

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

Penal é material, consumando-se com a ofensa à integridade corporal ou à saúde de outrem. A tentativa é possível, podendo, inclusive, dependendo da natureza dos meios empregados, ocorrer a modalidade tentada de lesão grave. 4. A negativa obstinada e gratuita dos delinquentes habituais e endógenos analisada no magistério de ALTAVILLA. 5. A circunstância de o réu haver sido condenado várias vezes pela prática de crime contra o patrimônio constitui indício remoto que, somado à prova direta colhida, deve ser levada em conta pelo julgador, máxime quando o mesmo acusado volta a ser processado pela prática de crime da mesma natureza. O valor da prova indiciária no ensinamento de MITTERMAYER.

### PARECER

I — O caso dos autos revela interessante questão de natureza penal que está a exigir tratamento adequado.

Afirma a ilustre Juíza que o Acusado "*não cometeu delito algum, limitando-se à fase preparatória e, portanto, fora do alcance da incriminação legal*" (fls. 77, item 5).

Por tal razão, absolveu o denunciado com fundamento no art. 386, III da lei adjetiva penal.

Não participamos, *data venia*, do entendimento esposado na decisão recorrida.

Houve, em nosso pensar, mais de um crime, impondo-se a afirmativa de que, ambos, resultaram bem delineados no corpo dos autos.

Para boa compreensão da questão de direito, torna-se necessário, ainda que de forma singela, resulte bem descrito o fato.

O fato, Juízes, em suma, passou-se da seguinte forma: no dia 1 de agosto de 1972, por volta das 13 horas, o ora apelado foi surpreendido no interior da residência do lesado, Nilton de Moraes, situada nesta cidade, quando revistava calças que se encontravam no banheiro, buscando furtá-las ou, talvez, subtrair algo que, nelas, se encontrasse guardado.

Pilhado pelo lesado, o réu procurou engendar uma estória mas, ao entrever que não encontraria razão para justificar sua presença no local, investiu contra o ofendido, tentando agredi-lo, valendo-se, para tanto, de um martelo. Com tal proceder, buscava escafeder-se.

Não logrou êxito, porém, uma vez que o lesado, diante da pronta intervenção de um vizinho, que acudira aos seus gritos de socorro, conseguiu deter o ora recorrido.

Este o fato, sem tirar nem pôr, conforme resultou do relato do ofendido e das testemunhas ouvidas.

O combativo Dr. Promotor em exercício no Juízo recorrido vislumbrou no proceder do Acusado a prática do crime de roubo especialmente agravado pelo emprego de arma na modalidade tentada.

Como já ressaltamos, crime houve. Mais de um delito, por sinal. Porém, não estamos de acordo com o ilustre Dr. Promotor no que respeita à classificação dada aos fatos típicos descritos na inicial.

HUNGRIA, no seu magistério sem igual, assinala que “se o agente é surpreendido e perseguido quando, sem violência pessoal, estava a apoderar-se da coisa, frustrando-se a tirada, mas vem a empregar violência contra seus perseguidores, para assegurar a fuga, não há tentativa de roubo, mas de furto, em concurso material com o crime contra a pessoa. Cumpre insistir nesse ponto: a violência sucessiva, para *tipicidade* do roubo, é tão-somente a exercida *após a efetiva subtração patrimonial*. É o que, dispõe, explicitamente, o § 1.º do art. 157”. (Cfr. “Comentários ao Código Penal”, NELSON HUNGRIA, vol. VII, págs. 61/62, “Edição Revista Forense”, Rio de Janeiro, 1958, 2.ª edição revista e atualizada, grifos nossos).

Não discrepa de tal entendimento FRAGOSO, ao prelecionar:

“Se a subtração é apenas tentada e o agente, na fuga, emprega violência, haverá concurso material de tentativa de furto e do crime que for praticado contra a pessoa (lesões corporais, homicídio, etc.). *Para que haja roubo impróprio é preciso que a coisa já tenha sido subtraída*” (in “Lições de Direito Penal”, Heleno Cláudio Fragoso, vol. I, pág. 199, “José Bushatsky, Editor”, São Paulo, 1958, grifos nossos).

É certo que sustentando ponto de vista contrário avulta a palavra de MAGGIORE ao ensinar que:

“*No es preciso que la sustracción ya haya sido consumada; el delito existe aun cuando dicha sustracción haya quedado en estado de tentativa, quando la violencia se ha empleado para conseguir la impunidad.*” (Cfr. “Derecho Penal”, GIUSEPPE MAGGIORE, volume V, pág. 89, “Editorial Temis”, Bogotá, 1972).

Pensamos, porém, que o magistério dos eminentes penalistas brasileiros encontra integral apoio em nosso direito positivo, pois

como afirma o art. 157 § 1.º do Código Penal, ao cogitar do roubo impróprio, "na mesma pena incorre quem LOGO DEPOIS DE SUBTRAÍDA A COISA, emprega violência contra a pessoa ou grave ameaça a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para outrem. (destaques nossos)

De qualquer forma, pensamos, jamais, no caso, poder-se-ia falar em roubo próprio, como sustenta o ilustre Dr. Promotor.

Aqui, o agente, ao ser pressentido na prática do furto, sem praticar violência contra a pessoa que o apanhou em flagrante, viu frustrada a tirada da coisa, impondo-se, portanto, o reconhecimento da tentativa de furto em concurso material com o crime contra a pessoa que se seguiu.

Cumpre por em relevo que nada impedirá o Tribunal de decidir na forma preconizada na presente opinativa, pois que o fato apurado no sumário é idêntico ao descrito na denúncia, podendo, portanto, a douta Câmara alterar a classificação, ainda que para aplicar pena mais grave, tal como o permite o art. 383 do nosso ordenamento processual.

Nem se descuta, na oportunidade, a respeito da constitucionalidade do aludido dispositivo legal, "permissão odiosa e que na prática surpreende a defesa, freqüentemente, atingindo assim interesse essencial da administração da Justiça", como assinalou FRAGOSO, repleto de razão. (*Cfr. Jurisprudência Criminal*, HELENO CLAUDIO FRAGOSO, vol. II, pág. 342, n.º 321, "Editor Borsoi", Rio, 1973, 2.ª edição).

Na verdade, como registrou o eminente penalista, a norma do art. 383 C.P.P. "é incompatível com o processo penal moderno" (*in op. cit.*, vol. II, n.º 321, pág. 342).

Ousaria acrescentar que o dispositivo em questão fere, frontalmente, a garantia da ampla defesa assegurada pela Constituição (art. 153 § 15), pois é natural que a defesa se volte para a classificação dada ao fato pelo M.P.

Porém, o Supremo, no seu elevado saber, decidiu que "a faculdade a que alude o art. 383 C.P.P. deve ser usada com cautela" sem cogitar da questão relacionada com a constitucionalidade. (*in op. cit.* vol. II, pág. 342, n.º 321, *in fine*).

Pois bem: no caso em exame, a cautela recomendada pelo Pretório Máximo restará plenamente obedecida pois que além do fato estar, perfeitamente, descrito na inicial, a Procuradoria está opinando no sentido do reconhecimento da prática de *crime menos grave*.

É de indagar: qual crime contra a pessoa deverá ser reconhecido na hipótese em estudo?

Pensamos que, aqui, houve tentativa de lesões corporais. Invo-camos, ainda agora, a lição de FRAGOSO sobre o assunto:

"A *tentativa* é possível, devendo reconhecer-se, inclusive, a tentativa de lesão grave quando a natureza dos meios empregados revelar o propósito de provocar lesão séria. (ex. lançar ácido sulfúrico ao rosto da vítima)". (in "Lições de Direito Penal", HELENO CLAUDIO FRAGOSO, vol. 1, pág. 57, "José Bushatsky, Editor", São Paulo, 1958).

II — Vista a questão sob o aspecto de direito, resta-nos adentrar na análise da matéria de fato.

Nesse ponto, a prova que se produziu no decurso da instrução criminal não poderia ser mais conclusiva no sentido da inteira procedência da acusação.

O réu foi preso em flagrante, colhendo-se, na ocasião, contundente prova oral contra o mesmo. Com base em excelente suporte fático (fls. 3/4) foi, então, oferecida a denúncia.

O martelo usado pelo acusado, no objetivo de agredir o lesado, resultou apreendido, tal como evidencia o auto de fls. 2).

O denunciado, que se recusara a prestar declarações na fase procedimental, ao ser interrogado negou a prática do delito, inventando uma estória que não encontra o mínimo amparo na prova dos autos.

Assim é que, após alegar que tudo resultara de uma falsa acusação de Nilton de Moraes, pai de um rapaz com quem brigara, o réu afirma que o processo "foi todo arranjado pelo Comissário Riqueira da 18.<sup>a</sup> DD" (fls. 28).

Qual das versões é verdadeira?

Nenhuma, evidentemente.

As lorotas, fruto da imaginação de um delinqüente experimentado, fazem lembrar a imagem que ALTAVILLA, em passagem de rara sensibilidade, tece da posição do criminoso habitual diante do juiz.

Com a palavra o Professor da Universidade de Nápoles:

"Mas deve reconhecer-se que aquela angústia mental, que é tão freqüente, sugere muitas vezes a infantil defesa negativa em qualquer caso e a todo o custo. E isto ainda é mais exato nos delinqüentes habituais e endógenos, que têm larga experiência judiciária, e, por isso, sabem que, enquanto houver dúvidas, há possibilidades de escapar. Além disso, eles sabem que ao juiz que condena, malgrado a negativa do Acusado, um pouquinho de inconfessada dúvida inspira uma menor severidade na fixação da pena: formas inconscientes de transações de consciência". (in "Psicologia Judiciária", ENRICO ALTAVILLA, volume III, pág. 96, "Personagens do Processo Penal", II, tradução da 4.<sup>a</sup> edição italiana, atualizada e muito aumentada de Fernando Miranda, Armênio Amado, Editor Sucessor — Coimbra, 1959).

Consulte-se a folha penal do réu (fls. 34/35) e, com facilidade, se verá que a arguta observação do mestre italiano consegue explicar as estórias por ele contadas ao Magistrado quando de seu interrogatório.

De resto, a prova oral que se colheu na fase judicial deixou evidente a procedência da acusação. (fls. 42, 43, 44, 55, 63/v, 69 e 72).

Merecem destaque as declarações do ofendido (fls. 63/v), bem como as da testemunha de fls. 44.

O martelo apreendido resultou examinado (fls. 32/33), tendo em vista o ordenamento contido no art. 175 do Código de Processo Penal.

Um detalhe importante do laudo em questão, e que não pode ficar sem destaque, é que o martelo, além de servir como objeto contundente, poderá ser usado de forma "*eficiente na prática de arrombamento*" (fls. 33).

Será necessário dizer mais alguma coisa?

Como salientou, com inteira razão, o ilustre Dr. Promotor, o Acusado, homem de alta periculosidade que, desde 1956, vive à margem da lei, é encontrado dentro do apartamento do lesado, revistando suas calças e, quando surpreendido, reage fazendo uso de um martelo. Tudo é confirmado em Juízo, sob o crivo do contraditório, e, *data venia*, sem qualquer razão vem a ser absolvido.

Ê, mesmo, de causar espanto!

A prova dos autos é segura e não admite interpretação diversa da que ora procuramos emprestar aos fatos apresentados a exame.

Some-se a tudo a circunstância de o réu ser homem afeito à vida do crime, com um passado penal que o torna reincidente por várias vezes (fls. 34/35).

Tal dado constitui o que certos autores antigos chamavam de indício remoto que pode e deve ser considerado na valorização da prova contra o Acusado.

Analizando o valor da prova indiciária, salienta MITTER-MAYER que "a harmonia entre os indícios contra o Acusado deve ser tal, faça necessariamente concluir como certo, segundo o curso ordinário das coisas, ser culpado o Acusado"... (*in* "Tratado da Prova em Matéria Criminal", C.J.A. Mittermayer, traduzido por Alberto Antonio Soares, pág. 271. "Livraria do Editor", A.A. da Cruz Coutinho, 1871).

No caso, ao lado da prova direta por demais conclusiva, há, igualmente, aquela harmonia de indícios a que se referia o Professor da Universidade de Heildelberg e que, segundo o curso comum das coisas, demonstra a culpa do réu.

III — Pelo que ficou demonstrado, estamos em que o apelo do Dr. Promotor merece acolhida, em parte, para o fim de ser o réu condenado na forma indicada no item I do presente parecer.

Cumpra-se anotar, tendo em mira o disposto nos arts. 42 e 47, I do Código Penal, o fato de o réu ser reincidente específico (fls. 34), não havendo outras circunstâncias agravantes a considerar (art. 44 C.P.).

Impõe-se observar a modesta situação econômica do Acusado (fls. 9), critério que deve sobrelevar na fixação da pena pecuniária (art. 34 C.P.).

Não vislumbramos atenuantes (art. 48 C.P.).

Como seqüela da condenação o Acusado pagará as custas do processo e a taxa judiciária de 0.20 da UFEG.

IV — Reincidente em crime doloso e, como tal, presumidamente perigoso, deve ser aplicada no réu a competente medida de segurança detentiva (arts. 76, 78, IV, 88 § 1.º III e 93. I do C.P.).

V — Porque comprovada a responsabilidade do Acusado, o parecer é pelo provimento parcial do apelo na forma já especificada.

É a nossa opinião.

Rio de Janeiro, RJ, 23 de agosto de 1974.

SÉRGIO DEMORO HAMILTON

13.º Promotor Público  
Assistente

**APROVO.**

Rio de Janeiro, RJ, 23 de agosto de 1974.

LAUDELINO FREIRE JÚNIOR

3.º Procurador da Justiça

---

(1) A Egrégia 2.ª Câmara Criminal, por unanimidade de votos, acolhendo o parecer, deu provimento ao recurso do Ministério Público para condenar o apelado a 2 anos de reclusão e multa de Cr\$ 5.00 como incurso no art. 155 c/c 12 II do Código Penal e 6 meses de detenção como incurso nas penas do art. 129 c/c 12. II do Código Penal (Relator o Exmo. Sr. Desembargador Cavalcanti de Gusmão e Revisor o Exmo. Sr. Desembargador Murta Ribeiro).

(2) O recurso foi interposto pelo Promotor Dr. Homero das Neves Freitas.