

Nulidade por vício da citação ou, se superada, da sentença por violação dos cânones formais do decisum. Redução da sanção penal com a conseqüente declaração de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva

Tribunal de Alçada Criminal

2ª Câmara

Apelação nº 51.719

Apelante: Arnaldo Coelho de Miranda

Apelado: Ministério Público

PARECER

1. Através de r. sentença de fls. 167/169, foi o apelante condenado à pena de 3 anos de reclusão e 30 dias-multa no valor unitário mínimo, estabelecido, para início do cumprimento da reprimenda, o regime fechado.

Apreciando recurso interposto pelo co-réu Genilson Dias da Silva, a Egrégia Câmara, de ofício, decretou a nulidade do processo pertinentemente ao ora apelante, a partir da sentença, exclusive, mediante o v. acórdão de fls. 196/197, da lavra da eminente Juíza Nilza Bitar.

Sobreveio, então, a apelação total de fls. 203, acompanhada das razões de fls. 204/209, em que se pleiteia, preliminarmente, a anulação do *decisum* por ausência de fundamentação da imposição de regime de cumprimento de pena mais gravoso que o aberto.

Resposta a fls. 211/217.

2. Em virtude da revelia, não foi o apelante interrogado. No entanto, acha-se agora em lugar certo (fls. 225).

Mostra-se oscilante a jurisprudência no tocante à necessidade de ser o réu submetido a interrogatório na etapa atual do processo.

Mencione-se o aresto do Egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo inserto na RJDTACRIM 7/130 no sentido da necessidade:

“O processo não se extingue com a sentença condenatória recorrida. Se o réu vier a ser preso depois da sentença condenatória e antes do julgamento da apelação, seu interrogatório será necessário. A Superior Instância não poderá julgar apelação sem que o réu seja ouvido, pois o art. 564, III, ‘e’, do CPP, considera nulidade a falta de interrogatório.”

Parece-nos dever-se evitar que se possa ulteriormente decretar a invalidade do processo por esse fundamento.

Deixamos, contudo, de endereçar o requerimento ao Ínclito Presidente da Câmara, antes da distribuição a relator, em face do que se contém nos dois tópicos subseqüentes.

3. Para a citação do apelante, expediu-se a carta precatória de fls. 96 e segs., não tendo a diligência levada a efeito surtido êxito (cf. certidão de fls. 109 v.), o que levou o mesmo a ser tomado por revel.

Ocorre que veio o recorrente a ser intimado da sentença (fls. 225) em endereço que figurava nos autos do inquérito (cf. fls. 66 e 224).

Por óbvio, assim, não se mostrava legítima a citação por via editalícia, de caráter excepcional, exurgindo a invalidade do ato por violação do art. 361 do CPP.

Cuida-se de nulidade absoluta, uma vez que atentatória das garantias do contraditório e da ampla defesa asseguradas no art. 5º, LV, da Constituição da República, sendo de recordar-se a advertência de **Grinover, Fernandes e Gomes Filho** (*As Nulidades no Processo Penal*, 4ª ed., 1995, p. 18):

“Quanto à nulidade, resta saber se o ato praticado contra a Constituição somente pode implicar nulidade absoluta, ou se poderia eventualmente cogitar-se de nulidade relativa. A diferença entre as duas categorias está em saber se a observância da forma do ato jurídico visa a preservar interesses de ordem pública no processo, impondo que o próprio juiz seja o primeiro guardião de sua observância, ou não.

Sendo a norma constitucional-processual norma de garantia, estabelecida no interesse público (*supra*, nº 2), o ato processual inconstitucional, quando não juridicamente inexistente, será sempre absolutamente nulo, devendo a nulidade ser decretada de ofício, independentemente de provocação da parte interessada. (Sobre nulidades absolutas e relativas, ver **retro**, cap. I, nº 2).

É que as garantias constitucionais-processuais, mesmo quando aparentemente postas em benefício da parte, visam em primeiro lugar ao interesse público na condução do processo segundo as regras do devido processo legal.

Resulta daí que o ato processual, praticado em infringência à norma ou ao princípio constitucional de garantia, poderá ser juridicamente inexistente ou absolutamente nulo; não há espaço, nesse campo, para atos irregulares sem sanção, nem para nulidades relativas.”

Essa também a pacífica diretriz do direito pretoriano, que equipara à falta de citação geradora de nulidade absoluta (CPP, art. 564, III, e, 1ª parte) aquela que se produz defeituosamente.

Opinamos, de conseqüência, em preliminar, por que se decrete a nulidade do processo a partir da citação a fim de que seja o apelante citado por mandado no endereço mencionado a fls. 66 e 224.

4. Inacolhida que seja a questão prévia suscitada no item anterior, estamos argüindo a invalidade da sentença.

Parece despidendo lembrar que ocupa ela posição preeminente entre os atos jurídicos em sentido largo. Afigura-se-nos, assim, intolerável, *data maxima venia*, seja prolatada sem mínimo respeito pelos cânones formais que informam o tema e, pior, sem o núcleo do dispositivo.

No *decisum* ora sob impugnação, logo após o relatório emerge o dispositivo quanto a um dos réus, que é absolvido por ser inimputável. Segue-se a motivação alusiva aos dois outros acusados, parte que se encerra com a solene declaração: “É o relatório”. Por fim, omitindo-se o núcleo do dispositivo, em que se deveria julgar procedente a acusação, a imputação ou a pretensão punitiva, dando-se os réus como incurso em determinada disposição legal, passa-se à fixação das penas.

Nosso entendimento é o de que não está apto a subsistir ato que padeça de tão graves vícios, a ponto de tangenciar a inexistência.

Manifestamo-nos no sentido de que se decrete sua nulidade.

5. No mérito, cogita-se da subtração de objetos do interior de uma residência pelos co-réus, que mais tarde se verificou serem menores inimputáveis, havendo-se atribuído ao apelante ter planejado a ação e induzido os mencionados menores à prática delituosa.

A materialidade é incontroversa e a autoria ficou plenamente provada.

O recorrente admitiu a participação no ilícito por ocasião da acareação extrajudicial de fls. 54 e os co-réus afirmaram-na em juízo. Demais, apreendeu-se a arma subtraída em poder de pessoa a quem ele a vendera. Outros elementos de convicção são extraídos das declarações de fls. 122 e 123, tendo-se formado um conjunto probatório sólido e plenamente convincente.

O rompimento de obstáculo está atestado pelo laudo de fls. 42. Por outro lado, é óbvio que o apelante tinha conhecimento de que a penetração na residência se daria mediante arrombamento, o que exclui a incidência do § 2º do art. 29 do CP.

Amolda-se, pois, o fato ao tipo do art. 155, § 4º, I e IV, do estatuto em alusão.

6. No que respeita à dosimetria da pena, a privação de liberdade, ante a ausência de antecedentes do recorrente, que não é um desocupado, e a despeito das informações prestadas pela testemunha de fls. 123, deve situar-se, a nosso aviso, na gradação mínima.

Cabe reconhecer-se ter sido a participação do apelante de menor importância.

É verdade que Genilson, um dos menores inimputáveis, atribuiu-lhe o planejamento da empreitada criminoso, mas Marcio informa que ele “deu simplesmente a ‘dica’ sobre o furto, revelando o momento em que o lesado não estaria em casa.”

Frente ao pretérito relacionamento homossexual do primeiro com o recorrente (fls. 40), parecem-nos mais confiáveis as declarações prestadas pelo segundo. Além disso, as folhas penais dos menores (fls. 163 e 164) indicam que não precisavam

valer-se de quem planejasse lesões ao patrimônio alheio. Quando mais não seja, o apelante deve ser beneficiado pela dúvida.

Estamos em que, mensurada a participação de menor importância, situa-se ela em grau médio, a recomendar abrandamento da ordem de um quarto.

Nesse contexto, a reprimenda privativa de liberdade se estabilizaria em 1 ano e 6 meses.

Na forma da jurisprudência da Câmara a sanção pecuniária haveria de ser mitigada, admitida que seja a redução proposta, a 18 dias-multa na gradação mínima.

É de se observar que, acaso abrandada a sanção privativa de liberdade a patamar não superior a 2 anos, tendo transcorrido mais de 4 entre o recebimento da denúncia, a 30.09.88, e a publicação da sentença, a 30.04.93 (fls. 169v.), sem recurso da acusação, estará extinta a punibilidade pela prescrição retroativa da pretensão punitiva, a reclamar a correspondente declaração.

Questão que se coloca nesta etapa é a de saber-se se, reconhecida alguma das duas nulidades suscitadas, seria possível passar-se ao julgamento do mérito e, mediante a mitigação da reprimenda, julgar-se extinta a punibilidade.

O caráter absoluto das invalidades argüidas é resultado precisamente de que lesam elas interesses públicos e não meros interesses de alguma das partes, o que exclui a possibilidade de ingressar-se no exame do fundo da causa.

Em abono do que ora se afirma, cabe trazer a lume a regra do § 2º do art. 249 do CPC, segundo a qual

“Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta.”

O dispositivo em tela mereceu de **Moniz Aragão** (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, 1ª ed., II, p. 312) o registro que se transcreve:

“Observação idêntica à que desperta o primeiro, vale para este parágrafo: não alcança a nulidade absoluta, insanável, que não protege o da parte, mas o interesse público, não podendo, portanto, ser objeto de sanção em prol da parte a quem aproveitaria a sua decretação.”

Desse modo, ainda que se vissem superadas duas dificuldades, a saber (1), a da demonstração de que existe no ordenamento processual penal, como norma implícita, disposição correspondente à do § 2º do art. 249 do CPC e (2) a da revelação de que a declaração de extinção da punibilidade por força da redução da pena guarda equivalência com a sentença de rechaço da demanda, emerge, intransponível, o obstáculo de cuidar-se de nulidades que afetam o interesse público.

Pronunciada, pois, que seja qualquer das invalidades em foco, a apreciação do mérito estará automaticamente vedada.

7. Isso posto, opina esta Procuradoria de Justiça por que, preliminarmente, se decrete a nulidade do processo a partir da citação ou da sentença ou, no mérito, por que se proveja em parte o apelo para o fim de fixar-se a resposta penal em 1 ano e 6 meses de reclusão e 18 dias-multa no valor unitário mínimo, declarando-se extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

Rio de Janeiro, 03 de janeiro de 1996.

Ronaldo de Medeiros e Albuquerque
Procurador de Justiça