RECURSO ESPECIAL Nº 1.711.996 - SP (2017/0305172-1)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : JUNIOR FOSCHIANI GUIDELLI

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, fundado na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça local, que absolveu o acusado, tendo em vista a ocorrência da nulidade da decisão do juiz sentenciante que, de ofício, modificou a pena restritiva de direitos por uma mais gravosa.

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados (e-STJ fls. 463/466).

Nas razões do recurso especial, alega a parte recorrente violação dos artigos 564, inciso IV, e 573, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal e do artigo 44 do Código Penal. Sustenta:

> *1. Exaurida a jurisdição pela v entrega e publicação da prestação jurisdicional, são nulos os atos,judiciais decisórios complementares, ressalvadas as hipóteses do artigo 1.022 do Código de Processo Civil, aplicáveis ao processo penal!por, força dos artigos 3º, 382 e 619 do Estatuto Processual Penal.*
>
> *2. Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação de nulidade, o tribunal não a pronunciará.*
>
> *3. Não há que .se falar em nulidade por reformatio in pejus da decisão que, em recurso da defesa, altera a pena restritiva de direitos imposta pela sentença, porque não existe gradação entre elas.*
>
> *4. Compete ao juiz a escolha discricionária da pena restritiva de direitos mais adequada, sem que se cogite de um direito subjetivo do réu.*

Apresentadas contrarrazões (e-STJ fls. 486/492), o recurso foi admitido (e-STJ fls. 495), manifestando-se o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso especial (e-STJ fls. 507).

É o relatório. **Decido**.

Conforme se depreende dos autos, insurge-se o *Parquet* contra acórdão proferido em 2º grau que, ante o reconhecimento da nulidade da decisão proferida pelo juízo sentenciante que alterou, de ofício, a pena restritiva de direito aplicada, decidiu absolver o acusado.

O juízo sentenciante condenou o ora recorrido, como incurso nas sanções do art. 155, parágrafo 4º, inciso III (por sete vezes), à pena de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, tendo sido substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em uma pena de multa e uma prestação pecuniária no valor de um salário mínimo, à entidade assistencial local (e-STJ fls. 378/379).

Contudo, após publicada a sentença condenatória, o Juízo de primeira instância a corrigiu, de ofício, nos seguintes termos (e-STJ fl. 381):

> *JÚNIOR FOSCIIIANI GUIDELLI, foi sentenciado a fls. 307/317 c, porem» material, constou a substituição da pena privativa de liberdade por multa e uma restritiva de direitos, consistente em Prestação Pecuniária no valor de um salário mínimo, á entidade assistcncial local, a ser destinada pelo Juízo das Execuções Criminais, quando o correto seria a substituição da pena privativa de liberdade por multa, e uma restritiva de direitos, consistente em Prestação de Serviços à Comunidade, pelo prazo da pena corporal, com carga horária semanal mínima, a ver definida pelo Juito das Execuções Criminais.*
>
> *Em assim sendo, DECLARO A SENTENÇA cm apreço, para constar os seguintes termos:*
>
> *"Presentes os requisitos legais, nos termos do artigo 44, §2º, do Código Penal, substituo a pena privativa dc liberdade do réu por multa, que fixo no mínimo legal de 10 (dez) dias-muha e pena restritiva de direitos, consistente em Prestação de Serviços à*

> *Comunidade, pelo prazo da pena corporal, com carga horária semanal mínima, a ser definida pelo Juízo das Execuções Criminais".*
>
> *No mais. persiste a sentença tal como foi lançada.*

Contra a referida decisão, o acusado interpôs apelação, que fora provida pelo Tribunal de Justiça para absolvê-lo da imputação do crime de furto, em razão da nulidade da sentença condenatória, decorrente da sua correção, de ofício.

Deste acórdão foi apresentado o presente Recurso Especial pelo Ministério Público requerendo que *seja restabelecida a r. sentença condenatória (fls. 307/317) ou declare nulo o acórdão e determine a restituição do processo à origem a fim de que, reconhecida a nulidade do ato judicial decisório complementar de fl. 319 seja fixada a pena restritiva de direitos que entender mais adequada* (e-STJ fl. 482).

O recurso merece acolhida.

O Tribunal de Justiça, ao decidir a controvérsia, consignou (e-STJ fls. 451/452):

> *Melhor sorte toca à Segunda preliminar.*
>
> *Respeitado o entendimento do ilustre Magistrado, creio que nâo poderia ter ocorrido a alteração do que constava na r. sentença.*
>
> *A questão foi analisada por Mirabeti, que nos ensina ser possível corrigir pequenos erros materiais: Completada a decisão com a publicação, a sentença se torna Irretratável, salvo as exceções legais.*
>
> *Lembra o doutrinador os embargos de declaração e erros.*
>
> *No caso, a r. sentença assim determina:*
>
> *Presentes os requisitos legais, nos termos do artigo 44, do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por multa, que fixo no mínimo legal de dez dias multa e uma restritiva de direitos, consistente na Prestação Pecuniária...*
>
> *Foi ela publicada e registrada no sistema SAJ.*
>
> *No mesmo dia, há esclarecimento de erro material afastando a prestação pecuniária e sendo imposta prestação de serviços à*

> *comunidade.*
>
> *Pelo que se constata, não se trata de erro material. Houve substancial modificação da pena que impôs ao acusado pena restritiva dc direitos mais gravosa.*
>
> *Constatado este fato, conclui-se que houve prejuízo para a defesa e rompimento de preceito essencial de validade da sentença.*
>
> *No entanto, eventual reconhecimento de nulidade acarretaria prejuízo ao acusado, sendo assim, a solução que se apresenta 6 a absolvição. De fato, em recurso exclusivo do acusado, não é possível adotar solução que lhe traga prejuízo, como neste caso.*
>
> *Assim, pelo meu voto, absolvo Júnior Foscliiani Cuidelli da imputação descrita na inicial, comunicando-se a presente decisão com urgência ao MM. Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais.*

Ora, pela leitura do trecho acima, verifica-se que o Tribunal de Justiça ao dar provimento ao apelo defensivo, absolveu o acusado da imputação do crime de furto, em razão da nulidade do ato judicial decisório complementar, em que o juízo sentenciante, de ofício, após publicação da sentença, alterou a pena restritiva de direito aplicada.

Ocorre que, sob tal contexto, a única consequência possível em razão da cassação da complementação da sentença (correção de ofício), no caso, seria apenas o restabelecimento das penas restritivas de direito aplicadas na primeira decisão, motivo pelo qual verifico a ilegalidade no reconhecimento da absolvição.

Nessa linha, a nulidade da decisão complementar à sentença, apenas no tocante à substituição da pena, não desconstitui o decreto condenatório.

Abaixo, acompanhando o mesmo raciocínio, os seguintes julgados:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ANULAÇÃO DA*

INSTRUÇÃO CRIMINAL PELO TRIBUNAL DE ORIGEM POR VIOLAÇÃO DO ARTIGO 212 DO CPP E SISTEMA ACUSATÓRIO. CONSEQUÊNCIA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA REPETIÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ERRO IN PROCEDENDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. O erro in procedendo constitui-se em erro de forma, decorrente da inobservância dos requisitos formais necessários para a prática de um ato processual, sendo sua consequência a invalidação do ato, com sua cassação, anulação e consequente repetição dos atos processuais atingidos, não sendo, pois, cabível absolvição que requer, para sua declaração, a constatação de erro in judicando.

[...]

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 316.721/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 17/03/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NULIDADE POR VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO. NULIDADE RECONHECIDA PELO EG. TRIBUNAL A QUO, COM A CASSAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA E RETORNO DOS AUTOS PARA RENOVAÇÃO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

III - Não se verifica qualquer ilegalidade no acórdão reprochado que, em razão da ausência do Ministério Público em audiência de instrução, reconhece a existência de nulidade insanável por violação ao sistema acusatório, determinando a renovação da instrução processual.

IV - Reconhecida a nulidade insanável, portanto, tem-se como consequência lógica o refazimento do ato, não havendo se falar em possibilidade de anulação da prova e consequente absolvição do paciente com fulcro no art. 386, inciso VII, do CPP.

Habeas corpus não conhecido. (HC 316.719/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 16/10/2015)

> *PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 121, CAPUT, C/C ART. 14, INCISO II, DO CP. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 14, INCISO II, E 68, DO CP, E ARTS. 381, INCISO III, 563, 564, INCISO III, M E 617 DO CPP. NULIDADE DA SENTENÇA DE 1º GRAU QUANTO À DOSIMETRIA DA PENA. CORREÇÃO DE OFÍCIO PELO TRIBUNAL DE 2º GRAU. POSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE ERROR IN PROCEDENDO. NÃO CARACTERIZAÇÃO.*
>
> *[...]*
>
> *II - Pacífica a compreensão deste Superior Tribunal de Justiça de que a nulidade ou reforma da sentença, tão-somente, na parte relativa à dosimetria da pena, não desconstitui o decreto condenatório. (Precedentes)*
>
> *[...]*
>
> *Recurso especial desprovido.* (REsp 943.823/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2007, DJe 10/03/2008)

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso VIII, do CPC, e no art. 255, § 4º, inciso III, do RISTJ, e na Súmula n. 568/STJ, **dou provimento** ao recurso especial para afastar a absolvição do acusado, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que prossiga no julgamento da apelação defensiva.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator