

A NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA PENAL COMO ARTIFÍCIO PARA A MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO: *ERROR IN JUDICANDO*¹.

Mário Helton Jorge^{*}

Sumário: 1. Introdução. 2. Da ação penal pública. 3. Do pedido e da causa de pedir. 4. A prestação jurisdicional: correção entre a acusação e a sentença. 5. Da sentença. 6. Das irregularidades processuais. 7. Do sistema de nulidades processuais. 8. Nulidade parcial da sentença por ausência ou deficiência de motivação. 9. Das conseqüências processuais do decreto da nulidade parcial da sentença condenatória. 10. Breves conclusões.

Resumo: O texto trata do artifício adotado pelos tribunais de decretarem a nulidade parcial da sentença condenatória, em face de vício na aplicação da pena, com vistas a evitar a liberdade dos presos custodiados cautelarmente ou mesmo para evitar o aperfeiçoamento da prescrição, mas que caracteriza ofensa ao sistema normativo das nulidades e aos postulados da ciência do direito.

Palavras-chave: Sentença – aplicação da penalidade - nulidades – princípio da correlação – ato processual unitário – capítulos da sentença - ciência do direito – erros de procedimento e de julgamento.

¹ Pontes de Miranda, in Comentários ao CPC, vol. II, Rio de Janeiro:Forense, 1947, p.390-395, fazendo análise das falhas e incorreções no procedimento, conclui que se trata de erro in procedendo a má aplicação da norma jurídica processual, contrariando lições de Pietro Calamandrei.

^{*} Desembargador (TJ/PR). Mestre em Direito (PUC/PR). Prof. Escola da Magistratura do Paraná.

1. INTRODUÇÃO



decretação da nulidade parcial da sentença penal condenatória, ou do acórdão, por vício na fixação da pena – inobservância do sistema trifásico (art. 68 c.c. 59, do Código Penal) ou por deficiência de motivação (art. 93, IX, da Constituição Federal)- , tem sido utilizada pelos tribunais superiores² como artifício para a manutenção do decreto condenatório, com os objetivos de evitar, dentre outros, a repetição da parte hígida, a soltura do réu custodiado cautelarmente e o aperfeiçoamento do lapso prescricional da pretensão punitiva.

No entanto, a matéria, ainda que de alta relevância, não tem despertado maiores atenções, estudos e críticas da doutrina, mas, na jurisprudência dos tribunais, observa-se um avanço significativo de adesões à tese, após os primeiros acórdãos originários do Supremo Tribunal Federal.

Objetiva-se, portanto, examinar o tema sob o aspecto processual penal para demonstrar que o decreto de nulidade parcial está calcado em bases jurídico-processuais equivocadas, ainda que sejam relevantes os objetivos, considerando-se que a sentença é um ato processual simples, único, cujo pronunciamento se exaure em uma só conduta, pondo fim ao processo, tendo por consequência que o ato jurídico deve ser interpretado como um todo, ainda que possa ser dividido em capítulos, o que não induz ao equívoco de considerá-lo um ato complexo, este sim, pois se apresenta como um conglomerado de vários atos unidos pela contemporaneidade e pelo fim comum.

Para demonstrar que essa prática caracteriza o que se denomina de *erro in judicando*, pois, para eliminar um erro processual, comete-se outro, far-se-á incursão sobre a ação penal pública, onde o *dominus litis* postula a aplicação da sanc-

² STF-HC 73.987-3; STF- HC 74.424-9; STF-HC 80.524-8;STJ-RHC 709-SP; STJ-RESP 275.882; HC 34078-DF.

tio júris; sobre a causa de pedir e o pedido, onde são expostos o fato penalmente relevante e a pretensão condenatória; sobre a prestação jurisdicional, que deve guardar correspondência com a acusação; sobre a sentença, como sendo um ato unitário; sobre a ocorrência de eventuais irregularidades processuais; sobre o sistema de nulidades processuais; sobre a nulidade parcial da sentença por ausência ou deficiência de motivação; e sobre as conseqüências processuais do decreto da nulidade parcial da sentença condenatória.

2. DA AÇÃO PENAL PÚBLICA

A ação penal pública é exercida pelo Ministério Público, quando a lei o exige, de representação do ofendido, ou de requisição do Ministério da Justiça, nas hipóteses do artigo 102, § 1º, do Código Penal. Inicia-se por meio da denúncia (petição acusatória), em conformidade com o artigo 24 do CPP. Uma vez oferecida a denúncia, exercido está o direito-dever de ação penal (art. 25, CPP) e instaurada a relação processual (acusação-juiz).

Assim, através da denúncia, o Ministério Público provoca a atividade jurisdicional, dando conhecimento ao órgão competente de fatos que caracterizam uma infração penal, e postula a aplicação da *sanctio júris* ao culpado.

De outro lado, o Estado-Juiz não pode exercitar o seu direito-dever de punir, sem que seja acionado para a aplicação da *sanctio juris*. Portanto, o direito de pedir a tutela jurisdicional – atuação do Direito Penal Objetivo – consagra o direito de ação, pois pede-se ao Estado o julgamento de uma pretensão, em face de um bem juridicamente protegido.

Deve, pois, a denúncia conter “a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemu-

nhas”, de acordo com o artigo 41 do CPP.

3. DO PEDIDO E DA CAUSA DE PEDIR

Na denúncia, o órgão do Ministério Público pretende a condenação do réu. E, para pedi-la, obviamente, deve-lhe imputar a prática de um crime. O fato criminoso, pois, é a regra do pedido de condenação, *a causa petendi*, segundo Tourinho Filho.³

Não existe denúncia sem pretensão e sem causa de pedir. Assim, a denúncia tem como pedido imediato a condenação e mediato a pena prevista ao fato principal típico (sanção).

No dizer de Frederico Marques: “A ação penal condenatória é a que tem por objetivo o reconhecimento de uma pretensão punitiva ou de aplicação de medida de segurança, para que seja imposto ao réu o preceito sancionador da norma penal incriminadora”.⁴

A acusação é o objeto da ação penal e se traduz numa inculpação concreta suscetível de aplicação de pena ou medida de segurança.⁵

É certo que, no processo penal, pouco se faz referência ao pedido, tal como é específico no processo civil. No entanto, a acusação está para processo penal condenatório, assim como o pedido está para o processo civil de conhecimento, no que se refere à pretensão a ser tutelada pelo Estado-Juiz.

Assim, a acusação tem por objeto imediato o julgamento da pretensão punitiva e objeto mediato a imposição da sanção ao acusado. Tem-se, pois, que a acusação é elemento fundamental da denúncia, pois fica delimitada, mediante a imputação, a abrangência da prestação jurisdicional (concretiza-se

³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, vol.1, 6ª ed, Saraiva, 1982, p.335.

⁴ MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, vol.I, Bookseller, 1997, p.289.

⁵ Ob.cit. p.305.

pela sentença condenatória), vez que o fato delituoso “em tese” narrado, em que se baseia a pretensão, fixa o objeto da decisão do órgão judiciário.

A acusação deve ficar perfeitamente caracterizada pela descrição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, bem assim a qualificação jurídica do crime, de fundamental importância, uma vez que a sanção a ser imposta depende da qualificação jurídica dada ao fato pelo julgador, que, no final, poderá ser diversa (art. 383 e 384, CPP), significando, dizer, ainda, que a acusação contém um pedido condenatório genérico, no que se refere à imposição e à aplicação da pena.

Enfim, o pedido de condenação (genérico) fica delimitado pela imputação, porquanto a pretensão é a aplicação das penas previstas para a espécie delituosa descrita na denúncia. O quantum da pena não se define por ocasião da acusação, mas ficará determinado, *a posteriori*, com a qualificação jurídica dos fatos e das circunstâncias.

4. A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL: CORRELAÇÃO ENTRE A ACUSAÇÃO E A SENTENÇA

A prestação jurisdicional almejada pelo exercício da denúncia pelo Ministério Público é sem dúvida a de obter a condenação do acusado, por ofensa às normas penais que tutelam bens da vida.

A acusação tem seus limites no fato que é imputado ao acusado, sendo o fato delituoso que traça os limites da denúncia e da *res in judicium deducta*.

Portanto, o pedido contido na acusação é o de que o juiz condene o réu pela prática dos fatos que lhe são atribuídos; no entanto, as conseqüências jurídicas do fato independem de pedido, sendo irrelevante se constarem na denúncia, pois o julgador não está a ele vinculado e aplicará as sanções(ou não as aplicará, no caso de perdão judicial), que sejam adequadas, de

acordo com a definição jurídico-penal do tipo.

Assim, a correlação entre a acusação e a sentença, que é a correspondência entre o objeto da denúncia e o objeto da sentença, constitui garantia do réu de que não poderá ser condenado, sem que possa se defender da acusação, e também a garantia do *dominus litis* de que a tutela judicial será prestada, nos limites da pretensão, em face do monopólio estatal de fazer justiça (art. 345 CP), pela aplicação da *norma agendi*.

Portanto, da sentença condenatória segue-se automaticamente a aplicação da pena, que é sua consequência, em perfeita correlação com a acusação, exceto na hipótese de perdão judicial, quando não se aplica a sanção, porque autorizada pelo ordenamento jurídico.

5. DA SENTENÇA

Para Claus Roxim⁶, sentença é:

“o momento culminante do processo, destino e meio da prestação jurisdicional; sendo o fim do processo, a qual deverá ser justa, observando os estritos limites da legalidade, conferindo ao cidadão a garantia de um decreto decorrente de parâmetros justos e de ilimitada subjetividade do julgador; porém, com estrita normatividade prévia e processos regulamentados pelo direito”.

Por sua vez, Frederico Marques⁷ conceitua sentença “como sendo o ato de composição de litígio ou causa penal, em que o preceito normativo imposto pela ordem jurídica se transforma em preceito concreto e específico”.

Ney Fayet⁸, por sua vez, define sentença penal como sendo “a decisão do juiz que condena ou absolve o réu”.

⁶ ROXIN, Claus. Derecho Processo Penal. Trad. da 25ª ed. alemã por Gabriel E.Córdoba Y Daniel R. Pastor, revisada por Júlio B. J. Maier. Buenos Aires. Editores Del Puerto. S.R.L., 2000, p.415.

⁷ ob.cit. vol.III, p.19.

⁸ FAYET, Ney. A sentença criminal. São Paulo. Malheiros, 1995, p.166.

Tourinho Filho⁹ esclarece que, na doutrina, “reserva-se o nome de sentença para aquele ato jurisdicional por meio do qual se resolve a lide. A tendência, contudo, é para conceituá-la como o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, com ou sem julgamento do mérito. A sentença é o *ato* proeminente da relação processual”.

Assim, para ser pronunciada a sentença, que é a concretização da prestação jurisdicional, após ultrapassar as fases procedimentais realizadas para instruir o juiz, para que bem possa decidir, à luz do direito aplicável, procede-se à reconstituição dos fatos, de acordo com o acervo produzido, através de um trabalho mental e de lógica, para concluir pela condenação ou absolvição, julgando procedente ou improcedente a pretensão do órgão de acusação.

A sentença é tida como um ato declaratório de vontade (condena ou absolve) e como resultado de uma atividade mental (reconstrução dos fatos da acusação).

A sentença é composta pelos elementos essenciais: o relatório, a motivação ou fundamentação, o dispositivo e a autenticação, de acordo com o artigo 381 do CPP, formando um todo único.

E para a sentença produzir efeitos, necessário se faz a sua publicação, isto é, passar o seu conteúdo para o domínio da opinião pública.

Ademais, como efeito da publicidade da sentença, o juiz nada mais pode fazer, porquanto a sua atividade jurisdicional está esgotada (art. 463 CPC¹⁰). A sentença torna-se irretroatável e imutável, exceto nas hipóteses admitidas, nos embargos de declaração, ou de existência de erro material, quando, então, poderão ser corrigidos os vícios de atividade.

⁹ TOURINHO FILHO, Fernando. Manual... 2003, p.689.

¹⁰ Art. 463 CPC: Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la: I – para lhe corrigir, de ofício, ou a requerimento da parte, inexistências materiais. Ou lhe retificar erros de cálculo; II – por meio de embargos de declaração

Assim, com a prolação da sentença condenatória, o juiz julga procedente a denúncia, vale dizer, *o jus puniendi*, reconhecendo a responsabilidade do acusado (pedido imediato) e impõe-lhe a *sanctio júris* (pedido mediato), observando os artigos 387, I a IV, do Código de Processo Penal, e artigos 59 e 68 do Código Penal.

De se notar que *o efeito principal automático, de natureza penal (mérito), da sentença condenatória*, é o previsto no artigo 387, III, primeira parte, do CPP: *aplicação das penas*, as quais devem ser suficientes e necessárias para a reprovação e prevenção do delito, para ser justa (art.59,CP).

Pode-se afirmar, pois, que a sentença condenatória é um ato jurídico objetivo, porque os efeitos produzidos não derivam da vontade do juiz, mas da lei. Portanto, a sentença como ato processual, para ser prolatada, depende de vontade do juiz; *mas, os efeitos da condenação são os previstos na lei penal*.

Outro aspecto relevante a ser destacado é considerar-se a sentença como um ato processual simples, *equivalendo dizer que o ato se exaure em uma só conduta*, contrariamente a dos atos complexos, os quais se apresentam como um conglomerado de vários atos unidos pela contemporaneidade e pelo fim comum (vg:audiência de instrução e julgamento, onde são praticados atos instrutórios, postulatórios e decisórios).

A consequência de ser a sentença um ato processual simples é a de que deve ser interpretada como um todo, calcado no Princípio da Unidade da Sentença, ainda que possa ser dividida em capítulos, o que não induz ao equívoco de considerá-la um ato complexo. Interpretá-la de modo diverso implica na cisão do julgamento, caracterizando-a como um ato complexo, inconcebível pela sua própria natureza.

Corroborando que a sentença rege-se pelo Princípio da Unicidade, qual seja, que deve ser interpretada como um todo, destaca-se a lição de Jorge Vicente da Silva:¹¹

¹¹ SILVA,Jorge Vicente.Manual da sentença penal condenatória: requisitos & nuli-

“A sentença é um corpo único, onde a divisão em relatório, motivação, parte dispositiva etc. é mero indicativo de necessários itens para o exame judicial, orientando a lei por ordem lógica e de fácil abordagem e compreensão, não sendo porém essencial e absoluta, desde que as partes entendam os motivos fáticos de direito que levam o juiz a optar por aquela sistemática de abordagem”.

Das lições de Cândido Rangel Dinamarco, destaca-se que:

“... a sentença é uma só e formalmente incindível como ato jurídico integrante do procedimento; também um só e formalmente incindível é o decisório que a integra. Mas, substancialmente, o decisório comporta divisão, sempre que integrado por mais de uma unidade elementar – residindo em cada uma dessas um dos preceitos imperativos ali ditados¹²”. Mais adiante esclarece: “como ato formalmente único que é a sentença comporta um recurso só, não –obstante sua divisão em capítulos mais ou menos autônomos e quaisquer que sejam os variados conteúdos de cada um desses capítulos... Esse capítulo, estando integrado no corpo unitário de uma sentença, não se destaca dos demais em razão de seu conteúdo, para receber um tratamento diferente, no tocante ao recurso cabível; caberá sempre e somente o recurso de apelação, porque o conteúdo de cada capítulo não exerce influência alguma na determinação do recurso adequado ao caso¹³”.

Pondere-se, ainda, com observância das lições de Pontes de Miranda, que o vício incidente no elemento essencial aniquila todo o ato jurídico, quando esse não suportar a divisão em suas partes, acrescentando-se, também, que a nulidade parcial somente é possível nos negócios jurídicos complexos.

Ademais, a sentença ao admitir cômoda divisão de seus componentes estruturais, em relatório, fundamentação e dispositivo, possibilita a realização de cortes, com vistas a identificar capítulos, quando ocorrerem duas ou mais questões soluciona-

dades. Curitiba: Juruá, 2003, p. 45.

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. Capítulos da sentença. São Paulo. Malheiros, 2002, p. 63.

¹³ Ob.cit. p. 115

das na fundamentação, tal como a existência de crimes conexos (um de estupro e outro de roubo – duas pretensões), podendo ser impugnada apenas a decisão sobre um dos crimes, ou mesmo no crime único (furto qualificado), em relação à condenação e à pena, onde a parte poderá impugnar a existência das qualificadoras, ou somente a aplicação da pena.

Na primeira hipótese – crimes conexos -, examinam-se os elementos do crime de estupro e os do roubo, individualmente, pois são crimes autônomos e independentes. Poderiam ser objeto de duas sentenças, pois decorreram de duas pretensões condenatórias. Aqui, admite-se a cisão da sentença em relação a um dos crimes, para que outra seja prolatada, com todos os seus elementos estruturais.¹⁴

Na segunda hipótese, a pretensão é única, examinando-se a ocorrência do tipo penal e a das qualificadoras. Pode ocorrer que a defesa impugne somente as qualificadoras, para que o delito seja desclassificado para o de furto simples. Na fundamentação, haverá toda a atividade do juiz, no sentido de motivar a existência ou não das qualificadoras. A conclusão da existência do furto qualificado estará no dispositivo, em decorrência da fundamentação.

Assim, eventual recurso da defesa poderá incidir somente sobre as qualificadoras (recurso parcial), razão pela qual se admite o corte do *decisum* (fracionamento do furto das qualificadoras), definindo a matéria sobre a qual versarão as razões recursais.

Diversamente, da hipótese dos crimes conexos, o crime

¹⁴ STH-HC 7743-SP – T.6. Rel. Min. Vicente Leal, j.02.03.99 – EMENTA – PENAL-HABEAS-CORPUS – SENTENÇA CONDENATÓRIA- CONCURSO MATERIAL- INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA- NULIDADE PARCIAL. Reconhecida em sede de habeas-corpus a nulidade parcial da sentença por defeito na fase de individualização da pena em relação à alguns dos delitos imputados ao réu – concurso material – o vício não se estende a toda a sentença se o juiz sentenciante, no tocante a um dos delitos, observou os regramentos próprios, como precisa observância ao sistema trifásico, previsto no art. 68, do Código Penal. Recurso ordinário desprovido”.

de furto é autônomo em relação às qualificadoras, mas as qualificadoras não são autônomas em relação ao crime de furto. Aqui não se admitem duas sentenças. A pretensão é única. Eventual vício na motivação das qualificadoras não poderá ser superado pela manutenção da sentença condenatória do furto, para que outra seja prolatada, somente em relação às qualificadoras.

O fracionamento do *decisum* da sentença, em capítulos, somente pode ser admitido, desde que existam unidades autônomas e independentes, tal como nas duas pretensões de condenação nos crimes conexos (em concurso).

6. DAS IRREGULARIDADES PROCESSUAIS

Para o enfrentamento da temática, de se indagar quais são os atos praticados no processo penal passíveis de serem sancionados com a decretação de nulidade?

Para se alcançar uma resposta razoável para a indagação, é importante recapitular os passos do procedimento e os das atividades desenvolvidas pelas partes, na relação processual.

O juiz é o terceiro imparcial da relação processual *inter partes*, que se substitui aos litigantes no interpretar a norma legal e no aplicá-la. Realiza, pois, a aplicação autoritativa do direito, por haver faltado à aplicação voluntária, que se apresentava como dever ao particular, em razão da incidência dos fatos da vida ao suporte fático da norma.

No entanto, a posição do juiz, no processo, em face do seu poder-dever jurisdicional, não se limita ao julgamento de fundo (aplicação do direito material), porque, até chegar à sentença, o magistrado e as partes têm que desenvolver atividades, através da prática de atos processuais, preparativos do julgamento final, tido como o ponto final da jurisdição: certificação do direito para a sua aplicação autoritativa. Neste percurso, são

seguidas regidamente as normas de procedimento para possibilitar a aplicação das normas de conduta.

A propósito, o direito material penal estabelece normas de conduta, isto é, estabelece previamente as conseqüências para determinados comportamentos. As necessidades da vida inspiram a atuação dos homens no grupo social, limitando-se o direito material a valorá-las, segundo o critério político-jurídico adotado à época.

No direito processual penal, o legislador não seleciona comportamentos humanos para lhes emprestar relevância jurídica. Determina forma única de comportamento, vedando os demais. No processo, a atividade é predeterminada, descritiva, sendo a única lícita. Equivale dizer que está descrito como se realizará um processo, no futuro. É o itinerário a ser percorrido, desde a denúncia até a sentença...

Nesse sentido, tudo o que o juiz deve fazer, ou pode fazer no processo, está predeterminado nas normas processuais. Havendo desvio de itinerário, desbordando dos limites traçados, *pratica ato ilegal*, passível de ser sancionado de nulidade.

Dentre os deveres do juiz, traçados no processo, destacam-se: (a) o de impulsionar o processo para que ele chegue ao fim, de acordo com o itinerário previamente traçado; (b) de sentenciar sobre o mérito (aplicação do direito material) da demanda, uma vez constituída regularmente a relação processual; (c) o dever de motivar a decisão de mérito (razões de convencimento) ou a razão de não poder julgá-la, pela falta de pressupostos processuais (aplicação do direito formal).

Qualquer omissão do juiz no dever formal de agir caracteriza a violação *in omittendo* da lei processual. Mas a ação do juiz deve ser na forma da lei; se no seu agir violar a norma processual, configurada está a violação *in faciendo*.

Como visto, a atividade do juiz é delineada pelas normas processuais, sempre traduzida em declaração, e em comunicação de vontade, revestidas de resoluções. As resoluções

podem se apresentar sob forma de decisões definitivas, ou terminativas. Portanto, são espécies de pronunciamento judicial.

Dentre as atividades do juiz, a doutrina classificou a natureza do juízo emitido pelo julgador. Não há dúvida de que o juiz emite juízos da sua própria atividade, como antecedentes necessários ao seu comportamento no processo; se defeituosos, conduzem a vícios de atuação, que se traduzem em violação da lei processual, classificado como *error in procedendo*. O impulso processual é decorrente do agir do juiz. No decidir questões processuais, o pronunciamento contém juízo sobre o comportamento das partes. As normas processuais destinam-se às partes, enquanto partes, porque determinam as respectivas atuações, e ao juiz para fazer atuar a jurisdição. *O error in procedendo, portanto, pode dizer respeito à validade do processo ou da própria sentença.*

O juízo de mérito diz respeito ao comportamento do réu, ou de sua conduta, fora do processo, isto é, o juiz julga a conduta do réu descrita na denúncia, aplicando a norma específica do tipo legal violado (direito objetivo). A decisão definitiva (sentença condenatória ou absolutória) é o objetivo perseguido, não só pelas partes, como pelo Estado-juiz.

Concluída, portanto, a instrução, após coletado todo o material que se fez possível ao pronunciamento de fundo, a sentença (emissão de juízo sobre a conduta do réu descrita na denúncia) não desponta como consequência lógica de todos os atos processuais realizados, porque se faz necessário o exame de todo o material colacionado sobre os fatos, à luz das normas reguladoras.

O trabalho lógico desenvolvido no plano do pensamento e exposto na sentença (conclusão) constitui o juízo, que nada mais deve ser do que a vontade concreta da lei.

Pode ocorrer que não haja coincidência entre a vontade da lei com a vontade concreta expressada na sentença, cuja divergência pode ser decorrente de erro na atividade intelectual

do julgador, caracterizando a sentença, dita, injusta, derivada de um erro ocorrido no raciocínio, na fase decisória. Aqui fica evidenciado o que a doutrina denomina de *error in iudicando*.

Portanto, o *error in procedendo* diz respeito à validade do processo (vg:ausência de citação), ou da sentença (vg:*ultra petita, extra petita, infra petita*), enquanto que o *error in iudicando* diz respeito à justiça da sentença, a qual *não interfere na sua validade*.

Como visto, o juízo condenatório enseja a declaração do direito, reconhecendo-se a procedência da denúncia (pedido imediato). Da condenação, provém o seu efeito principal que é aplicação da sanção penal (pedido mediato).

A sanção penal é a consequência da condenação como solução pleiteada pelo órgão de acusação. Assim, é razoável concluir que a prestação jurisdicional não se satisfaz somente com o decreto condenatório, mas também com a aplicação da sanção, sob pena de haver violação às regras de procedimento.

7. DO SISTEMA DE NULIDADES PROCESSUAIS

Na sistemática das nulidades do processo penal, encontra-se a negação ao excesso de formalismo, tal como se observa na Exposição de Motivos (itens II e XVII), estabelecendo a prevalência dos impedimentos de declaração, ou de argüição das nulidades, tal qual estampa o artigo 563, do CPP:

“Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resulta prejuízo para a acusação ou para a defesa”.

É o princípio *pás nullitè sans grief*, pelo qual não existe nulidade, desde que da preterição da forma legal não haja resultado prejuízo para as partes, o qual deve ser provado pelo interessado, nas nulidades relativas, e presumido, nas absolutas.

Por outro lado, se não houver a possibilidade de sanar a irregularidade formal, o ato deve ser novamente praticado, à

luz do artigo 573 do CPP:

“Os atos cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos superiores, serão renovados ou retificados”.

A correção pode ser efetuada por renovação, onde é realizado novamente, ou retificado, em que é alterado ou completado de acordo com as disposições legais. Corrige-se o ato viciado, por razão de economia processual, decorrente do princípio *utile per inutile non vitiatur*.

A não contaminação do que é válido pelo que é viciado é chamado de princípio da conservação do ato processual.

Portanto, o decreto das nulidades deve ser aplicado em conformidade com os parâmetros constitucionais: princípios e regras. Assim, marca-se como ponto de partida o Princípio do Devido Processo Legal (art. 5º, LIV, CF/88) para interpretar em que sentido os atos processuais podem ser considerados nulos.

Nesse sentido, o devido processo legal pode ser procedimental (formal) e substancial (material), entendido como a indispensável observância dos requisitos formais estabelecidos em lei.

Assim é que o procedimento deve fiel observância ao princípio da legalidade; logo, uma vez realizado o ato processual, em desacordo com a lei, deve ser sancionado com o decreto de nulidade.

Por outro lado, o devido processo legal substancial assegura que o ato processual somente deve ser anulado, se não alcançar a finalidade, pois não seria razoável e proporcional anular um ato que de qualquer forma atingiu o fim colimado pela lei.

Consagrou-se, portanto, o princípio da instrumentalidade das formas (*procedural due processes of law*) e o princípio da finalidade do ato processual (*substantial due processes of law*).

Portanto, o vício do ato consiste na falta de um dos re-

quisitos exigidos pela lei para a sua validade e decorre da desobediência ao modelo legal.

Não sendo praticado o ato na forma expressa na lei, o ato será viciado. A finalidade do ato processual é o resultado prático a ser alcançado com a sua realização. O critério para identificar a nulidade de um ato é o da falta de sua idoneidade para alcançar o fim ao qual se destina, por ausência dos requisitos essenciais.

Se o ato não apresentar os requisitos indispensáveis para alcançar o objetivo deverá ser considerado nulo; contrariamente, se alcançar a finalidade, então, considerar-se-á válido. Ademais, o aproveitamento do ato processual não pode resultar em prejuízo, nem para a acusação e nem para a defesa.

A esta altura, circunscrito no âmbito das nulidades, é de se indagar se a sentença condenatória, desprovida de sanção (pena), pode alcançar a sua finalidade, isto é, se está apta a dar a resposta penal ao infrator da norma que tutela juridicamente um bem ?

Afigura-se razoável afirmar-se negativamente, pois a tutela jurisdicional, no momento, é apenas parcial, não havendo a correlação da sentença com a denúncia. O fim da sanção penal é o de reprovação da conduta delituosa.

De se notar, ainda, que a nulidade atinge o ato que não alcança a sua finalidade. A sentença toda (relatório – fundamentação – dispositivo – autenticidade) é um ato processual único, embora somente no *decisum* se formulem preceitos imperativos, destinados a produzir efeitos sobre a vida do réu, somente atingirá a sua finalidade, sendo procedente a pretensão, se condenar o réu e aplicar-lhe a sanção correspondente, como último ato do processo.

A nulidade parcial do dispositivo da sentença – no que se refere a aplicação da pena – para que outra seja realizada – implicará na cisão do ato jurídico único e último do processo. Assim, como será possível praticar outro ato processual se o

processo já está extinto?

Na hipótese da sentença, é inaplicável o princípio da conservação dos atos processuais - a não contaminação do que é válido pelo que é viciado – porquanto se trata de ato processual único, não passível de renovação parcial. Entretanto, assim sendo admitido, fica caracterizado o *error in iudicando*, pelo equívoco na aplicação dos efeitos da norma processual (artigo 564,inc.IV,c.c. 573, CPP), pois não é possível a co-existência de duas sentenças relativas à mesma pretensão.

8. NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA OU DEFICIÊNCIA DE MOTIVAÇÃO.

Para a fixação da pena, em decorrência da condenação, existe um método, que está definido no artigo 68 e 59 do Código Penal (modelo legal). Assim, a pena deve ser fixada em três fases distintas, dito sistema trifásico, pois, por primeiro, fixa-se a pena-base, após, levam-se em conta as circunstâncias agravantes e atenuantes e, finalmente, as causas de aumento e de diminuição.

A pena-base é fixada com observância de oito circunstâncias legais, de acordo com a pena prevista no tipo legal violado, seguindo-se a definição do regime prisional, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Portanto, o método é a parte formal da aplicação da pena. O desvio do itinerário configura vício de atividade do juiz, isto é, *error in procedendo*, que leva a nulidade do ato, sem dúvida.

Ademais, é necessário esclarecer o fundamento que dá suporte ao *quantum* de pena estabelecido na sentença, da mesma forma o porque da definição do regime penitenciário, ou mesmo da substituição das penas. Isto é, dizer às partes das razões do convencimento do juiz; justificar a posição adotada com dados concretos extraídos das provas produzidas nos au-

tos, cumprindo assim o dever de motivação.

Por outro lado, além do itinerário (método) a ser seguido na individualização da pena, cada fase, que defina a pena a ser aplicada, deve ser motivada. Pode, destarte, ocorrer no caminho percorrido erro de procedimento, viciando o ato.

Já, no que se refere à dosagem da pena, examina-se a culpabilidade, que é o pressuposto da pena. A sanção, ou pena, somente será imposta, quando for positivo, ou possível o juízo de reprovabilidade, sobre o comportamento passado.

Aqui, o juízo é de mérito (aplicação do direito material motivado). Na fixação da pena base, cada circunstância deve ser valorada com amparo em dados concretos, subtraídos do acervo probatório, produzido na instrução. Podem ser constatados *erros in procedendo* ou *in judicando*; *in procedendo*, por ausência ou deficiência de motivação; *in judicando*, por qualificação equivocada do fato em relação à circunstância, ou ainda por pena exacerbada (injusta).

A importância na definição da espécie de erro está na consequência de seus efeitos. Se for erro essencial de atividade, leva-o a sanção de nulidade; por sua vez, se for erro essencial de julgamento, o ato pode ser revisto, reformado, não se lhe aplicando a sanção de nulidade.

Assim, somente os vícios de atividade podem levar a nulidade integral da sentença, mister por falta de motivação. Se for erro de quantificação da pena, o ato poderá ser revisto pelo juízo *ad quem*.

Destaca-se, a propósito, a posição adotada por Antônio Magalhães Gomes Filho:¹⁵

“... tanto a falta de apresentação de qualquer justificação como a fundamentação incompleta, não dialética, contraditória, incongruente ou sem correspondência com o que consta dos autos, em relação à aplicação da pena, *devem levar ao reconhecimento da nulidade da própria sentença condenatória*,

¹⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001, p.216/217.

pois na verdade é a motivação desta que estará incompleta, na medida em que um dos pontos sobre o qual deveria versar não ficou devidamente fundamentado.(destaquei)

Sobre o tema, pode-se afirmar que a jurisprudência dos tribunais brasileiros tem sido bastante criteriosa e exigente, estabelecendo como princípio a nulidade da sentença condenatória sempre que não seja observado o critério trifásico, ou não devidamente justificada a imposição de pena acima do mínimo legal, bem como a fixação de regime inicial mais grave, quando existir outro mais favorável ao condenado.

Também, segundo uma consagrada tendência jurisprudencial, a nulidade não é reconhecida quando se tratar de pena aplicada no mínimo legal ou então, diante de um vício de motivação, o tribunal simplesmente reduz a sanção àquele mínimo, sem decretar a invalidade da sentença”.

Contudo, o renomado doutrinador, destaca em nota de rodapé:

“Não merece ser compartilhada, portanto, a posição consagrada em alguns julgados do STF em que se anulou tão-somente a parte da sentença em que constando o vício, determinando-se a prolação de nova decisão sobre a aplicação da pena(HC 68.865-9-RJ, DJU 15.05.1992; HC 69.101-3-SP, DJU 29.05.1991, RTJ 140:593)”(destaquei).

9. DAS CONSEQÜÊNCIAS PROCESSUAIS DO DECRETO DA NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA CONDENATÓRIA.

Prolatada a sentença condenatória com a aplicação da sanção penal pelo juiz *a quo* , posteriormente, submetida à instância superior, através de recurso de apelação, ou pela via do habeas-corpus, e uma vez constatado vício na aplicação da pena, em face da inobservância do método, ou pela ausência de motivação, tem sido decretada a nulidade parcial da sentença pelos tribunais, subsistindo o ato processual até o dispositivo, no que se refere à parte condenatória.

Tanto a ausência de motivação da pena, como a inobservância do método trifásico, caracteriza vício processual,

decorrente de *error in procedendo*, isto é, erro de atividade judicante.

O reconhecimento pelo tribunal *ad quem* da nulidade da pena aplicada, com subsistência apenas da parte condenatória, enseja a necessidade da *complementação da sentença*, com a aplicação de (novo/outro) apenamento pelo juiz *a quo*, após o trânsito em julgado do acórdão, o qual faz coisa julgada do decreto de condenação.

Nessa hipótese, ocorre a substituição da sentença pelo acórdão, em face do efeito substitutivo da apelação, de acordo com o artigo 512 do CPC:

“O julgamento feito pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso”.

Segundo lição abalizada de Nélson Nery Júnior¹⁶, de acordo com o artigo 512, do CPC, “a decisão a respeito do mérito do recurso substitui integralmente a decisão recorrida. Assim, somente se poderá cogitar de efeito substitutivo do recurso, quando este for conhecido e julgado pelo mérito, pois do contrário não terá havido pronunciamento da instância recursal sobre o acerto ou desacerto da decisão recorrida.”

E segue, “ainda que a decisão recursal negue provimento ao recurso, ou, na linguagem inexata mas corrente, ‘confirme’ a decisão recorrida, existe o efeito substitutivo, de sorte que o que passa a valer e ter eficácia é a decisão substitutiva e não a decisão ‘confirmada’”.

Portanto, a parte da sentença confirmada deixa de existir no plano jurídico, passando a valer e ter eficácia somente a decisão substitutiva contida no acórdão. Vale dizer, sem a sanção penal, que foi anulada, não opera sobre esta parte da sentença o efeito substitutivo da apelação, posto que sobre a pena o acórdão nada examinou e nada decidiu.

Em decorrência do retorno dos autos ao juízo de ori-

¹⁶ NERY JUNIOR. Nelson. Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos – 5ed. Revista dos Tribunais, 2000, p.421.

gem, a pena deverá ser aplicada; isto é, nova atividade do juiz será necessária, traduzida em ato processual independente e isolado da sentença original. No entanto, sobre uma pretensão só pode existir uma sentença, que é una e incindível.

Agora, tem-se, no plano concreto, (a) o acórdão contendo a eficácia da decisão condenatória, realizado por um colegiado, e (b) um outro ato processual, posterior, realizado pelo juiz singular, onde foi aplicada uma sanção, sem forma de sentença!, em instância diferente, em nível hierárquico inferior.

Não há suporte jurídico para dar sustentação a tese de que um ato processual praticado pelo juiz *a quo* possa complementar o ato processual de natureza colegiada, juiz *ad quem*, em razão da competência e do procedimento.

Outra questão processual que surge é a vedação da prática de atos pelo juiz, após a publicação da sentença (art. 463, do CPC).

Na hipótese do decreto da nulidade parcial da sentença pelo tribunal *ad quem*, após o trânsito em julgado do acórdão, os autos retornarão ao juiz *a quo* para a aplicação da pena. No entanto, ao juiz é vedada a prática de novos atos processuais, objetivando modificar a sentença, exceto nas hipóteses do artigo 463, do CPC: embargos de declaração e correção de erro material.

E qual é a natureza do ato processual da fixação da pena, isoladamente, para fins recursais, considerando que não tem forma de sentença definitiva, eis que não é condenatório e nem absolutório (a imputação da pena tem como pressuposto a culpabilidade, enquanto que a condenação exige fato típico e anti-jurídico)? Ademais, caberia, oportunamente, ação revisional no que tange à aplicação da pena, se o artigo 621 do CPP refere-se á sentença condenatória?

Como visto, ainda que tenha efeitos práticos a conservação da sentença, na parte não viciada, com vistas a evitar a repetição do ato, certo é que há necessidade de os tribunais

atentarem para os princípios que revelam o Direito uma Ciência, nas palavras do Ministro Marco Aurélio:¹⁷

“Evidentemente, não se levou em conta o que preceituado no artigo 59 do Código Penal. O fato atrai para o decreto condenatório a pecha de nulo. Por outro lado, descabe ao Judiciário construir visando a afastar a possibilidade de ter-se como configurada a prescrição. O provimento judicial, conforme enaltecido por uníssona doutrina, revela, em se tratando de uma mesma ação, um grande todo. Impossível é falar-se em condenação sem pena. A lógica conduz, por isso mesmo, à insubsistência da tese de que é possível caminhar-se para a declaração de nulidade parcial. Atente-se para a circunstância de que somente a declaração condenatória recorrível, é fator interruptivo da prescrição. Ora, o acórdão, tal como resultará da concessão parcial deste hábeas, não se mostrará recorrível, porque incompleto, faltando-lhe o que revela materialmente, no campo das conseqüências, a condenação, ou seja, a própria pena que a caracteriza”.

Por tais motivos, ressaltando a necessidade de o Supremo Tribunal Federal atentar para os princípios que revelam o Direito como Ciência, concedo a ordem, fulminando o acórdão condenatório proferido, a fim de vir a ... proferir outro, observando, em tudo, o que se contém em nossa ordem jurídica...”.

Sendo, pois, o Direito uma Ciência, que traduz sempre um conjunto de proposições que recebem o qualitativo de “verdadeiras”, valendo, ainda, dizer que também poderiam ser “falsas”. No entanto, a verdade ou a falsidade de uma proposição se estabelece pela verificação, através da experimentação, ou da observação, esta própria para o Direito. Assim, a ciência do direito se preocupa em determinar o alcance dos juízos de valor jurídicos, razão pela qual é possível assim qualificá-la.

Portanto, ao interpretar a lei dessa ou daquela forma, a ciência jurídica busca determinar o seu alcance, sem contradição, fornecendo ao Juiz um sistema de proposições, que depois de aplicadas tornam previsíveis as suas decisões e, via de conseqüência, reduz a margem de arbitrariedade, proporcionando

¹⁷ STF-HC 73.987-3-RJ(vencido como relator).

segurança jurídica, ainda que esta não dependa exclusivamente da previsibilidade das decisões.

Por fim, afigura-se razoável afirmar que a Ciência Jurídica projeta a jurisprudência, a qual, possuindo alto conteúdo pedagógico, não deve subverter o valor contido nas proposições, já observadas cientificamente. Assim, a jurisprudência, antes de procurar mascarar as deficiências do aparelho estatal, deve preservar as proposições científicas.

10. BREVES CONCLUSÕES

Com base na fundamentação exposta, afigura-se razoável concluir, processualmente, que:

(a) é impossível a cisão da sentença penal condenatória, decorrente de uma só pretensão, ainda que seja estruturada em relatório, motivação e dispositivo, considerando-se que é um ato único, que se exaure em um só pronunciamento, não passível de ser complementado, após o decurso do trânsito em julgado;

(b) o fracionamento do *decisum* da sentença, em capítulos, somente pode ser admitido, desde que existam unidades autônomas e independentes, tal como na hipótese de duas pretensões de condenação (nos crimes conexos), possibilitando o decreto da nulidade parcial da sentença, na hipótese de erro de procedimento, em relação a uma das pretensões;

(c) o decreto de nulidade parcial da sentença viola o princípio da correlação entre a acusação e a sentença;

(d) o ato de complementação da sentença parcialmente nula pode ensejar a violação do princípio do juiz natural da causa, porquanto, no retorno dos autos à origem, a aplicação da pena poderá ser realizada por outro magistrado, que não o do ato original;

(e) a aplicação da pena, através de um segundo pronunciamento jurisdicional, viola o artigo 463, CPC, pois a senten-

ça, uma vez prolatada, torna-se irretratável e imutável, exceto nas hipóteses admitidas, nos embargos de declaração, ou de existência de erro material, quando, então, poderão ser corrigidos os vícios de atividade;

(f) o vício na aplicação da pena na sentença, ou no acórdão, no juízo *a quo* caracteriza o *error in procedendo*, cujo vício não se sana com a decretação da nulidade parcial do pronunciamento, no juízo *ad quem*, pois padece de outro vício caracterizando o *error in judicando*.¹⁸



¹⁸ A decretação da nulidade parcial da sentença, na instância recursal, caracteriza erro *in judicando*, assim considerando que não existe vício processual na decisão, mas erro na aplicação dos efeitos da norma processual (artigo 564, inc. IV, c.c. 573, CPP), cujo acórdão pode ser reformado em instância superior, para que seja ampliado o alcance da nulidade sobre toda a sentença. Se fosse considerado erro *in procedendo* o acórdão poderia ser anulado em instância superior, para que outra decisão fosse prolatada. E para que ficasse caracterizado o erro de procedimento deveria estar a decisão embasada em motivação equivocada, mas o que não ocorre na hipótese.