
FIXAÇÃO DA PENA: NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA.

Maria Lúcia Karam

Juíza de direito aposentada. Ex-juíza auditora da Justiça Militar Federal.
Coordenadora do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) no
Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: Examina-se a questão controvertida da nulidade parcial da sentença penal, por deficiência ou desobediência ao critério trifásico, bem como ausência de fundamentação ou omissão suprível na instância superior; seguindo-se análise crítica da complementação da prestação jurisdicional.

Palavras-chave: Fixação da pena; sentença; nulidade; nulidade parcial; processo penal

FIJACIÓN DE LA PENA: NULIDAD PARCIAL DE LA SENTENCIA

Resumen: *Se examina la cuestión controvertida de la nulidad parcial de la sentencia penal, por deficiencia o desobediencia al criterio trifásico, bien como ausencia de fundamentación u omisión suprible en la instancia superior, siguiendo-se análisis crítico de la complementación del préstamo jurisdicional.*

Palabras-clave: *Fijación de la pena; sentencia; nulidad; nulidad parcial; proceso penal.*

Permanecem freqüentes os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, que, reconhecendo deficiência de fundamentação na falta de explicitação das operações e cálculos determinantes do *quantum* de pena definitivamente fixada em sentença ou acórdão penais condenatórios, limitam-se a declarar a nulidade desta parte da sentença ou do acórdão.

Tais julgados determinando, assim, que o órgão jurisdicional que prolatou a sentença ou o acórdão refaça tão somente o capítulo referente à fixação da pena, afirmam a idoneidade do ato no tocante à condenação imposta.¹

Com esses pronunciamentos, consagra-se entendimento segundo o qual defeitos ou omissões da sentença, no tocante à individualização da pena, afetam unicamente aquele capítulo, não atingindo a validade da própria sentença, que se manteria íntegra em sua declaração de procedência do pedido condenatório.

A transformação de tal entendimento em sólida jurisprudência, vinda do Supremo Tribunal Federal, desperta a maior necessidade de sua crítica, pois a acomodação e a resignação com a jurisprudência ou com entendimentos doutrinários dominantes costumam conduzir a que certas impropriedades, de tanto repetidas, acabem por se firmar como se verdades fossem.

No próprio Supremo Tribunal Federal, pode ser encontrado o ponto de partida para essa necessária crítica, na dissensão ao entendimento dominante revelada, em voto do Ministro Marco Aurélio, que restou vencido no HC 73.987.² Ali, assinalou o Ministro Marco Aurélio que o provimento judicial, em se tratando de uma mesma ação, se mostra um grande todo, sendo impossível falar-se em condenação sem pena, a lógica, por isso mesmo, conduzindo à insubsistência da tese de que seria possível caminhar para a declaração de nulidade parcial da sentença ou acórdão condenatórios.

De fato, a crítica ao entendimento repetidamente, adotado pelo Supremo Tribunal Federal, deve partir da natureza mesma da sentença ou do acórdão. Sendo a sentença ou o acórdão, como inquestionavelmente são, atos processuais unitários, sua inadequada configuração, por

1 Vejam-se, a propósito o HC 70.036, 1ª T., Min. Moreira Alves, DJU 04.06.93; o HC 73.884, 2ª T., rel. Min. Carlos Velloso, DJU 08.11.96; o HC 73.987, 2ª T., red. p/acórdão Min. Maurício Corrêa, DJU 06.06.97 e, dentre os mais recentes, RHC 84.082, 1ª T., Min. Sepúlveda Pertence, DJU 04.06.2004

2 Veja-se a nota 1.

inobservância de condições estabelecidas pelas regras jurídicas que regulam sua realização, não se pode desqualificá-los apenas parcialmente.

Em comentários relacionados ao tema, Márcio Bártoli (1994), já há algum tempo, ressaltava que a sentença constitui um todo lógico, que, iniciando-se pelo procedimento de deliberação, deve decorrer em um transcurso contínuo, do contexto da motivação até o da decisão, formando estes dois requisitos essenciais, dependentes um do outro, um complexo incidível, que não poderia ser parcialmente alterado pelo próprio órgão prolator.³

Com efeito, na sentença ou no acórdão penais condenatórios, é nítida a relação entre o complemento da parte dispositiva, que contém a individualização da pena, e a parte que contém os fundamentos da decisão, onde analisadas as questões de fato e de direito trazidas pelas partes.

São os mesmos fatos configuradores da conduta delituosa reconhecida na sentença ou no acórdão que darão a dimensão da medida da culpabilidade, que, sempre vale destacar, necessariamente há de estar ligada tão somente ao ato realizado, como demonstrado na instrução do processo. São esses mesmos fatos configuradores da conduta delituosa reconhecida na sentença ou no acórdão que, assim, revelarão as circunstâncias objetivas consideráveis na aplicação da pena.

É, pois, também com nitidez, que aparece o rompimento tanto da lógica do raciocínio como do sentir do julgador,⁴ se a valoração destes fatos configuradores da conduta delituosa se faz em momentos diversos e distantes.

Na realidade, é o próprio legislador que deixa clara a inadmissibilidade de desqualificação parcial da sentença ou do acórdão penais condenatórios inadequadamente prolatados, por inobservância das regras concernentes à aplicação da pena.

3 Os comentários de Márcio Bártoli, encontrados no nº 6 da Revista Brasileira de Ciências Criminais (São Paulo, Ed. RT, abril-junho 1994, páginas 211 a 213), centravam-se em análise de decisão do Supremo Tribunal Federal, em que concedida ordem de *habeas corpus*, para determinar o suprimento de omissão quanto à definição de regime prisional. Este ponto específico da definição do regime prisional será aqui analisado mais adiante, com visão diferente da externada pelo citado autor.

4 Sobre a atuação de mecanismos psicológicos e ideológicos, que fazem do sentir do julgador elemento fundamental na elaboração da sentença, veja-se o interessante trabalho de Marco Antônio Teixeira. *Os mecanismos de defesa do ego e a sentença penal*. v. 6, n.4 (outubro-dezembro) dos Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 37 a 46.

Ao dispor que, publicada a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la para lhe corrigir inexatidões materiais e retificar erros de cálculo, ou complementá-la, através de embargos de declaração, de modo a suprir omissão sobre ponto que deveria ser pronunciado ou esclarecer obscuridade ou contradição nela encontradas, aponta a lei processual (artigos 463 e 535 do Código de Processo Civil)⁵ aquela natureza unitária da sentença ou do acórdão, a impedir uma reapreciação do mérito ou de qualquer de seus aspectos pelo próprio órgão que sobre este já decidiu.

Ressalte-se que, no tocante à individualização da pena, a falta de fundamentação sequer poderia ser objeto de questionamento através de embargos de declaração.

Os embargos de declaração, como expressa a lei processual, têm a finalidade de solucionar obscuridade, contradição ou omissão de decisão judicial (decisão, aqui, como em todo o texto, sempre vista em sentido amplo), de modo que, complementado e integrado o pronunciamento pelo esclarecimento da obscuridade, pela eliminação da contradição ou pelo suprimento da omissão – nenhuma outra alteração sendo cabível na decisão embargada – se faça a efetiva entrega da prestação jurisdicional. Objetivam, pois, os embargos de declaração, em última análise, permitir esta efetiva entrega da prestação jurisdicional, que não se completa, se persistentes obscuridades, contradições ou omissões no conteúdo do julgado.

A omissão que pode dar origem ao cabimento dos embargos de declaração é a ausência de manifestação do órgão julgador quanto a algum ponto sobre o qual deveria emitir seu pronunciamento decisório, em matéria suscitada pelas partes ou que devesse ser apreciada de ofício.

A ausência ou deficiência de motivação quanto à aplicação da pena, tanto quanto a qualquer questão apreciada na sentença ou no acórdão, decerto, não é sanável através de embargos de declaração. Aqui, não se tem omissão quanto a ponto sobre o qual devesse o julgador emitir seu pronunciamento decisório, mas sim decisão defeituosa que não poderia mais ser sanada pelo próprio órgão julgador, que, com aquele pronunciamento, esgotara sua atuação processual, completando, embora inadequadamente,

⁵ **Art. 463.** 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, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo; II - por meio de embargos de declaração. **Art. 535.** Cabem embargos de declaração quando: I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

a entrega da prestação jurisdicional.

Neste ponto, cabe ainda considerar que não se compatibiliza com a lógica a idéia de que razões de decidir possam ser expostas depois de já proferida a decisão.

São estas mesmas razões que sugerem que a complementação da prestação jurisdicional, determinada pelo tribunal que reexamina a sentença ou o acórdão impugnados, deva se restringir à hipótese de ausência de resposta judicial a uma pretensão trazida no processo.

Esta hipótese é lembrada por Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho (2001), que a ilustram com situação em que a sentença ou o acórdão deixam de se pronunciar sobre um dos fatos ou de julgar um dos réus, nos casos de ser o réu acusado da prática de mais de um fato delituoso ou de existir mais de um réu, deixando, assim, de apreciar todas as imputações.⁶

Em tal hipótese, apontam aqueles eminentes professores, não se teria nulidade, mas sim inexistência parcial da decisão.

Com efeito, não havendo pronunciamento decisório emitido pelo julgador quanto a determinada pretensão deduzida no processo, sua ausência em nada afeta a sentença ou o acórdão prolatados, que permanecem íntegros, quanto à pretensão ou às pretensões efetivamente objeto de decisão.

Nesta hipótese, a complementação determinada pelo tribunal não estará implicando em alteração da sentença ou do acórdão pelo próprio órgão que os prolatou. O que estará se fazendo, sim, com a complementação, será o julgamento originário de uma outra causa, que não havia sido objeto de apreciação, ao contrário do que ocorre na hipótese aqui criticada, de complementação da sentença ou do acórdão para, mantida a condenação, se proceder a nova fixação da pena, em que a causa fora efetivamente julgada na sentença ou no acórdão inadequadamente prolatados, inadequação essa revelada na ausência ou deficiência na fundamentação da pena então aplicada.

Há um outro aspecto que deve ser considerado. O pronunciamento do tribunal, que examina matéria decidida e impugnada, faz sempre desaparecer a decisão do órgão inferior sobre aquela matéria. Suprimida a decisão, é ela substituída pela que se contém no acórdão do tribunal, cujo conteúdo será diverso ou idêntico ao da sentença ou acórdão substituídos, conforme tenha sido ou não acolhida a impugnação sobre o mérito.

⁶ in *As nulidades no Processo Penal*. 7ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 227.

Na hipótese de impugnação da decisão por *error in procedendo*, seu acolhimento igualmente fará desaparecer a decisão do órgão inferior, limitando-se, porém, o pronunciamento do órgão *ad quem* a cassar a decisão, que, embora deixando de existir, não poderá ser, desde logo, substituída.

Neste caso, como assinala o Professor José Carlos Barbosa Moreira,⁷ trazendo, dentre os exemplos que aponta, a hipótese de provimento de apelação fundada em alegação de falta de fundamentação da sentença, o mérito da causa é como se não houvesse sido apreciado. Daí porque o ofício jurisdicional do órgão inferior não terá se extinguido, como se deduz da já referida regra contida no *caput* do artigo 463 do Código de Processo Civil, *a contrario sensu*, devendo a causa lhe ser devolvida para outro pronunciamento, que ficará sendo, no primeiro grau, o único, na medida em que o anterior desapareceu.

É esta a única possibilidade legalmente cabível de retomada pelo órgão inferior do exercício de sua cognição sobre o mérito da causa, não se compatibilizando com a lei processual o entendimento de que, subsistentes a sentença ou o acórdão impugnados, possa seu próprio órgão prolator voltar a se pronunciar sobre aspectos do mérito para corrigir capítulo integrante do ato com o qual já entregara a prestação jurisdicional pedida.

Não pode um ato que decide sobre uma só pretensão ser apenas parcialmente nulo, pois sobre uma mesma pretensão não podem conviver duas decisões, uma a complementar a outra. A inadequação encontrada em parte da decisão compromete todo o ato, cuja invalidade deverá ser declarada, para que, assim autorizado o reexame da pretensão, seja o ato inadequadamente realizado, substituído por outro, que pode até ter idêntico conteúdo, mas que não será um simples complemento daquele, tendo sim existência autônoma, passando a vigorar no lugar daquele que, com o pronunciamento do órgão superior, desaparecera.

Diferentes, no entanto, são as hipóteses de falta de definição do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, de manifestação sobre a suspensão condicional de sua execução e sobre sua substituição por pena não privativa de liberdade.

Aqui, ao contrário do que ocorre com a ausência ou deficiência de motivação na fixação da pena, não se tem um inadequado pronunciamento sobre aspecto do mérito da causa, mas sim uma simples omissão sobre a

⁷ In. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, Rio de Janeiro: Forense, 4ª ed., 1981, pp. 454-455.

forma pela qual deverá se desenvolver a execução da pena determinada pela decisão que, adequadamente se pronunciando sobre o mérito, acolheu a pretensão do autor, impondo ao réu a condenação a uma pena fixada de acordo com as circunstâncias que a lei impõe sejam examinadas para sua aplicação.

A individualização da pena, da qual a forma de seu cumprimento é, sem dúvida, aspecto essencial, apenas se apresenta incompleta, já existindo, porém, os elementos que permitem dizer como deverá se dar esta forma, elementos estes que, conforme revelam as regras contidas nos artigos 33, § 3º; 44, inciso III; e 77, inciso II, todos do Código Penal, são os mesmos considerados na definição de suas espécie e quantidade, a teor do disposto no artigo 59 daquele diploma legal.⁸

A falta de definição do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade ou de manifestação sobre a suspensão condicional de sua execução ou sobre sua substituição por pena não privativa de liberdade, certamente, constitui omissão em ponto sobre o qual deveria o órgão julgador emitir seu pronunciamento decisório, podendo e devendo apreciá-lo de ofício.

Aqui se tem, portanto, omissão, que poderia ser enfrentada através de embargos de declaração, pois, ao contrário do que ocorre com a ausência ou deficiência de motivação na fixação da pena, ao declarar o ponto omissivo, limitar-se-ia o órgão julgador a declarar a forma de cumprimento da pena estabelecida, a partir dos elementos que já explicitara na análise das questões de fato e de direito relevantes para a determinação de suas espécie e quantidade, não se lhe autorizando novas considerações sobre quaisquer das circunstâncias examinadas na decisão embargada.

⁸ **Art. 33** - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado (...) § 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código. **Art. 44.** As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (...) **III** - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. **Art. 77** - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: (...) **II** - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício. **Art. 59** - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: **I** - as penas aplicáveis dentre as cominadas; **II** - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; **III** - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; **IV** - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível .

Não se estaria, assim, reabrindo a discussão sobre a causa já julgada, nem se reexaminando qualquer aspecto do mérito já decidido. A decisão prolatada não estaria sendo alterada, mas simplesmente complementada e integrada pelo suprimento da omissão constatada, de forma a efetivamente se fazer a entrega da prestação jurisdicional.

Quando, porém, a omissão não foi suprida, por meio dos embargos de declaração, no momento processual próprio, não poderiam mais a sentença ou o acórdão ser complementados, na medida em que, aí, já estaria cumprido e acabado o ofício jurisdicional do órgão ou conjunto de órgãos prolatadores do ato incompleto.

Não parece, porém, que submetida a omissão ao exame do órgão superior, devesse ser proclamada a nulidade do ato defeituoso, apenas porque incompleto. Outra solução talvez se fizesse mais recomendável.

Aqui, pode ser visualizada hipótese semelhante àquela que ocorreria, no processo civil, no caso de ser proferida sentença ilíquida, quando certo o pedido formulado pelo autor.

Certamente, uma tal sentença se apresenta defeituosa, sendo, porém, perfeitamente admissível que, em nome da economia processual, tal defeito seja suprido em sede de execução, através da liquidação da sentença, que, se era teoricamente dispensável, passaria a se fazer necessária para, desde logo, viabilizar a execução, que em muito se atrasaria se a desobediência ao comando do parágrafo único do artigo 459, do Código de Processo Civil⁹, conduzisse à nulidade da sentença.

Quando, portanto, se tem apenas omissão quanto à definição do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade ou quanto à manifestação sobre a suspensão condicional de sua execução ou sobre sua substituição por pena não privativa de liberdade, diferentemente do que ocorre na hipótese de falta de fundamentação do *quantum* de pena, não se estará diante de inadequação da sentença ou do acórdão que imponha a declaração de nulidade daquele ato.

A sentença ou o acórdão deverão subsistir e a necessária complementação viabilizadora da execução da pena deverá se fazer

9 Art.459 (...) Parágrafo único. Quando o autor tiver formulado pedido certo, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida.

através de procedimento a se desenvolver perante o juízo competente para a execução.¹⁰

No procedimento a se desenvolver perante o juízo competente para a execução, à semelhança do que ocorre na liquidação da sentença de que se ocupa o processo civil, realizar-se-á atividade de natureza cognitiva, que, embora constituindo verdadeira complementação do processo de conhecimento original, dele formalmente se distingue.

A Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal) prevê verdadeira hipótese de liquidação da sentença penal condenatória, quando dispõe na primeira parte da alínea a, do inciso V, de seu artigo 66¹¹, que compete ao juízo da execução determinar a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos.

Analogamente ao que ocorre nesta hipótese legislada, no caso da forma do cumprimento da pena privativa de liberdade, equivocadamente omitida na sentença condenatória e, por isso, se fazendo necessária sua determinação em procedimento preparatório à execução, o juízo da execução realizará atividade cognitiva limitada e condicionada pelo que foi decidido no processo de conhecimento original, observando as circunstâncias consideradas no estabelecimento da espécie e quantidade da pena imposta, para, com elas trabalhando, declarar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, determinar a suspensão de sua execução, ou substituí-la por pena não privativa da liberdade, da mesma forma que o faria, sempre que a pena imposta na sentença penal condenatória for apenas restritiva de direitos e não privativa de liberdade, hipótese em que a lei estabelece, como regra, que a determinação da forma de cumprimento da pena se faça não na sentença proferida no processo de conhecimento, mas em procedimento preparatório à execução.

A única diferença que se pode ver, nas duas hipóteses, reside no fato de que, no caso de se ter pena privativa de liberdade, este procedimento preparatório era teoricamente dispensável, fazendo-se necessário unicamente diante da defeituosa omissão verificada na sentença.

No caso de falta de fundamentação do *quantum* de pena, porém, não se tem apenas uma omissão suprível a partir de decisão e fundamentos

10 Registre-se que não é este o entendimento adotado no Supremo Tribunal Federal. A jurisprudência de nossa Suprema Corte é no sentido de afirmar que a competência para o estabelecimento do regime inicial da condenação é do juízo de conhecimento. Veja-se, por exemplo, o HC 75211-0-SP, 1ª T., Rel. Min. Octávio Gallotti, DJU 26.09.97.

11 Art. 66. Compete ao juiz da execução: (...) V – determinar: a) a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos (...).

já expostos na sentença, tendo-se sim, um pronunciamento decisório inadequadamente realizado, por inobservância das normas que consagram o dever de motivação, a irremediavelmente contaminar a sentença e exigir a declaração de sua nulidade, para que seja aquela, necessariamente substituída por outra e não simplesmente complementada, não havendo possibilidade de complementação onde deve haver exame do mérito ou de algum de seus aspectos.