. 20 dos autos em apenso -, a suposta coação, *in casu*, não retira a veracidade da confissão extrajudicial, pois confirmada pela prova testemunhal, sobrevinda ao crivo do contraditório, tudo a demonstrar a autoria.

O depoimento da vítima Wesley Lopes Oliveira, f. 126/127, é totalmente convergente e firme em apontar o apelante Wendel como autor do delito:

... a máscara que o réu que chegou armado ao posto trajava era da cor preta, tipo ninja, apenas com abertura nos olhos e na boca; (...) que eu reconheço o acusado Wendel Garcia Lima como sendo o acusado que chegou armado ao posto de gasolina, pela sua altura e também por sua voz, que ouvi na presente oportunidade e tenho certeza absoluta que era ele que estava armado no dia dos fatos e efetuou os disparos de arma de fogo contra minha pessoa; que eu não tenho como reconhecer os outros dois acusados, porque eles não se encontravam no posto de gasolina no momento do assalto... (grifei).

É a jurisprudência do extinto Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais:

Depoimento da vítima. Valor probante. Ônus da prova. Em crime contra o patrimônio perpetrado na clandestinidade, a palavra da vítima tem mais credibilidade que a do acusado, ao qual compete o ônus da prova para desconstituir a autoria do delito a ele imputada (2ª Câm. Crim., Ap. Crim. nº 246.670-2, RJTAMG, 70/392).

Não é só.

O policial militar Mário Rosa Silva, f. 128, afirmou que viu os apelantes empreenderem fuga em um veículo que foi perseguido e cercado pela polícia, esclarecendo, ainda, que os fugitivos foram identificados como sendo os apelantes, Roberto Aparecido Ribeiro, Cássio Leandro Antônio e Wendel Garcia Lima, e que, na posse deste, foram apreendidos o dinheiro e a touca utilizada para cometer o crime:

...que eu posso afirmar que a vítima reconheceu o acusado Wendel como sendo a pessoa que chegou armada ao posto de gasolina, anunciou o assalto e efetivamente fez os disparos de arma contra sua pessoa; que eu reconheço todos os três acusados aqui presentes como sendo as pessoas que foram presas no dia dos fatos (...) avistaram um rapaz descendo essa rua correndo (...); viu que aquele rapaz se atirou para o interior de um veículo Fiat Tempra, cor preta, que saiu dali em alta velocidade; que a guarnição passou a perseguir aquele veículo (...); que esse veículo Fiat Tempra foi cercado na Avenida Comendador Francisco Avelino Maia, nas proximidades da Rua da Praia, onde foi abandonado por seus ocupantes, os quais foram abordados, sendo identificados como Roberto Aparecido Ribeiro, Cássio Leandro Antônio e Wendel Garcia Lima (...); na posse do conduzido Wendel foi encontrada a importância de R\$ 191,00 em dinheiro e uma touca preta, tipo "ninja", sendo que essa touca foi arrecadada no bolso da calça desse conduzido... (declarações confirmadas em juízo) (grifei).

Portanto, emerge dos autos que os apelantes agiram com unidade de desígnios e divisão de tarefas, em que cada um deles contribuiu para o sucesso da empreitada criminosa - Wendel executou a subtração e a violência contra a vítima, cabendo a Roberto e Cássio dar cobertura e assegurar a fuga -, impondo, assim, atribuir a todos os agentes a conduta incriminada.

Suficiente a prova, afasto a reclamada absolvição.

Noutro vértice, quanto à tipicidade, nego o decote das majorantes.

Considero que a circunstância prevista no inc. I do § 2º do art. 157 do CP é puramente objetiva, refere-se à arma e "tem sua razão de

ser no perigo real por que passa o ofendido no momento da realização do crime" (cf. 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.

A configuração da exasperante, por seu caráter objetivo, depende da utilização da arma e de prova que informe sua capacidade vulnerante para que se estabeleça, com a certeza necessária, que tinha aptidão para tanto no curso da execução do crime do roubo.

In casu, restaram comprovados o uso da arma e sua potencialidade lesiva, pois a vítima confirmou os disparos, e a perícia constatou, no local dos fatos, a presença de projétil.

Demais disso, eficazmente comprovado o prévio vínculo psicológico entre os apelantes, o que caracteriza o concurso de agentes.

Portanto, fica definida a tipicidade do delito de roubo majorado pelo emprego de arma e concurso de agentes, afastadas as teses defensivas da desclassificação para o crime de roubo simples e favorecimento real.

Lado outro, o crime se consumou.

Os apelantes tiveram a posse da *res furtiva*, ainda que por breve momento. Tanto assim que, após a subtração, fugiram, só sendo presos em virtude da pronta ação da Polícia Militar.

O roubo consumou-se no momento em que a vítima perdeu a posse de seu bem - ainda que tenha sido recuperada em virtude da perseguição e prisão dos apelados -, o que efetivamente ocorreu. Basta que, como no caso, tenha cessado a violência, e o poder de fato sobre a *res* tenha se transformado de detenção em posse. Não há, portanto, falar em desclassificação, pois, após a violência e a subtração da *res*, houve posse da coisa, até o flagrante.

É o norte jurisprudencial:

O roubo se consuma no instante em que o ladrão se torna possuidor da coisa móvel alheia

subtraída mediante grave ameaça ou violência. Para que o ladrão se torne possuidor, não é preciso, em nosso Direito, que ele saia da esfera de vigilância do antigo possuidor, mas, ao contrário, basta que cesse a clandestinidade ou a violência, para que o poder de fato sobre a coisa se transforme de detenção em posse, ainda que seja possível ao antigo possuidor retomá-la pela violência, por si só ou por terceiro, em virtude de perseguição imediata. Aliás, a fuga com a coisa em seu poder traduz inequivocamente a existência de posse. E a perseguição - não fosse a legitimidade do esforço imediato - seria ato de turbação (ameaça) à posse do ladrão (RT, 733/592).

O roubo está consumado no instante em que o agente se torna, mesmo que por pouco tempo, possuidor da *res* subtraída mediante grave ameaça ou violência. A rápida recuperação da coisa e a prisão do autor do delito não caracterizam a tentativa (RT, 741/594).

Ainda que assim não fosse, a eg. Terceira Seção do colendo Superior Tribunal de Justiça, recentemente, uniformizou a posição do Tribunal sobre o tema ao decidir recurso de embargos de divergência - EREsp. 235.205, Relatora Ministra Laurita Vaz -, asseverando que “a consumação do crime de roubo não requer a posse tranqüila do bem roubado, nem mesmo a saída desse bem da chamada ‘esfera de vigilância da vítima’”.

De resto, as penas fixadas para cada um dos apelantes em cinco anos e quatro meses de reclusão e 13 dias-multa, no mínimo legal, são condizentes às condutas incriminadas.

Mantenho o regime carcerário - semi-aberto - devidamente justificado na r. sentença, bem como nego a pretendida substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista o *quantum* de pena aplicado e as circunstâncias do crime (praticado mediante violência e grave ameaça).

São os fundamentos pelos quais nego provimento ao recurso, mantendo intacta a r. sentença prolatada.

O Sr. Des. Edival José de Moraes - Acompanho o voto do eminente Relator: a pre-

liminar deve ser rejeitada, já que não houve nulidade, a desclassificação não é possível, pois ficaram provadas as qualificadoras do roubo e a participação de todos os agentes, e não há como decotar a majorante relativa ao uso da arma, visto que este restou comprovado.

Confirmo as razões do Relator, discordando, entretanto, da justificativa apresentada para a negativa do decote da qualificadora referente à arma, sem, contudo, divergir da decisão do voto.

Uma vez que o dispositivo penal dá destaque ao simples uso de arma para que fique configurada a majorante, depreende-se que o intuito da norma não se liga à eventual capacidade lesiva do meio utilizado, mas ao fundado temor que a arma possa causar.

Dessa forma, não é necessária comprovação da capacidade lesiva da arma para que incida a qualificadora, sendo suficiente o uso do artefato para intimidar a vítima, causando-lhe maior temor:

O reconhecimento da causa especial de aumento de pena prevista no inc. I, § 2º, do art. 157 do CP prescinde de comprovação pericial da potencialidade lesiva da arma usada na prática delinqüencial (STJ, 5ª T., REsp. 190.593, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 18.03.99, DJU de 03.05.99, p. 171). Em sede de crime de roubo, a ausência de apreensão da arma e o exame de sua idoneidade são irrelevantes à configuração da qualificadora, uma vez que, mesmo de brinquedo, descarregado ou quebrado, o revólver qualifica o delito, valendo pelo seu poder intimidatório e quebrantamento da resistência da vítima, que é o que importa para tornar mais temível o agente e impor-lhe punição mais severa (RJD, 27/168).

Portanto, comprovado o uso de arma na empreitada delitativa, capaz de diminuir a resistência da vítima e possibilitar o sucesso da empreitada, atende-se à finalidade objetiva da lei, devendo ser considerada a causa de aumento correspondente.

Para tal comprovação, não é necessário que haja apreensão, perícia ou disparo, bastando a prova do uso da arma.

A qualificadora deveria, então, incidir no caso, mesmo na falta do disparo, visto que ficou comprovada pelos depoimentos e até pelas palavras do acusado Wendel Garcia Lima às f. 11-11v:

...que o declarante se dirigiu para o citado posto, tendo colocado a touca na cabeça e ocultado a arma sob sua veste; que, chegando a esse posto, se dirigiu ao caixa, onde se encontravam dois rapazes; que o declarante falou para o rapaz

do caixa lhe entregar o dinheiro ali existente, e ele começou a rir para o declarante, e, por isso, sacou a arma e efetuou um disparo.

Pelo exposto, acompanho o voto do Relator, ressaltando que a qualificadora da arma deveria incidir mesmo na falta do disparo, pois restou incontestado sua utilização.

Com essas razões, nego provimento ao apelo.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Eduardo Brum - De acordo.

-:-:-