

Julgamento extra petita. Concessão de Habeas Corpus de ofício

*Tribunal de Justiça
4ª Câmara Criminal
Apelação Criminal nº 34*

Apelante: Roberto Moreira Rivera

Apelado: O Ministério Público

Apelação. Recurso exclusivo da defesa visando a absolvição por afirmada insuficiência da prova. Existência, porém, de manifesta nulidade absoluta incidente sobre a sentença de primeiro grau que deve ser necessariamente denunciada pela Procuradoria de Justiça. Decisão condenatória que não guardou correlação com a imputação irrogada ao réu na denúncia. Julgamento *extra petita* que envolveu indevidamente fato anteriormente arquivado a requerimento do Ministério Público e implicou em sensível agravamento e prejuízo para o réu. Parecer da Procuradoria de Justiça que se orienta no sentido do conhecimento do recurso, concedendo-se preliminarmente *habeas corpus* de ofício em favor do réu, com fundamento no art. 648, VI, do CPP, para o fim de ser anulado o processo a partir da sentença, de forma a propiciar a que outra seja oportunamente proferida com regularidade. De conseqüência, a pretensão recursal formulada pelo réu deve ser considerada prejudicada por falta de objeto.

PARECER

Egrégia Câmara:

1. *Roberto Moreira Rivera* foi denunciado perante a 29ª Vara Criminal da Comarca da Capital como incurso nas sanções do artigo 299, c/c 71, do Código Penal, porque, segundo se lê da narrativa constante da exordial de fls. 2/4, nos dias 24 de agosto e 18 de dezembro de 1984, na qualidade de Escrevente Juramentado, lavrou na sucursal de Botafogo do 5º Ofício de Notas 4 escrituras públicas nas quais fez constar com a finalidade de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, falsa declaração certificatória de recolhimento tributário não realizado. A peça denunciatória dá conta de que o aludido réu assim agiu após receber dos interessados e desviar em proveito próprio as quantias correspondentes ao pagamento dos impostos devidos. Com relação a esse último fato, esclareceu entretanto a Promotora de Justiça denunciante em cota por ela lançada por ocasião do oferecimento de sua denúncia que não o incluiu na imputação formalizada contra o réu por considerá-lo

ajustável à figura prevista no art. 168, do Código Penal, entendendo, por isso mesmo, já ter sido ele alcançado pelos efeitos da prescrição (fls. 239 a 239 v.). Transcorridos com regularidade os trâmites legais, o ilustre juiz Murilo André Kieling Cardona Pereira fez a entrega da prestação jurisdicional concluindo por condenar o réu por reconhecida transgressão ao art. 312, c/c 71, do Código Penal, impondo ao mesmo reprimenda quantificada no total de 08 anos e 02 meses de reclusão e 116 dias multa ao valor unitário de 1/10 do salário mínimo. Para assim decidir visualizou o magistrado como cabível a regra relativa à *emendatio libelli*, consubstanciada no art. 383, do Código de Processo Penal (fls. 414/422). Então, inconformado com o desfecho que lhe foi desfavorável, o réu, após ser admitido a apelar em liberdade (fls. 434), interpôs pessoalmente e em tempo oportuno o recurso atermado a fls. 443, provido das respectivas razões de irresignação, através das quais se limita a propugnar por sua absolvição plena por afirmada insuficiência probatória (fls. 445 a 448). A ilustrada Promotoria de Justiça ofereceu resposta no sentido do desprovimento do apelo (fls. 454/456). É o que se pode alinhar à conta do relatório determinado no art. 43, III, da Lei nº 8.625/93.

2. A sentença de primeiro grau está eivada de nulidade absoluta, cuja existência cumpre à Procuradoria de Justiça denunciar em seu pronunciamento, mesmo que não tenha sido suscitada pelo próprio interessado. Nesse sentido discorre em magnífico e pioneiro trabalho de leitura obrigatória o professor Sergio Demoro Hamilton, ressaltando que em tal hipótese o Ministério Público “não está atuando como parte instrumental do processo, mas sim como fiscal da fiel observância da lei (art. 257, do CPP), velando pelos direitos do réu assegurados na Constituição Federal (artigo 129, II, c/c 5º LIV e LV), dentre os quais avulta a garantia ao devido processo legal” (“A Técnica do Parecer”, *Livro de Estudos Jurídicos*, volume 9, pág. 289). No caso *sub examen* o MM. Dr. Juiz da 23ª. Vara Criminal da Comarca da Capital, *data maxima venia*, desconsiderou a imputação deduzida contra o réu na peça vestibular ao condená-lo surpreendentemente por fato que havia sido objeto de anterior arquivamento. Sob esse enfoque, é incontestável que a cota ministerial de fls. 239/239 v. traduz expresso pedido de arquivamento. De fato, a afirmativa do Promotor de Justiça investido de atribuições, declarando que não denunciará o réu em função de determinado fato criminoso por considerá-lo já prescrito, obviamente equivale a pedido expresso de arquivamento sob esse mesmo cabível fundamento jurídico. Aliás, posicionamento diverso não deveria adotar o Promotor de Justiça quando estivesse convencido da ocorrência da prescrição (v. Sergio Demoro Hamilton, “A Adoção do Princípio da Obligatoriedade Mitigada no Anteprojeto do Código de Processo Penal”, “Revista de Direito do Estado da Guanabara”, nº 19, 1974, pág. 32; José Barcelos de Souza, *Teoria e Prática da Ação Penal*, Saraiva, 1979, pág. 83, *O Processo Penal*, editora do autor, 14ª edição, 1979, pág. 157 e Afranio Silva Jardim, “Arquivamento e Desarquivamento do Inquérito Policial”, “Revista de Direito do Estado do Rio de Janeiro”, nº 19, 1984, pág. 27). Por outro lado, se o magistrado se eximiu de provocar o reexame do Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça, como lhe permitia o artigo 28, do Código de Processo Penal, é porque concordou com as

razões invocadas e com o pedido de arquivamento dirigido pela Promotoria de Justiça. A sentença proferida pelo MM. Dr. Juiz da 29ª Vara Criminal ao deixar de considerar a existência do mencionado arquivamento antes claramente acolhido afrontou o postulado *ne procedat iudex ex officio* e nela o sentenciante deixou de observar a necessária correspondência entre o objeto da ação e o objeto da sentença. A correlação entre a acusação e a sentença “liga-se ao princípio da inércia da jurisdição e no processo penal constitui efetiva garantia do réu, dando-lhe certeza de que não poderá ser condenado sem que tenha tido oportunidade de se defender da acusação” (Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, *As Nulidades no Processo Penal*, Malheiros, 1982, pág. 167). Manifestamente distanciada dos precisos termos da acusação deduzida na peça básica, a decisão monocrática tornou-se sentença *extra petita*, malferindo as garantias asseguradas constitucionalmente relativas ao contraditório e à ampla defesa, e, por conseguinte, tornou-se maculada de nulidade insanável. É certo, além do mais, que importou em sensível agravamento da situação do réu, contra quem veio a ser aplicada punição mais drástica que a cominada no dispositivo constante da denúncia. Examinando a possibilidade de reconhecimento de nulidade não suscitada no apelo do condenado por iniciativa do próprio Tribunal, ou a requerimento da Procuradoria de Justiça agindo como fiscal da lei, conclui o professor Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha que a nulidade nesses casos pode ser declarada sem prejuízo do enunciado da Súmula de nº 160 da Suprema Corte quando a solução favorecer o acusado e se tratar de nulidade absoluta. Ressalva o citado autor que uma vez proclamada em recurso exclusivo do incriminado por sugestão do Ministério Público de 2ª Instância ou de ofício, a nova decisão a ser proferida não poderá agravar a situação do condenado sob pena de implicar por via oblíqua em *reformatio in pejus* ou em verdadeira e vedada revisão *pro societate* (*Dos Recursos no Processo Penal*, Saraiva, 1988, pág. 35). Como já se disse anteriormente, é inquestionável que na hipótese de que se cuida estão presentes as situações exigidas pelo mencionado autor.

Coerente com o exposto, o parecer da Procuradoria de Justiça se orienta no sentido do conhecimento do recurso, concedendo-se preliminarmente *habeas corpus* de ofício em favor do réu, com fundamento no art. 648, VI, do Código de Processo Penal, para o fim de ser anulado o processo a partir da sentença, de forma a propiciar a que outra seja oportunamente proferida com regularidade. De conseqüência, a pretensão recursal formulada pelo réu condenado deve ser considerada prejudicada por falta de objeto.

Rio de Janeiro, 10 de maio de 1996.

Adolpho Lerner

Procurador de Justiça