

Silêncio do acusado - Interpretação em prejuízo da defesa - Nulidade

Ementa: Apelação criminal. Interpretação do silêncio em prejuízo das defesas. Impossibilidade. Nulidade declarada.

- Nos termos do art. 186 do CPP, o silêncio dos réus não pode ser interpretado em prejuízo das defesas. Portanto, se a sentença violou aludido dispositivo de lei, sua nulidade deve ser declarada.

- V.v.: - Se a sentença contém suficientes fundamentos para justificar o juízo condenatório, a despeito da valoração do silêncio dos acusados em prejuízo da defesa, inexistente prejuízo que justifique a declaração da nulidade do *decisum*. - Diante da apontada nulidade, basta que este Tribunal, adentrando o exame do mérito, desconsidere o silêncio dos réus e avalie a procedência ou não do juízo condenatório em face das demais provas invocadas na sentença. - O dogma fundamental da disciplina das nulidades consiste no primado do *pas de nullité sans grief*, à luz do que se deve perquirir acerca do prejuízo em concreto acarretado ao réu antes da declaração de qualquer nulidade processual. A consagração do princípio da instrumentalidade das formas assegura que o ato processual somente deve ser anulado se não alcançar a sua finalidade (*Des. Júlio Cezar Gutierrez*).

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0456.11.001818-5/001
- Comarca de Oliveira - Apelantes: 1º) W.E.A.S., 2º)
I.L.B.M., 3º) I.S.S., 4º) C.R.S.E., 5º) J.A.B. - Apelado:
Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima:
J.M.S. - Relator: DES. EDUARDO BRUM

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em ACOLHER A PRELIMINAR PARA DECLARAR NULA A SENTENÇA, VENCIDO O REVISOR.

Belo Horizonte, 12 de março de 2014. - *Eduardo Brum* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO BRUM - W.E.A.S., também conhecido como "N.F.", I.L.B.M., I.S.S., vulgo "B.", C.R.S.E. e J.A.B., o "T.", foram denunciados como incurso nas disposições dos arts. 157, § 2º, I, II e V, e 288, ambos do CP, sob a acusação de que:

Consta do incluso inquérito policial de nº 0018185-59.2011, proveniente da Delegacia de Polícia da Comarca de Oliveira/MG, que, aos treze dias do mês de fevereiro do corrente ano de 2011, por volta das 20:00 horas, no interior do Sítio da vítima, situado na localidade denominada XX, Zona Rural deste município e sede da Comarca de Oliveira/MG, os ora denunciados, previamente acordados, com união de propósitos, numa bem definida divisão de tarefas, com *animus furandi* e mediante grave ameaça exercida através do emprego de arma de fogo e mantendo a vítima em seu poder e seus familiares em cárcere privado, restringindo as respectivas liberdades, deram início a uma série de subtrações de diversas coisas alheias móveis pertencentes àquela família. Narra o mesmo caderno investigatório que, em data anterior aos fatos, o primeiro acusado contactou com o quarto acusado, residente no Município de Nova Serrana/MG, a fim de acordarem acerca de um delito a ser praticado neste Município de Oliveira/MG. O primeiro acusado, pessoa conhecida da vítima escolhida, detinha todas as informações necessárias à prática delituosa e as repassaria ao quarto acusado, que, com auxílio de outras pessoas por este escolhidas, executaria a empreitada criminosa.

Uma vez acordados, no dia dos fatos, deslocaram para esse município o segundo, terceiro, quarto e quinto acusados, que, ao chegarem por aqui, entraram em contato com o primeiro acusado, ocasião na qual se encontraram, definiram o plano de atuação, dividiram as tarefas e pactuaram quanto ao destino do produto do roubo.

Dando início à empreitada criminosa, o segundo acusado, por volta das 17:00 horas, conduzindo uma motocicleta com a placa do Município de Nova Serrana/MG, se dirigiu até o local dos fatos a fim de conhecer e estudar a localidade em que seria praticado o delito.

Por volta das 20:00 horas, o segundo, terceiro e quarto acusados ingressaram no interior do sítio pertencente às vítimas e anunciaram o assalto. Na oportunidade, o quarto denunciado determinou que todos ingressassem no interior da residência ali existente, mais precisamente dentro de um dos quartos, onde todos os indivíduos foram imobilizados e

amarrados, exceto duas crianças e o patriarca da família, Sr. J.M.S.

Dando continuidade à empreitada, os acusados subtraíram daquelas vítimas os aparelhos de telefonia celular, as joias, alianças, carteiras, documentos pessoais e a chave de uma caminhonete. De posse da chave desse veículo, o terceiro e quarto acusados, acompanhados de J.M.S., deixaram aquele sítio e se deslocaram para a residência da vítima, na zona urbana deste município, enquanto o segundo acusado permaneceu no local, mantendo as vítimas em cárcere privado e sob a mira de um revólver. Ao desembarcar na referida residência, o terceiro e quarto acusados encontraram outro filho da vítima, imobilizaram-no e dirigiram-se ao computador ali existente e que monitorava o sistema de segurança dos dois supermercados da vítima, subtraíram-no, bem como as várias joias existentes naquela residência. Na mesma oportunidade, o terceiro e quarto acusados recolheram as chaves dos estabelecimentos comerciais da vítima e, em sua companhia, bem como na de seu filho, rumaram para os supermercados. Ao aportarem no primeiro estabelecimento comercial, o terceiro e quarto acusados abriram o cofre e de lá subtraíram a quantia de R\$15.000,00 (quinze mil reais) e, ainda, outras mercadorias da mercearia (cigarro, bebidas, desodorantes e uma caixa de anzol). Consumada a subtração, o terceiro e quarto acusados, ainda em companhia das vítimas, se dirigiram ao outro supermercado, onde subtraíram outros R\$15.000,00 (quinze mil reais). De posse da *res furtiva*, o terceiro e quarto acusados seguiram com o veículo para um local desconhecido, situado fora da zona urbana deste município, ocasião na qual determinaram que as vítimas retirassem as respectivas camisas e vendassem os olhos, a fim de não identificarem o local do destino. Numa certa altura do trajeto, o terceiro e quarto acusados perceberam que haviam esquecido uma sacola com parte do dinheiro subtraído, ocasião na qual um dos acusados, na companhia do filho da vítima, retornou ao segundo supermercado visitado para buscar a referida sacola. Durante esse período, a vítima e um dos acusados permaneceram naquele local onde, após um breve contato telefônico de um dos acusados, foram visitados por outro veículo, guiado pelo quinto acusado, que fora recolher o produto do roubo.

Tão logo o filho da vítima, acompanhado de um dos acusados, retornou ao local desconhecido, a vítima ingressou no interior da caminhonete, deixando um dos acusados ali no mesmo local e retornaram ao sítio da família e determinaram às vítimas que permanecessem imóveis e silentes naquele local por um período de dez minutos e saíram, em seguida, em fuga conduzindo suas respectivas motocicletas (f. 2/4).

Finda a instrução, a denúncia foi julgada procedente em parte, sendo os réus condenados nas disposições do art. 157, § 2º, I, II e V, do CP, recebendo as seguintes penas:

- a) I.L.B.M.: 9 (nove) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa.
- b) I.S.S.: 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa.
- c) C.R.S.E.: 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa.
- d) J.A.B.: 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa.
- e) W.E.A.S.: 11 (onze) anos e 3 (três) meses de reclusão.

Para todos foi fixado o regime prisional fechado e arbitrada a unidade do dia-multa em 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos (f. 872/889).

Intimações às f. 890-v., 1.102-v., 1.103-v., 1.106-v., 1.115, 1.118, 1.135.

Todos os réus recorreram.

I.L.B.M. e J.A.B. pedem a absolvição por insuficiência probatória ou, subsidiariamente, a redução das penas aos mínimos legais (f. 930/935 e 1.143 e 1.149).

I.S.S., C.R.S.E. e W.E.A.S. ericam preliminar de nulidade da r. sentença, ao argumento de que o silêncio dos acusados foi expressamente interpretado em prejuízo da defesa, contrariando o art. 186, parágrafo único, do CPP. Reclamam, ainda, da inobservância do art. 68 do CP na dosimetria das penas. No mérito, dizem que as provas produzidas contra eles são imprestáveis, culminando por pedir a absolvição ou, subsidiariamente, a redução das sanções (f. 953/969, 970/988 e 1.030/1.041).

Contrarrazões às f. 1.054/1.075 e 1.154/1.161.

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça é pela rejeição da prefacial e, no mérito, pelo não provimento dos recursos, mantendo íntegra a r. sentença recorrida (f. 1.162/1.177-v.).

Conheço dos recursos, presentes os pressupostos de admissibilidade.

A preambular ericada é intransponível.

Em sua fundamentação, o MM. Juiz singular expressamente consignou que:

Os réus ou tiveram o mutismo como forma de defesa (?), ou deixaram de tentar demonstrar os álibis, tíbios, que apresentaram. *Silêncio na fase policial, silêncio em juízo, silêncio na defesa preliminar, são indicativos, todos, de culpa, no sentido de cometimento do crime e da impossibilidade de se refutar as provas dos autos (grifo meu).*

Claramente, portanto, restou violada a disposição constante do parágrafo único do art. 186 do CPP, segundo o qual, “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa” (grifo meu).

Comentando aludido dispositivo, Guilherme de Souza Nucci destaca que:

[...] no espírito do magistrado o silêncio invocado pelo réu pode gerar a suspeita de ser ele realmente o autor do crime, embora, ainda que tal se dê, seja defeso ao magistrado externar seu posicionamento na sentença. Ora, como toda decisão deve ser fundamentada, o silêncio jamais deve compor o contexto dos argumentos do julgador para sustentar a condenação do acusado. É preciso abstrair, por completo, o silêncio do réu, caso o exerça, porque o processo penal deve ter instrumentos suficientes para comprovar a culpa do acusado, sem a menor necessidade de se valer do próprio interessado para compor o quadro probatório da acusação [...] (Código de Processo Penal comentado. 10. edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, f. 436, grifo meu).

A nulidade, portanto, é flagrante e deve ser declarada.

Em resumo, acolho a preliminar levantada e declaro nula a r. sentença de f. 872/889, determinando que outra seja proferida, respeitando-se a regra insculpida no art. 186, parágrafo único, do CPP.

Mantenho a prisão cautelar dos réus.

Os requisitos da custódia preventiva continuam presentes e a declaração de nulidade da r. sentença não implicará reabertura da colheita de provas. Dessarte, encerrada a instrução, não há que se falar em excesso de prazo, conforme entendimento sumulado no agosto STJ e neste eg. TJMG.

Custas, na forma da lei.

DES. JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ - Rogando respeitosa vênias ao douto Relator, oponho respeitosa divergência, para rejeitar a preliminar acolhida no venerável voto condutor.

Na r. sentença recorrida, o Juiz valorou o silêncio dos réus como “indicativo de culpa”, ofendendo o direito do acusado de não produzir provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), hoje considerado pela doutrina como direito fundamental do cidadão a partir da incorporação de tratados internacionais.

Nesse caso, mesmo que exista, de fato, um “vício de motivação” por ofensa ao art. 186, parágrafo único, do Código de Processo Penal, não vislumbro, aí, causa de nulidade da sentença, que, em seu conteúdo, contém, em tese, fundamentos outros, suficientemente delineados, para embasar o decreto condenatório.

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 do “princípio do prejuízo”, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o qual nenhum ato será declarado nulo se da nulidade não resulta prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Por outro lado, o devido processo legal 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.

Trata-se da consagração do princípio da instrumentalidade das formas, do qual deriva a norma prevista no art. 572, inciso II, do Código de Processo Penal, segundo o qual não se declara a nulidade do ato que, apesar de praticado de forma diversa da prevista, atingiu a sua finalidade.

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. Assim, antes de se decretar a invalidade, deve-se verificar se o fim foi

atingido, pois, se o foi, não se deve decretar a ineficácia do ato.

A esta altura, à luz do sistema da nulidade dos atos processuais, é de se indagar se a sentença condenatória, na qual se invoca o silêncio dos réus como um dos fundamentos para a condenação, pode alcançar a sua finalidade, isto é, se está apto a dar a resposta penal ao infrator da norma que tutela juridicamente um bem?

Entendo, s.m.j., que sim, se a condenação se vale, como *in casu*, de outros elementos de prova para fundamentar o reconhecimento da autoria delitiva. Mencione-se, por exemplo, conforme se extrai da sentença de f. 872/889, o depoimento da testemunha M.S.R. (f. 64), a confissão e delação do segundo apelante (f. 226/229) e o auto de reconhecimento de f. 761, provas que informaram o convencimento do Julgador e que serviram de fundamento para a condenação, a demonstrar que o fim da sanção penal foi, em tese, alcançado.

A anulação do ato, em hipóteses tais, resultaria inócua, pois não há dúvida de que, a despeito da interpretação do silêncio dos réus, o convencimento do Julgador quanto à autoria do delito já se formou em torno das provas angariadas aos autos.

Assim, diante da apontada nulidade, basta que este Tribunal, em sede recursal, privilegiando os princípios processuais alhures mencionados, desconsidere o silêncio dos réus e avalie a procedência ou não do juízo condenatório em face das demais provas invocadas na sentença, o que é também mais condizente com o princípio da economia processual.

A anulação de um processo, mesmo de um ato, implica sempre transtornos de toda ordem na prestação jurisdicional, não sendo razoável, assim, a sua declaração quando se é possível vislumbrar, como *in casu*, o aproveitamento do ato e a ausência de prejuízo às partes.

Do exposto, rogando redobrada vênia, rejeito a preliminar suscitada, para que se prossiga no exame dos recursos.

É como voto.

DES. CORRÊA CAMARGO - De acordo com o Relator.

Súmula - ACOLHERAM A PRELIMINAR PARA DECLARAR NULA A SENTENÇA, VENCIDO O REVISOR.

• • •