

12. POSTO ISSO, manifesta-se a Procuradoria da Justiça, em síntese e preliminarmente, pelo não conhecimento das apelações do Ministério Público e de sua assistente ALBERTINA DE CARVALHO (itens 2º/8º) e rejeição do pedido apreciado nos nºs 9º/10. No mérito, pela reforma da sentença apelada e decorrente condenação de DALVA DE PAULA PEREIRA.

Rio de Janeiro, março de 1976

MÁRIO PORTUGAL FERNANDES PINHEIRO — (Assistente)

APROVO O PARECER

Rio de Janeiro, março de 1976

MÁRIO TOBIAS FIGUEIRA DE MELLO — 29º Procurador da Justiça.

CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. ROUBO TENTADO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 62.428/75

1ª CAMARA CRIMINAL

APELANTES: Alberto José da Silva e outro.

APELADO: Ministério Público.

— É destituída de valor a confissão extrajudicial, quando o curador nomeado deixa, efetivamente, de assistir às declarações do indiciado, limitando-se a assinar o auto de prisão em flagrante. A lei, ao exigir a presença do curador na fase pré-processual, teve em mira a relativa incapacidade, nos termos da lei civil, do menor de 21 anos e maior de 18.

— A falta de curador, no flagrante inquisitivo, não contamina a ação penal, fazendo, apenas, com que a notitia criminis detre de ser coativa. Ausência de nulidade.

— Roubo tentado. Se, após a subtração, o agente vem a ser perseguido e, logo depois, preso, não há falar em crime consumado, pois não chegou ele a estabelecer seu poder de fato sobre a coisa, poder que só se exerceria com a detenção tranqüila da res furtiva.

— Ausência de colisão de interesses na defesa dos réus. O fato de os réus apresentarem declarações dispares sem, no entanto, se acusarem de forma recíproca, não impede que um só curador venha a assisti-los quando do interrogatório.

— O reconhecimento de pessoa pode ser feito sem observância do disposto na lei processual penal desde que encontre base em outros elementos de instrução. O princípio do livre convencimento. A lição do Professor José Frederico Marques.

— O recurso só pôde ser interposto por petição ou por termo. Nunca por certidão (art. 578 C.P.P.). Conhecimento do apelo, pois que a irregularidade praticada pelo funcionário não pode prejudicar o réu.

— A existência de duas ou mais circunstâncias que, insuladamente, já qualificam o crime, em nada modifica a configuração jurídica do tipo mas deve ser levada em conta na dosagem da pena.

— *Idade não se alega, prova-se. Impossibilidade, pela falta de prova adequada, do reconhecimento da atenuante contemplada no art. 48, I do Código Penal.*

## P A R E C E R

### 1 — Do conhecimento do recurso.

O apelo merece ser conhecido.

Cientes da sentença em 3-1-75 (fls. 16), naquele mesmo dia, manifestaram os Apelantes seu desejo de recorrer através da certidão de fls. 116.

O recurso, porém, não ganhou tratamento processual adequado, pois não existe, em nosso processo, apelação por certidão.

Como de conhecimento geral, a redução de formalidades ociosas é uma tendência do direito processual moderno.

Porém, nem tanto ao mar nem tanto à terra!

Não se pode, como aqui ocorreu, admitir recurso sem observância de qualquer formalidade legal.

Nosso Código, no art. 578, deixa claro que o recurso será interposto por petição ou por termo.

Muito se discutiu, em priscas eras, se a apelação precisava ser reduzida a termo, disputa doutrinária que levou o eminente Carlos Maximiliano a afirmar que tal exigência revelava "injustificável excrecência formalística, imprópria da nossa época". (Cfr. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, Eduardo Espínola Filho, vol. VI, pág. 50, Editor Borsoi, Rio, 1961).

Aqui, embora violada a lei adjetiva, entende a Procuradoria que o recurso merece ser conhecido, apesar do vício de forma.

A culpa não decorreu dos ora Apelantes mas do cartório.

Ao deitar sabinça sobre o assunto, registra Magalhães Noronha que o princípio dominante na matéria é no sentido do aproveitamento do recurso "quando a irregularidade não for atribuível à culpa do recorrente" (in *Curso de Direito Processo Penal*, E. Magalhães Noronha, pág. 338, Edição Saraiva, São Paulo, 1971).

Por tudo que se disse, o recurso merece conhecimento.

### 2 — O mérito dos recursos e as diversas questões prévias que exigem análise cuidadosa.

Muito embora não seja da melhor técnica agrupar questões preliminares e mérito, preferimos, no caso, analisá-los em conjunto, pois, como se verá, as prévias não merecem o agasalho deste Colegiado.

O mérito, reveste-se de simplicidade. Os Réus foram presos em flagrante, logo após a prática do crime (fls. 3/5), apreendendo-se, na ocasião, em poder dos mesmos **todo** o produto do roubo (fls. 2) bem como a arma usada na prática do delito.

Naquele momento, os Apelantes prestaram confissão extrajudicial (fls. 4v/5), que, no entanto, não se reveste de valor algum, pois o curador que os assistiu, na oportunidade, deixou claro "que não presenciou os Acusados responderem às perguntas formuladas" (fls. 97).

Vale dizer: não serviu de curador!

Ora, doutos Juízes, a presença do curador na fase do inquérito tem por fim suprir a relativa incapacidade do réu (Cfr. "*Processo Penal*", Fernando da Costa Tourinho Filho, vol. I, pág. 232, Editora Jolovi, Bauru, São Paulo, 1972).

Assim, à falta de curador, a confissão extrajudicial não vale, sequer, como indício.



Não há, porém, que falar em nulidade do processo. A falta de nomeação de curador ao menor, na fase policial, constitui, quando muito, mera irregularidade, que pode ser, como foi, emendada em juízo. Nulidade haveria se o Juiz não designasse curador para os Recorrentes (arts. 194, 262 e 564, III, "c" do C.P.P.) [in op cit. pág. 234].

Aliás, tanto a doutrina como a jurisprudência têm mantido orientação, por sinal acertada, de que as irritualidades ocorridas na fase pré-processual não contaminam a ação penal.

Demais, cogitava-se de flagrante inquisitivo. Diversa, evidentemente, seria a situação se o flagrante estivesse revestido do caráter processual contraditório.

Quando muito, em se tratando de *notitia criminis* coativa, o flagrante poderia transformar-se em peça de informação singela, concedendo-se liberdade aos réus.

Entretanto, nem isso se deu na hipótese *sub examen*.

Voltemos à prova.

Presos, os Apelantes foram, de imediato, reconhecidos pelo ofendido (fls. 4v), sendo de notar que um deles vestia o casaco roubado momentos antes (Alberto), enquanto Kleber trazia consigo o dinheiro subtraído.

Some-se a tudo a valiosa prova indiciária colhida contra os Réus, através do depoimento de outros ofendidos, igualmente vítimas de roubo da perigosa dupla (fls. 28/29 e 31/v).

É certo que o reconhecimento feito na polícia não se revestiu das exigências formais ditadas pela lei processual penal (art. 226 a 228).

Porém, nem por tal razão perde seu valor probatório.

Nesse sentido, vale trazer à colação o magistério exemplar do eminente Professor José Frederico Marques. Salienta o notável mestre:

"Cumpre consignar, porém, que se de outra forma efetuar-se o reconhecimento de pessoa ou coisa, nem por isso deve o juiz, *a priori*, recusar-lhe valor probatório. Tal orientação não condiz com os princípios aceitos em nossa legislação sobre o livre convencimento" (*in Elementos de Direito Processual Penal*, vol. II, pág. 334, n.º 488, "Forense", Rio — São Paulo, 1ª edição, 1961).

No caso dos autos, apesar do reconhecimento não formal, a prova merece fé pelo lastro que encontra no resto da instrução criminal.

Em Juízo, os réus negaram a evidência, cada um contando sua própria estória.

A defesa, alegando colisão, insurgiu-se contra a nomeação de um mesmo curador para ambos os Acusados, postulando a nulidade do processo a partir do interrogatório, inclusive (fls. 41/42).

Porém, douta Câmara, ainda que dispares as versões que os Apelantes tivessem dado para o fato narrado na inicial, nulidade não haveria desde que os Réus não se acusassem mutuamente.

Aqui, ao contrário, os ora Apelantes não só não apresentam disparidade nas suas declarações, como até buscaram inocular um ao outro.

Não houve conflito nas declarações, **nem provaram os Réus a idade que alegaram ter.** Ponto final!

Seriam menores?

Por outro lado, a prova oral que se colheu em Juízo, agora com as garantias constitucionais do contraditório, só fez prestigiar a pretensão punitiva do Estado. (fls. 52/53, 60/v e 74/v).

Ela é tão evidente que fala por si, tornando desnecessário qualquer destaque.

Complementa a instrução o laudo de fls. 77/78, levado a efeito para atender à regra do art. 175 da lei adjetiva penal, exame que resultou positivo.

Prova tranqüila. Condenação justa.

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.