

REFORMATIO IN PEJUS: INOCORRÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APELAÇÃO CRIMINAL N.º 62.158

Apelante: Ailton José de Lima

Apelada: A Justiça

Relator: Des. Ney Palmeiro

PARECER

1.º — Da respeitável sentença de fls. 35/38 (Juiz JAYME BOENTE), tempestivamente (fls. 40 e 105v.), apela o acusado AILTON JOSÉ DE LIMA, achando-se a apelação arrazoada às fls. 41/46 e contra-arrazoada às fls. 51/54. Não existe preliminar a ser discutida e, quanto à apelação de FERNANDO DO COUTO FONSECA, positivou-se a *desistência*, homologada por esta Colenda Câmara, às fls. 63.

2.º — Foi o apelante AILTON condenado às penas de três (3) anos e dois (2) meses de reclusão e multa de Cr\$ 3,00, como incurso nas sanções dos arts. 157, § 2.º, ns. I e II, c/ 12, n. II, do Código Penal, com imposição de medida de segurança de internação em estabelecimento agrícola ou instituto de trabalho, porque considerada a sua reincidência específica.

3.º — Em alternativa, pretende a Defensoria Pública a absolvição do recorrente, em face da insuficiência da prova, ou, em caso de desacolhimento da pretensão, a redução da pena privativa de liberdade ao mínimo legal e, ainda, a exclusão da medida de segurança.

4.º — Foi o apelante o *idealizador* do assalto, verificando-se a apreensão do revólver por ele utilizado na prática do crime, além da recuperação da importância roubada, logo em seguida à subtração, donde a hipótese da aceitação de delito meramente *tentado*. Apreendida às fls. 2-A (autos em apenso), foi a arma, de marca "Taurus", periciada às fls. 52/53, também dos autos em apenso, concluindo os técnicos do Instituto de Criminalística pela "capacidade de produzir disparo".

5.º — Não obstante passe a se retratar o apelante da confissão do delito, desdizendo-se às fls. 10 das declarações de fls. 6/7, o mesmo não acontece com os co-autores, que, em Juízo, conservam-se no propósito de confirmar a participação que tiveram no evento e se referem à cooperação de AILTON JOSÉ DE LIMA (fls. 8/9 e 12), “que puxou uma arma de fogo e apontou para o motorista” (fls. 8). À época da prisão, achava-se a quantia subtraída em poder de AILTON (fls. 10 e 24).

6.º — Daí a total irrelevância da retratação deste, feita no interrogatório de fls. 10, máxime a partir do momento em que se leva em conta a irretorquível prova colhida no curso da instrução criminal (fls. 20/23 e 24/25), e sobremaneira válida, na espécie, é a chamada de co-réu, impugnada pelo Dr. Defensor Público (fls. 45). O que o eminente Professor HELENO CLAUDIO FRAGOSO comenta é o venerando acórdão da Egrégia Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do então Estado do Rio de Janeiro, relatado pelo Desembargador NICOLAU MARY JÚNIOR, no sentido de que “acusação feita por co-réu, desacompanhada de qualquer outro elemento, ainda que indiciário”, não se revela de molde a justificar a condenação. (Cf. HELENO CLAUDIO FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, vol. II, 1973, n. 388, pág. 388). É inquestionável que o citado acórdão não se ajusta ao caso *sub judice*.

7.º — Em nada aproveita ao apelante o depoimento da testemunha de fls. 78/78v. (autos em apenso), arrolada pelo sentenciado FERNANDO DO COUTO FONSECA, às fls. 18.

8.º — O não comparecimento do lesado à instrução criminal é desvalioso para que se tenha a prova como precária, consignando as testemunhas o fato de ter sido o apelante reconhecido pela vítima e, ao invés do que alega a Defesa, não há motivo para que se concorde com a *embriaguez* de AILTON JOSÉ DE LIMA, quando das declarações prestadas perante a autoridade policial. O que a testemunha indicada pela Defesa diz é “que os acusados tinham ingerido bebida alcoólica embora não estivessem bêbados”. Ainda que bêbado estivesse, não teria a posterior negativa de AILTON qualquer arrimo na prova coligida.

9.º — Atente-se para a situação de que a Defensoria Pública se exime de apontar a *embriaguez* como *dirimente* (se o fizesse teria a resposta de fls. 37), e sim em inútil esforço de infirmar a confissão do apelante no auto de prisão em flagrante.

10.º — Com inteligência, brilho e habilidade, após demonstrar a não verificação da reincidência específica do sentenciado AILTON, visto que o crime narrado na denúncia ocorreu em data de 14 de

outubro de 1973, ao passo em que a sentença condenatória, também por crime de roubo, teve o seu trânsito em julgado a 27 de maio de 1974 (fls. 96/96v., do apenso), *posteriormente*, portanto, assim argumenta o Defensor Público CLAUDIO RAMOS ao visar à reforma da sentença apelada a fim de que se reduza a pena privativa de liberdade ao mínimo legal, além do cancelamento da medida de segurança detentiva, na falta da aludida *reincidência*:

“Ora, se o réu-apelante, sem ser reincidente específico, foi condenado a pena fixada nos moldes do art. 47, item I, do Código Penal, impõe-se a exclusão dos efeitos da agravante especial e, conseqüentemente, a reprodução da dosagem penal. E se lhe foi irrogada pena no grau mínimo (guardado, bem de ver, o disposto no art. 47, item I, do estatuto penal), sem que a Promotoria recorresse, impõe-se também a redução da pena ao grau mínimo, a saber: pena-base de quatro anos (art. 157), aumentada de um terço (art. 157, § 2.º, itens I e II) e diminuída de dois terços (art. 12, parágrafo único), dando em concreto a pena de um ano e dez meses de reclusão.

A retificação proposta à sentença, no tocante ao tratamento penal ao apelante, é absolutamente indeclinável. Se o decisorio fez incidir incorretamente o art. 47, I, do Código Penal, a pena, aplicada no grau mínimo, deve ser reduzida às suas exatas proporções. Considera-se que se não houve recurso do Ministério Público o deixar de reduzir a pena ao mínimo cominado implicaria em “*reformatio in pejus*”, o que é proscrito em nosso sistema processual.

De concluir-se, pois, que a sentença está a exigir reforma na parte em que operou a aplicação da pena, a fim de que se reduza a pena ao mínimo legal.

Pelas mesmas razões, pede reforma o capítulo da sentença que impôs ao apelante a medida de segurança em estabelecimento agrícola ou instituto de trabalho, presumindo-o perigoso em função da reincidência em crime doloso” (fls. 42/43).

11.º — Se, aparentemente, à primeira vista, podem impressionar os argumentos da Defensoria Pública, quanto à obrigatoriedade da redução da pena à sua *quantidade mínima* (e não grau), na ausência de recurso do Ministério Público, a verdade é que a mesma redução, em condições diversas, desde que respeitados os limites legalmente estabelecidos, não infringiria, em absoluto, o princípio da *reformatio in pejus*, consagrado no art. 617 do Código de Processo

12.º — Com a redução proveniente do não reconhecimento da reincidência específica, não estará a Colenda Câmara na Penal, como,

aliás, sustenta o ilustre Promotor CELSO FERNANDO DE BARROS (um dos mais operosos e distintos membros do Ministério Público, nas apreciadas contra-razões de fls. 51/57).

13 — Com a redução proveniente do não reconhecimento da reincidência específica, não estará a Colenda Câmara na obrigação de aplicar no mínimo a pena privativa de liberdade, tendo-se em apreço que:

“Não é vedado ao Tribunal de Apelação, tomar por base, na aplicação da pena, quantidade diversa da estabelecida pelo juiz de primeiro grau, desde que a pena aplicada não seja mais grave... *Reformatio in pejus* não significa que o juiz da apelação seja obrigado a respeitar a proporção da pena aplicada pelo juiz de primeira instância, entre o mínimo e o máximo. Basta que não a aumente”. (Ac. do Trib. de Just. do Est. de São Paulo, de 1.4.1949, nos embargos de declaração na ap. crim. n.º 20.521, de Piratininga, rel. Des. MÁRCIO MUNHOZ. Cf. DARCY ARRUDA MIRANDA, *Repositório de Jurisprudência do Código de Processo Penal*, vol. IV, 1.º sup., 1953, n. 3.600, pág. 777).

14 — Em decorrência lógica, permite-se à Instância Superior adotar uma pena-base diversa da estabelecida na sentença, procedendo-se depois, às exasperações e reduções necessárias. O que não se consente, na ausência de recurso do Órgão Fiscal, é que se *agrave a pena primitivamente imposta*.

15 — Ficam examinados, assim, os motivos pelos quais o ponto de vista da ilustrada Defensoria Pública não resiste a uma indagação mais profunda da matéria. Sem que houvesse reincidência específica, não cabia a aplicação da pena em consonância com o disposto no art. 47, I, do Código Penal, nem, tampouco, a imposição da medida de segurança, fundada em inócua reincidência específica.

16 — Com a Promotoria Pública, pondere-se que “o apelante foi o mais agressivo dos participantes do crime e essa liderança, que teve relativamente aos co-réus, há de pesar para agravar-se-lhe o *quantum* da apelação” (fls. 53/54).

17 — POSTO ISTO, opina a Procuradoria da Justiça pelo provimento *parcial* da apelação interposta, reduzindo-se a pena aplicada, nunca na forma requerida pela Defensoria Pública, defronte da circunstância assinalada no item anterior e dos maus antecedentes do

apelante (autos em apenso, fls. 27), e excluindo-se da condenação a medida de segurança, porque insubsistente a reincidência em que se baseia.

Rio de Janeiro, 20 de maio de 1975

Mário Portugal Fernandes Pinheiro
Assistente

APROVO:

Rio de Janeiro, 20 de maio de 1975

LAUDELINO FREIRE JÚNIOR
3.º Procurador da Justiça

FURTO E LESÃO CORPORAL: TENTATIVA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA — 2.ª CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL N.º 61.407/74

Apelante: Ministério Público

Apelado: Grimaldo de Oliveira

1. Quando o agente é surpreendido a apoderar-se da coisa, sem fazer uso de violência, frustrando-se a tirada, empregando violência contra seu perseguidor, no objetivo de assegurar a fuga, não há falar em tentativa de roubo mas de tentativa de furto, em cúmulo material com o crime contra a pessoa. Sem efetiva subtração patrimonial o roubo impróprio não se tipifica. As doutrinas brasileira e estrangeira. A posição de MAGGIORE. 2. Se o fato apurado no sumário é idêntico ao descrito na denúncia mas esta o classificou erradamente é conferida ao juiz a faculdade de alterar a classificação, ainda que para aplicar pena mais grave. A discutível constitucionalidade do art. 383 do Código de Processo Penal. A recomendação do Pretório Maior. 3. O crime cogitado no art. 129 do Código