

3 — O apelo dos Réus, no entanto, está a merecer provimento em parte, visto que o roubo foi, apenas, tentado.

Logo após a subtração, os Recorrentes foram capturados, ainda em estado de flagrância ficta, apreendendo-se, quando da sua prisão, todo o produto do crime.

Não houve, assim, detenção tranqüila das coisas roubadas.

Assim, com vistas ao disposto no art. 42 do Código Penal, os Apelantes deverão ser apenados na forma do art. 157 § 2º, I e II c/c 12, II do diploma penal.

Releva notar que a existência de dupla qualificadora em nada altera a configuração jurídica do crime mas deve ser considerada para o fim da dosagem da pena.

Réus primários (fls. 56 e 98), mas perigosos.

Sem agravantes.

A circunstância atenuante do art. 48. I do Código Penal não pode ser considerada pela falta da prova de idade.

A pena pecuniária, atenta, principalmente, à modesta situação econômica dos Recorrentes (fls. 15/16v e 10/20v), não merece reparo (art. 43 C.P.).

4 — Dessa forma, somos pelo conhecimento e provimento parcial dos recursos.

Esta, a nosso ver, a solução justa.

Rio de Janeiro, 19 de março de 1975.

SÉRGIO DEMORO HAMILTON — 13º Promotor Público

A P R O V O .

JORGE GUEDES — 15º Procurador da Justiça

NOTA: A Egrégia Primeira Câmara Criminal, por unanimidade de votos, deu provimento, em parte, aos recursos para, desclassificando a infração para o art. 157, § 3º, I e II c/c 12 II do Código Penal, reduzir a pena de reclusão a 3 anos e 8 meses, mantidos os demais cominações da sentença. Relator: Des. Valpo-re Calado — Revisor: Des. Jônatas Milhomens.

(in D.O.E.R.J., Parte III, de 10.7.76, pág. 5767).

COISA JULGADA EM MATÉRIA DE REINCIDÊNCIA OU PRIMARIEDADE

SECRETARIA DE JUSTIÇA
CONSELHO PENITENCIÁRIO

Processo Nº 41.535/76

NOME: Paulo Cesar da Silva (RG. 229.163)

RELATOR: Dr. Jacyr Villar de Oliveira

A consideração feita pelo juiz, na sentença condenatória, sobre a primariedade ou reincidência do réu, não faz coisa julgada. Nada impede que o equívoco do julgador, em tal ponto, seja corrigido quando da apreciação dos diversos institutos ligados à execução da pena. Votos vencidos.

P A R E C E R

1. — O penitente solicitou ao Conselho Penitenciário do extinto Estado da Guanabara comutação de pena (Dec. 73.288/73) e livramento condicional.

O Parecer (nº 443/74, de 4.06.74) lhe foi contrário, tendo o Relator, Dr. Amaro Cavalcanti Linhares, registrado que o apenado foi considerado REINCIDENTE ESPECÍFICO no processo da 7ª V. Criminal, fls. 62, razão por que não podia ser beneficiário daquele decreto, que só abrangia os primários.

2. — Após a fusão dos antigos Estados da Guanabara e Rio de Janeiro, em parecer nº 2005/76, de 26.10.1976, relatado pelo Dr. Athayde Ribeiro da Silva, novamente foi analisada a situação do apenado, já agora sob a vigência do Decreto 76.550/75. Igualmente não beneficiado o interessado porque, em virtude da reincidência apontada na sentença condenatória do juízo da 7ª V. Criminal, não havia cumprido o tempo necessário mínimo para a concessão quer da comutação do citado decreto quer do livramento condicional.

3. — As fls. 122 e verso do Processo 2698/71, da 7ª V. Criminal, o Dr. Luiz Fernando de Freitas Santos, Promotor da Vara das Execuções, verificou que houve equívoco na sentença condenatória do Juízo da 7ª V. Criminal na parte em que considerou o então réu reincidente específico (fls. 62).

Na realidade houve equívoco.

Nos termos do art. 46 do C. Penal o apenado não é reincidente: o crime objeto do processo da 7ª V. Criminal ocorreu em 22 de fevereiro de 1969, ao passo que, no processo anterior, da 24ª V. Criminal, a sentença condenatória somente transitou em julgado em 10 de novembro de 1969 (acórdão de fls. 78 do proc. 1433/70, da 24ª V. Criminal).

Em virtude da divergência havida, entre o Conselho e o Parecer do Promotor de Justiça em exercício na Vara de Execuções Criminais da Comarca da Capital, o Dr. Juiz encaminhou os autos a este Conselho, para novo parecer.

4. — Razão assiste ao Promotor de Justiça em exercício naquela Vara de Execuções Criminais.

A afirmativa do juiz, na sentença condenatória, sobre a primariedade ou reincidência do réu, não faz coisa julgada, quer formal, quer material.

O que passa em julgado é a parte dispositiva ou conclusiva da sentença: o juízo condenatório ou absolutório, devendo notar-se, ainda, no que tange à pena imposta que a própria lei admite, em certos casos, que o juízo da execução faça certas modificações ao conceder livramento condicional, suspensão condicional da pena, sem prejuízo da possibilidade de concessão de indulto, comutação ou anistia, também na forma da lei.

A Revisão Criminal, ainda, é meio hábil para a alteração de sentenças transitadas em julgado.

No caso em tela o que sofre os efeitos da coisa julgada é o pedido, vale dizer o *meritum causae*. Estão fora da incidência da coisa julgada as questões prejudiciais decididas *incidenter tantum*, os motivos e os fundamentos da sentença.

A primariedade ou reincidência é circunstância para que o juiz faça a dosagem da pena a ser imposta: o que não pode ser modificado, salvo permissão legal, é o *quantum* da pena, não qualquer fundamento ou elemento sobre os quais se baseia o julgador para fixar sua quantidade.

O próprio art. 110, § 2º, do C. P. Penal dispõe que a execução de coisa julgada "somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto da sentença".

Esse fato principal, no dizer de Frederico Marques, "outro não é que o fato material imputado ao réu, independentemente de sua qualificação jurídico-penal..." — (Elementos de D. P. Penal, 3º vol. 96.97 — 1ª edição, 1962). No mesmo sentido Fernando da Costa Tourinho Filho.

5. — Ora, se não transita em julgado, segundo nosso entendimento, a afirmação do juiz relativa à primariedade ou à reincidência, nada impede que se faça a devida correção para ajustá-la à realidade, quando se cuida de apreciar a situação do apenado para fins de análise dos diversos institutos ligados à execução da pena.

É até de inteira justiça que assim se faça, pois, muitas vezes, o penitente, por evidente erro do juiz, estará cumprindo pena em quantidade acima daquela que deveria ter sido imposta. Além disso, pelo mesmo erro, ainda ficará prejudicado quanto à concessão de indulto ou comutação de coletivos, quando exigida pelo decreto presidencial a condição de primário ou de reincidente.

Não há dúvida que o próprio condenado pode requerer ao Poder Judiciário Revisão Criminal para sanar o equívoco e suas conseqüências.

Não há dúvida, igualmente, que o Conselho Penitenciário pode, por seu lado, provocar, de ofício, a correção necessária através de ato do Presidente da República, via permitida também ao próprio penitente.

6. — O penitente cumpre penas totalizando dez anos e oito meses de reclusão. Está preso desde 16.03.1969. Possui bom comportamento carcerário. Inexiste medida de segurança. É primário. Faz jus à comutação da pena, na proporção de 1/5 (um quinto), por força do Decreto 76.550/75. Por satisfazer aos requisitos legais exigidos pelo C. P. Penal deve ser concedido ao mesmo o livramento condicional.

Rio, 30 de dezembro de 1976.

Relator: JACYR VILLAR DE OLIVEIRA.

HERANÇA E LEGADO

Proc. 33.371
2ª VOS, 3º Of.

Esta Curadoria de Órfãos toma ciência, no dia de hoje, do despacho de fls. 54.

Cuida-se da sucessão de Olina Dias Couto, falecida em 4 de março de 1974, no estado civil de viúva, deixando três filhas legítimas. Existe testamento, lavrado em Notas do 10º Ofício desta cidade, Lº 891, fls. 9, consubstanciando manifestação de vontade da testadora, aos 13 de junho de 1952 (fls. 30/32). Dentre as disposições testamentárias, avulta, por relevante, a que instituiu Zilda Leite Borges, sobrinha de Olina, "sua legatária, a fim de que sejam os bens partilhados em partes iguais entre seus filhos e sua referida sobrinha, tomando por base todos os bens a partilhar, quer da parte disponível, quer da parte legítima, os quais, bens, serão vendidos e a quantia apurada dividida igualmente entre os herdeiros e a legatária" (fls. 30-vº).

Ocorre que Zilda Leite Borges faleceu em 31 de outubro de 1969 (antes, portanto, da testadora), deixando, consoante a certidão de óbito de fls. 15, dois filhos, sendo um deles, de nome Luiz Antônio, menor. Daí, a intervenção da Curadoria de Órfãos no presente feito.

Face à primeira manifestação da Curadoria de Resíduos (fls. 46 e verso), pleiteou nossa antecessora nesta Curadoria de Órfãos a intimação dos filhos de Zilda Leite Borges, observadas as formalidades de lei, para que se fizessem representar no inventário (fls. 47 e verso). Contra o despacho que determinou o atendimento a esta manifestação, insurgiu-se a inventariante, sustentando