

RECURSO EM HABEAS CORPUS



RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 2.862-9 — SC

(Registro nº 93.0017796-6)

Relator: *O Sr. Ministro Pedro Acioli*

Recorrentes: *Lenomir Trombini e outros*

Advogados: *Rene Dotti e outro*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina*

Pacientes: *Lenomir Trombini, Ítalo Fernando Trombini, Luiz Sérgio Trombini, Raul Baptista Trombini, Wladimir Olympio Trombini e Renato Alcides Trombini*

**EMENTA:** *Penal e Processual Penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Crime de sonegação fiscal. Inépcia da denúncia. Falta de justa causa pela atipicidade da conduta. Necessidade de inquérito policial. Improcedência.*

I — É característica do crime societário o fato de o ilícito resultar da vontade que a cada um dos mandatários ou responsáveis pela pessoa jurídica cabia manifestar (RT 650/291). Nestes crimes, não é sempre que o Ministério Público dispõe, no limiar da ação penal, de elementos probatórios que lhe permita discriminar a participação que cada sócio teve no delito societário. Nem por isso estará impedido de oferecer denúncia contra todos os responsáveis pela firma. Constitui condição impossível de ser exigida o pleno conhecimento das deliberações tomadas na privacidade dos órgãos de administração — RTJ 101/563. Assim, a denúncia atende ao disposto no art. 41, do Código de Processo Penal.

II — A falta de justa causa, na vertente hipótese, exige exame aprofundado da prova, o que é defeso na via estrita de habeas corpus.

III — Para o oferecimento da denúncia não se torna indispensável o inquérito policial — RTJ 76/741.

IV — Recurso improvido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Egrégia Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por maioria, negar provimento ao recurso, vencido em parte o Sr. Ministro Adhemar Maciel. Não participou do julgamento o Sr. Ministro José Cândido de Carvalho Filho. O Sr. Ministro Anselmo Santiago votou com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 07 de dezembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Presidente. Ministro PEDRO ACIOLI, Relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Trata-se de recurso de **habeas corpus** interposto por Lenomir Trombini, Ítalo Fernandes Trombini, Luiz Sérgio Trombini, Ral Baptista Trombini, Wladimir Olympio Trombini e Renato Alcides Trombini de decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que concedeu-lhes parcial ordem de **habeas corpus** para afastar da denúncia a conduta descrita em duas notificações fiscais, por não configurarem delito em tese.

Os recorrentes foram denunciados pela suposta prática de crime contra a ordem tributária, prevista no art. 1º, inciso II, da Lei 8.137, de

1990, que institui os “Crimes Contra a Ordem Tributária”.

Extrai-se dos autos que — fls. 753/755:

“Em 30 de março do corrente ano foi ajuizada uma denúncia contra as pessoas dos pacientes acima mencionados, todos diretores e sócios da empresa Fábrica de Celulose e Papel S/A, esta estabelecida nesta cidade e Comarca e aqueles residentes na cidade de Curitiba, sob a alegação de que, “em ação conjunta, acordo de vontades e esforço comum na administração da empresa Fábrica de Celulose e Papel S/A — FACELPA —, os denunciados, no período compreendido entre o mês de janeiro de 1988 e o de novembro de 1992, reduziram o tributo do ICM e ICMS fraudando a fiscalização tributária, inserindo em seus livros de Registro de Apuração e nas GIAs (Guias de Informação e Apuração de ICMS) elementos inexistos.

Para não recolherem o imposto efetivamente devido, os denunciados apropriaram-se de crédito referentes à diferença de alíquota nas operações interestaduais. É que nas operações de compra de mercadorias provenientes de outras unidades da federação, a alíquota do ICMS é de 12%. Os denunciados, ao comprarem essas mercadorias deveriam lançar nos livros fiscais de entrada de mercadorias, o crédito de ICMS de 12%. Mas os denunciados fraudando a fiscalização tributária in-

seriram nos livros fiscais de entrada e de registro de apuração do imposto, de 5%. Conseqüentemente, ao apropriarem-se de 5% do tributo, recolheram por este ardil, muito menos imposto do que o efetivamente devido.

O creditamento fraudulento da diferença da alíquota de 12% (mercadorias provenientes de outros Estados) para a de 17% (alíquota incidente nas operações internas — dentro do Estado) permitiu que os denunciados fraudassem a fiscalização tributária por mais de 5 anos, pois apuraram imposto a menos, causando expressivo prejuízo ao erário público.

Os denunciados, além da apropriação da diferença da alíquota do imposto, ainda utilizaram-se de creditamento de ICMS em operações cujo aproveitamento do crédito é expressamente vedado pelo Regulamento do Imposto — RICMS, aprovado pelo Decreto nº 3.017, de 28.02.89 e pela Lei Estadual nº 7.547, art. 34, incisos II e III.

Somente com a ação fiscal, após o confronto entre os documentos fiscais (notas fiscais de entradas e apuração do ICMS, é que foi possível conhecer a ação criminosa e verificar que subtraíram do Estado, em valores históricos acrescidos de correção e multa até a data do ato fiscal a importância de Cr\$ 47.770.568.156,10 (quarenta e sete bilhões, setecentos e setenta milhões, quinhentos e sessenta e oito mil, cento e cinquenta e seis

cruzeiros e dez centavos) que atualizados até 03.03.93, perfaz a estratosférica soma de Cr\$ 80.562.480.267,90 (oitenta bilhões, quinhentos e sessenta e dois milhões, quatrocentos e oitenta mil, duzentos e sessenta e sete cruzeiros e noventa centavos).

A ação criminosa reiterada e dirigida à sonegação de tributos, consoante evidenciam os elementos constantes da ação fiscal deflagrada por agentes da fazenda estadual, tem contornos de elaboração meticulosa que, pela sua multiplicidade exige descrição pormenorizada. Para que a extensão das centenas de operações sonegadoras não prejudique a compreensão eficiente dos tipos penais, serão aquelas descritas na conformidade das notificações fiscais emitidas e agrupadas por tipo de fraude.

No período compreendido entre o mês de janeiro de 1988 a novembro de 1992, os denunciados, como sócios diretores da empresa Fábrica de Celulose e Papel S/A, em conjugação de esforços e prévio acordo, com o fim de reduzir a obrigação tributária do ICM e ICMS a ser recolhido aos cofres do Estado, creditaram-se ilícita e reiteradamente, por mais de 4 anos, de ICM e ICMS incidente em 366 operações de entrada de bens e mercadorias destinadas e empregadas como partes e acessórios de máquinas e equipamentos.

Os denunciados, ao arrepio do disposto na Lei Estadual 7.547/89,

art. 34, II, e Decreto nº 31.425/87 — alterado pelo Decreto 3.017/89, lançaram no livro Registro de Entradas e nos de Registro de Apuração do imposto, por 366 vezes, crédito que sabiam não pos- suir para dele se utilizarem — compensando o imposto a reco- lher no final de cada mês. Com a apropriação criminosa conseguiram reduzir o imposto mediante fraude, enriquecendo ilicitamen- te em prejuízo da sociedade cata- rinense.”

Sustentam os recorrentes na im- petração: I — inépcia da denúncia; não especificação das condutas indi- viduais dos recorrentes, violação do princípio da legalidade, não indica- ção das datas dos fatos. II — a fal- ta de justa causa, pela inexistência de fato típico (ausência de fraude), exercício regular de direito, ausên- cia de ilicitude e ausência de culpa- bilidade, dizem ainda — fl. 850:

“Além desses temas centrais, a impetração também sustentou a *ilegalidade e abuso no procedi- mento*, sob os seguintes ângulos: a) ausência do inquérito policial; b) prejuízos decorrentes; c) a não incidência do art. 39, § 5º do CPP; d) o princípio da legalidade do processo; e) a forma como ga- rantia no processo penal.”

Também dizem os recorrentes quanto a ilegalidade e abuso no pro- cedimento o seguinte — fl. 853:

“O procedimento adotado pelo Ministério Público, não requisitan- do qualquer tipo de investiga- ção criminal, caracteriza flagran- te violação ao princípio constitu- cional do devido processo legal.

A própria denúncia admite que o promovente da ação penal se li- mitou a repassar para a esfera penal os elementos colhidos pela Receita Estadual. E assim se fez, antes que o mérito da autuação fiscal fosse decidido na aludida instância.

É evidente que a espécie não poderia prescindir da instauração do inquérito policial, sob pena de se negar vigência aos arts. 4º e 6º do CPP, imperativos no sentido de que a ocorrência de crime de ação pública exige a realização das diligências legais, no interes- se público da apuração do fato.”

Ao final sustentam os recorrentes que não foi observado o princípio da anterioridade da lei penal, pois es- tão sendo processados por fatos ocorridos antes do início da vigência da Lei 8.137/90, e acrescentam — fl. 868:

“37. Relativamente a este as- pecto, também ignorado pelo acór- dão recorrido, os pacientes pedem vênua para insistir nos seguintes pontos:

a) As únicas datas referidas pela denúncia são as relativas a fatos ocorridos a 25.1.1988, 28.2.1989 e janeiro de 1990, an-

tes, portanto do nascimento da Lei nº 8.137/90;

b) A inicial alude ao “período” de janeiro de 1988 e novembro de 1992, mas não especifica dia, mês e ano dos lançamentos supostamente delituosos.

38. A omissão é grave não apenas porque cerceia, manifestamente, o exercício da ampla defesa assegurada pela Constituição, como também porque impede a solução de importantíssimos aspectos de caráter público do processo.”

O Ministério Público Estadual se pronunciou sustentando que sonegação fiscal é crime — fl. 901:

“O Congresso Nacional quando aprovou, em 1990, a Lei Federal nº 8.137 entendeu que sonegar impostos é crime. Isto evidencia que os parlamentares se convenceram de que a sonegação fiscal devia ser combatida também com o uso da lei penal, sendo necessária a reação penal para colocar fim ao agir dos sonegadores. Estabeleceu o Congresso Nacional que era imprescindível a lei penal punir os sonegadores e que não bastavam as sanções existentes na esfera administrativa (multa tributária).”

E ainda diz que o ilícito penal não se confunde com o ilícito tributário ou com o ilícito administrativo, o que não aproveitam os pacientes o fato de terem impugnados os

autos de lançamento, mesmo que suspença a exigibilidade do crédito tributário. Assevera que é dispensável o inquérito policial para o Ministério Público oferecer denúncia e que a defesa se dá em juízo e não da esfera policial. Sustenta que houve a ocorrência de alguns fatos típicos depois da Lei 8.137/90, que a denúncia não é inepta e nos crimes societários não há a necessidade de individualização da conduta de cada partícipe, diz que houve continuidade delitiva no período de janeiro/88 a dezembro/90.

Finalmente, sustenta que o pagamento do imposto de que trata a extinção de punibilidade prevista no art. 14, da Lei 8.137/90 foi revogado pela Lei 8.383/91, art. 98.

O Ministério Público Federal se pronunciou pelo provimento parcial do recurso com a seguinte ementa — fl. 929:

“O Ministério Público pode dispensar inquérito policial para oferecimento de denúncia, se embasá-la em elementos documentais que lhe permitam narrar os fatos e individualizar a conduta dos agentes.

Tem-se sustentado que a denúncia em crimes societários pode tratar um tanto genericamente as condutas delituosas, o que o M.P. aceita, não porém, quando essa narrativa imprecisa resulta da falta de inquérito e insuficiência de elementos documentais que su-

pram a falta de requisição policial. Tem-se aí ação temerária, e denúncia inepta que não respeita o direito de ampla defesa constitucionalmente assegurado.

Defeito formal que prejudica o exame das demais questões abordadas no **h.c.**, as quais adentram o mérito, para o que não é próprio o *writ*.”

É o relatório.

### VOTO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): Sustentam os ilustres advogados dos recorrentes impetrantes, para efeito de desconstituição do processo-crime movido contra os pacientes, a inépcia da denúncia, pelo fato de que não teria descrito as datas dos delitos, nem a participação individual de cada réu na infração penal; e o trancamento da ação penal, por falta de justa causa para a **persecutio criminis**, por entenderem que o agir dos réus não teria caracterizado qualquer delito.

Essas alegações trazidas pelos impetrantes foram vantajosamente repelidas pelo v. acórdão da egrégia Segunda Câmara Criminal do Colendo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que, no essencial, transcrevo — fls. 837/843:

“Pelos fatos descritos na denúncia de fls. e fls., lida na sessão de julgamento (Regimento In-

terno, art. 150), os pacientes foram denunciados como infratores do artigo 2º, II, da Lei 8.137, de 27.12.90.

Os argumentos da peça vestibular, que pretendem análise, tais como a Tirania Fiscal instaurada no País, o princípio da intervenção mínima do Estado, da discussão sobre a uniformidade de alíquotas incidentes nas operações fiscais, e do direito de utilização dos créditos de ICM correspondentes à diferença de alíquotas interestaduais, devem ser afastadas de pronto, porque incabível, no âmbito restrito do **Habeas Corpus**, a discussão de texto de lei juridicamente constituída.

Na verdade, dos termos da brilhante sustentação oral, o pedido pretende a declaração de inépcia da denúncia, sob os seguintes argumentos: — Não especificação das condutas individuais; — violação do princípio da legalidade; — trancamento da ação penal por falta de justa causa, englobando argumentos tais como, matéria pendente de recursos administrativos e decisões judiciais, declaração de direito pelo Supremo Tribunal Federal e inexistência de fato típico, antijurídico e culpável.

A especificação e descrição da conduta individual dos denunciados na prática dos delitos a eles imputados é regra comezinha tanto na doutrina como na Jurisprudência Pátria.

No entanto, em se tratando de crime de autoria coletiva, nos delitos societários, o Pretório Excelso vem abrandando esse rigor.

Por ocasião do julgamento do Recurso de **Habeas Corpus** nº 65.491 de São Paulo, o Ministro Carlos Madeira, da egrégia Segunda Turma do STF, decidiu que:

‘Crime societário. O que caracteriza o crime societário é o fato do ilícito resultar da vontade que a cada um dos mandatários ou responsáveis da pessoa jurídica cabia manifestar. Só a instrução poderá definir quem concorreu, quem participou ou quem ficou alheio à ação ilícita ou ao resultado com ela obtido.

A denúncia, abrangendo todos os diretores da pessoa jurídica, não importa em opção pela responsabilidade penal objetiva, pois tem o conteúdo de uma proposta da qual resultará individualizada a responsabilidade pelo delito.

Precedentes do Supremo Tribunal Federal.’

No corpo do v. Acórdão afirma o eminente Relator que “A inclusão dos recorrentes como denunciados conta com autorização expressa do art. 6º, da Lei nº 4.729/65, **verbis**:

Quando se trata de pessoa jurídica, a responsabilidade penal

pelas infrações previstas nesta lei será de todos os que, direta ou indiretamente ligados à mesma, de modo permanente ou eventual, tenham praticado ou concorrido para a prática da sonegação fiscal.

Tal entendimento tem sido prestigiado em decisões desta Corte, entre as quais, a desta Egrégia Turma, adotada no RHC nº 59.587-SP, no qual o eminente Ministro Décio Miranda sustentou:

O ser necessário, indicar, via de regra, a conduta de cada pessoa que se acusa é uma verdade que não estou contestando. Estou, apenas, dizendo que, nesses delitos praticados em sociedade, delitos em que se presume o benefício de todos os sócios, a proposta do Ministério Público há de ser precisa, idônea, crível em relação aos fatos que articula. Mas quanto à divisão precisa desses fatos, em relação a pessoas que agem intimamente dentro de um órgão, e que são, por natureza, solidários na prática de todos os atos, essa precisão nem sempre é exigível. É reclamar-se demonstração prévia de total impossibilidade. O Ministério Público não pode convencer plenamente senão dentro do contraditório da própria ação penal, isto é, na discussão da proposta acusatória (RTJ 125/1.063).

No mesmo sentido o voto dos Ministros Francisco Rezek e do Ministro Aldir Passarinho, inseridos no julgado.

Ainda dentro do mesmo raciocínio, decisão do eminente Ministro Soares Muñoz, no RHC 58.544-SP:

‘Crime societário — Não é sempre que o Ministério Público dispõe, no limiar da ação penal, de elementos probatórios que lhe permitam discriminar a participação que cada sócio teve no delito societário. Nem por isso estará impedido de oferecer denúncia contra todos os responsáveis pela firma. Constitui condição impossível de ser exigida o pleno conhecimento das deliberações tomadas na privacidade dos órgãos da administração. **Habeas Corpus** indeferido — Recurso provido’ ((RTJ 101/563).

Não há como se acoirar de inepta a denúncia, sob este aspecto, porque o Contrato (ou Estatuto) Social da empresa não especifica a atribuição de cada um dos sócios, e não vi, no presente pedido, a individuação da atividade e responsabilidade de cada um dos pacientes na administração da empresa.

Com relação ao segundo argumento da prefalada inépcia da denúncia, não vejo como violado o princípio da legalidade.

A Empresa dos pacientes, nos idos de 1982, em consulta feita à Coordenação de Fiscalização e

Tributação, da Secretaria da Fazenda, deste Estado, recebeu resposta afirmativa, assim ementada:

‘Geram direito ao crédito do imposto, produtos intermediários, inclusive aqueles que não se integram fisicamente ao novo produto que forem consumidos no processo industrial em contato direto com o produto em elaboração’ (fls. 518).

Mais tarde, em nova consulta, obtive da Comissão Permanente de Assuntos Tributários da mesma Secretaria, em 23.7.85, resposta negativa, que em Resolução Normativa, assim decidiu:

TCM — Crédito — Indústrias de Papel e Celulose — As entradas de discos, feltros e telas, em indústria de papel e celulose, não geram direito a crédito do imposto’ (fls. 522).

Ora, mesmo cientes, desde 1985, da impossibilidade de retenção de crédito de imposto, a empresa continuou a prática desse expediente, que mais tarde foi confirmada pela Lei nº 7.547/89, e pelo Decreto nº 3.017, de 28.2.89, que regulamentou o ICMS.

Por isso, impossível falar-se em abuso da legalidade, falta de consciência da ilicitude da conduta e ausência de culpabilidade.

A denúncia atacada, lida em sessão, descreve quatro condutas ilícitas dos impetrantes, que na qualidade de dirigentes da empresa, aos quais cabia deliberar sobre a atividade comercial da sociedade, como diretores, sendo a primeira relativa às 4 (quatro) notificações descritas e enumeradas (notificações fiscais nºs 515381062; 15381163, 15380860 e 15380961 referem-se a créditos indevidos.

Veja-se o disposto no artigo 34, da Lei nº 7.547, de 27.1.89, que dispõe:

‘Art. 34 — Não implicará crédito para compensação com o montante do imposto devido nas operações ou prestações seguintes:

I — ...

II — a entrada de bens destinados a consumo, ou à integração no ativo fixo do estabelecimento;

III — a entrada de mercadorias ou produtos que, utilizados no processo industrial, não sejam nele consumidos ou não integrem o produto final na condição de elemento indispensável à sua composição.

— **omissis.**

Não tendo direito a esse crédito, o crime se configura, em tese, na escrituração da alíquota de 17%, como o único objetivo de abater o imposto efetivamente devido aos cofres do Estado.

Com respeito às notificações de nºs 15381264 e 15381365, que acu-

sam a falta de recolhimento da diferença de alíquota de 12% para 17% nas aquisições interestaduais, de mercadorias destinadas ao consumo da empresa, infringiram o artigo 2º, II, do Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal do Estado de Santa Catarina (RICMS-SC) que dispõe:

‘Art. 2º — Ocorre o fato gerador do imposto:

I — ...

II — na entrada, no estabelecimento de contribuinte de mercadoria oriunda de outro Estado, destinada a consumo ou a ativo fixo;’

... **omissis.**

Por tal fato, respondem em tese, por conduta delituosa os dirigentes da empresa.

A quarta conduta ilícita, descrita na exordial, referente às notificações fiscais nºs 15380557 e 15385005, se assemelha à conduta acima descrita, e que na denúncia descreve, mais uma vez, que em entidade de propósito e esforço comum os denunciados, como sócios diretores da empresa, no período compreendido entre novembro de 1990 a novembro de 1992, mesmo sabendo da ilegalidade e ilicitude do aproveitamento do diferencial da alíquota en-

tre operações internas e interestaduais, registraram nos livros de Registro de Entradas, Registro de Apuração do ICMS e Guias de Informação e Apuração do ICMS, como crédito tributário, 5% das operações de compra feita com outros Estados da Federação.

Essa diferença entre os 12% da compra fora do Estado, para os 17% da alíquota incidentes neste Estado deveriam ser recolhidos aos cofres do Erário Público, e não serem registrados em favor da empresa.

Destarte, a meu sentir, perfeitamente caracterizado, para efeitos de deflagração da ação penal, o fato típico previsto na Lei nº 8.137/90, que em seu artigo 1º, inciso II, dispõe:

‘Art. 1º — Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

#### I — omissis

II — Fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal.

#### ... omissis

Ademais, diga-se, porque oportuno, que o réu se defende do fato descrito na denúncia, e não do delito na mesma capitulado.

Por isso, não há falar-se em denúncia inepta, porquanto a mesma nasceu da ação fiscal pro-

cedida pela Diretoria de Tributação e Fiscalização da Secretaria Estadual da Fazenda, pela gerência de Fiscalização de Videira, a quem cabe, aliás, policiar a correta arrecadação fiscal dentro de sua circunscrição. Encaminhado o material, o Ministério Público, constatando um ilícito penal tributário, em tese, levou ao crivo do Poder Judiciário.

O mestre **Mirabete**, com a clareza habitual ensina que “É inepta e não deve ser recebida a denúncia que não especifica, nem descreve, ainda que sucintamente, o fato criminoso atribuído ao acusado, que seja vaga, imprecisa, lacônica. Também é de ser rejeitada a denúncia em que não se descreve elemento essencial do tipo penal, com as expressões grosseiras no crime de desacato, o sentimento que moveu o agente no delito de prevaricação, etc.”, (Processo Penal, Atlas, 1991, pág. 122).

Tais situações, porém, não são aquelas encontradas nos autos.

Aliás, a respeito do caso **sub judice**, continua o mestre, “Entretanto, pela própria natureza da conduta criminosa, como nos crimes societários, por exemplo, não se pode exigir que a denúncia descrimine os atos específicos de cada um. É indispensável, porém, que se afirme ter havido prévio ajuste entre eles” (**in op. cit.**, pág. 123).

Tal ajuste caracteriza a co-autoria, ou seja, o liame subjetivo de que falam os doutrinadores.

Nessas condições, cai por terra o argumento de inexistência de fato típico, antijurídico e culpável.

Quanto à pretendida declaração de direito pelo Supremo Tribunal Federal, que em decisão via difusa, casuística, só teve efeito sobre as partes envolvidas na ação.

A esse respeito, o doutrinador Ivam Lima Verde, de Fortaleza, na monografia intitulada "O creditamento do ICM pela diferença de alíquotas nas operações interestaduais", publicada em sua cidade, no mês de outubro de 1988, expõe que a partir da vigência da Emenda Constitucional nº 23/83 tornou assente a fixação de alíquotas interestaduais diferenciadas pelo Senado Federal.

Tal permissivo, agora constitucionalmente permitido, já constava da Resolução nº 7/80.

Diz o doutrinador: "Assim, em face dessa nova previsão constitucional, perdeu atualidade a Súmula 569, do Supremo Tribunal Federal, já que concebia à luz da jurisprudência produzida sob a égide da emenda constitucional nº 1/69. Sua aplicação, doravante, ficou restrita aos julgados que tenham por objeto fatos ocorridos anteriormente à vigência da Emenda Constitucional nº 23/83".

E diz mais:

"Na verdade, ao pretenderem dar àquele julgado do STF efeitos **erga omnes** (com relação a todos) e **ex tunc** (retroativo) isso independentemente da via de controle utilizada e da manifestação do Senado Federal (art. 42, VI, da CF/69), estão eles olvidando as mais preciosas lições da doutrina pátria sobre a matéria, desprezando, demais disso, as próprias regras do direito, posto que norteiam o controle da constitucionalidade."

Ora, como conseqüência, fica evidente que o pretexto jurídico invocado pelos envolvidos na evasão fiscal, além de não lhes aproveitar, não é nenhum pouco sustentável diante do direito vigente, quer à época dos fatos, quer na atualidade. Acresça-se, ainda, que as notificações fiscais referem-se a períodos que se iniciam em 1989, quando já vigente o citado Regulamento do ICMS, Dec. nº 3.017, de 28.2.89.

Por fim, quanto à terceira conduta delituosa, guardando, quanto à numeração, a ordem expositiva da denúncia, me parece, que os impetrantes têm razão.

As notificações fiscais de nºs 15384904 e 15380759 referem-se ao aproveitamento do ICMS relativo à utilização de serviços de comunicação, onde aproveitaram como crédito o montante do imposto recolhido nas faturas de telefone, abatendo quando da apuração do imposto a recolher.

Bem verdade que o entendimento não é pacífico entre os membros da Fiscalização Estadual, mas da leitura do artigo 34, inciso IV, da Lei nº 7.547, de 27.1.89, que diz:

‘Art. 34 — Não implicará crédito para compensação com o montante do imposto devido nas operações ou prestações seguintes:

— **omissis**

IV — Os serviços de transporte e de comunicação, salvo se utilizados pelo estabelecimento ao qual tenham sido prestados na execução de serviços da mesma natureza, na comercialização de mercadorias ou em processo de produção, extração, industrialização ou geração, inclusive de energia elétrica’ (grifo meu).

Dessa leitura, a meu sentir, tem-se que a operação de comunicação (telefones) está exceptuada na legislação, como se observa pela expressão salvo se, não se constituindo crime, porque a lei permite nesses casos, a compensação do crédito, pelo que se deflui da leitura do texto da lei, que foi repetido **ipsis litteris** na Regulamentação do ICMS, no artigo 52, inciso IV, do Decreto Estadual nº 3.017, de 28.2.89.’

Se não bastassem os sólidos argumentos expostos no v. acórdão recorrido, tem-se em abono a sua tese, que também, chancelo, as sábias lições trazidas nas contra-razões do Ministério Público do Estado de

Santa Catarina, que, em conclusão, assim se expressou — fl. 923:

“Não é possível se atender à pretensão dos réus. Deve prosseguir a ação penal até final sentença de mérito.

A denúncia não é inepta, eis que formal e substancialmente perfeita.

*Existe justa causa para a persecução penal. Não há motivo algum para se impedir a tramitação do processo-crime movido contra os seis empresários acusados.*

O Magistrado recebeu a denúncia visto que:

a) conseguiu captar qual foi o agir deliçquencial dos réus;

b) vislumbrou que a exordial acusatória retratou de maneira nítida as manobras fraudulentas perpetradas pelos administradores da FACELPA;

c) se convenceu da manifesta tipicidade criminosa do agir dos acusados, que violaram a lei e praticaram delito contra a ordem tributária.

O entendimento esposado pelo ilustre e digno Doutor Juiz de Direito (informações de fls. 756), porque correto, deve persistir em sua inteireza.

Incabível a desconstituição da denúncia ou o trancamento da ação penal.

Inaplicável o artigo 249, do CPP, como querem os recorrentes

às fls. 887, ou mesmo o artigo 249, § 2º, do CPC, pois o mérito da questão (condenação ou absolvição dos réus) só poderá ser decidido no julgamento do processo-crime movido contra os Trombini e não em **Habeas Corpus**.

A solução para o caso em análise é o Egrégio Superior Tribunal de Justiça *improver o recurso ordinário* ajuizado, mantendo a decisão do Pretório Catarinense que não permitiu o trancamento da ação penal e considerou que a denúncia não é inepta.

Necessário prossiga na comarca de Fraiburgo, até final sentença de mérito, o processo-crime por sonegação fiscal movido contra Lenomir Trombini, Ítalo Fernando Trombini, Luiz Sérgio Trombini, Raul Baptista Trombini, Wladimir Olympio Trombini e Renato Alcides Trombini.”

Digo eu que a via estreita do **habeas corpus** não permite um exame aprofundado da prova, para constatar da existência ou não de justa causa para trancamento da ação penal.

No caso dos autos, sem dúvida, é imperioso revolver toda uma matéria fática, inviabilizando o uso do remédio heróico.

No que toca à questão da individualização ou particularização da participação dos recorrentes na denúncia, hei por bem em repelir tal argumento, posto que a meu juízo, a denúncia está posta em todos os

seus termos, atendendo ao disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal.

Nesta parte o acórdão recorrido traz anotação de decisão do STF — RHC 58.544/SP, Rel. Min. Soares Muñoz, assim ementada:

“Crime societário — Não é sempre que o Ministério Público dispõe, no limiar da ação penal, de elementos probatórios que lhe permitam discriminar a participação que cada sócio teve no delito societário. Nem por isso estará impedido de oferecer denúncia contra todos os responsáveis pela firma. Constitui condição impossível de ser exigida o pleno conhecimento das deliberações tomadas na privacidade dos órgãos de administração. **Habeas corpus** indeferido — Recurso desprovido” (RTJ 101/563).

Na parte referida pelo pronunciamento do Ministério Público Federal da exigência, no caso, de inquérito policial, há de ser repelida do mesmo modo, posto que para a denúncia não se torna indispensável o inquérito — RTJ 76/741.

Assim, mantenho o v. acórdão recorrido que concedeu parcialmente a ordem, para negar provimento ao recurso.

É como voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 2.862-9 — SC — (93.0017796-6) — Relator: O Sr. Mi-

nistro Pedro Acioli. Rectes.: Lenomir Trombini e outros. Advogados: Rene Dotti e outro. Recdo.: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Pactes.: Lenomir Trombini, Ítalo Fernando Trombini, Luiz Sérgio Trombini, Raul Baptista Trombini, Wladimir Olympio Trombini, Renato Alcides Trombini. Sustentou oralmente, o Dr. Rene Ariel Dotti, pelos recorrentes.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator, negando provimento ao recurso, pediu vista o Sr. Ministro Adhemar Maciel. Aguardam os Srs. Ministros Anselmo Santiago e Vicente Cernicchiaro (em 07.12.93 — 6ª Turma).

Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro José Cândido.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro VICENTE CERNICCHIARO.

#### VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Pedi vista. O eminente relator, Ministro Pedro Acioli, negou provimento ao recurso ordinário interposto em favor de Lenomir Trombini, Ítalo Fernandes Trombini, Luiz Sérgio Trombini, Raul Baptista Trombini, Wladimir Olympio Trombini e Renato Alcides Trombini.

Os pacientes foram denunciados como incurso no art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90 (“Crimes contra a Ordem Tributária”), na qualidade de diretores de “Trombini Papel e Embalagens S.A.”, sucessora de “Fábrica de Celulose e Papel S.A.”.

No período compreendido entre janeiro/88 e novembro/92, teriam reduzido o tributo do ICM e ICMS, fraudando a fiscalização tributária, inserindo em seus livros de registro e apuração e nas próprias guias de informação e apuração de ICMS elementos inexatos. Diz a denúncia de fls. 68/78):

“Para não recolherem o imposto efetivamente devido, os denunciados apropriaram-se de crédito referente à diferença de alíquota nas operações interestaduais. É que nas operações de compra de mercadorias provenientes de outras unidades da federação, a alíquota do ICMS é de 12%. Os denunciados, ao comprarem essas mercadorias deveriam lançar nos livros fiscais de entrada de mercadorias, o crédito de ICMS de 12%. Mas os denunciados, fraudando a fiscalização tributária inseriram nos livros fiscais de entrada e de registro de apuração do imposto, a alíquota de 17%, apropriando-se ilícita e criminosamente de 5%. Conseqüentemente, ao apropriarem-se de 5% do tributo, recolheram por este ardil, muito menos imposto do que o efetivamente devido.”

Os eminentes advogados Professor Rene Dotti e Dr. Renato Andrade ajuizaram ação de **habeas corpus** em favor dos pacientes e contra o furor de denúncia injusta e arbitrária. A denúncia — prosseguem os ora recorrentes, então impetrantes — não se acha instruída com elementos suficientes para merecer recebimento. Após digressões histó-

ricas sob a eterna luta do povo inglês contra a fome fiscal no século XIII, focalizaram o ângulo do processo penal, ou seja, aquele que “além de se preocupar com a apuração da verdade material, deve ter como objetivo nuclear a verificação do fundamento da pretensão punitiva e não o de torná-la realizável a qualquer preço”. Ora, no caso concreto a denúncia não se faz acompanhar de elementos de prova indiciária suficiente para a abertura do próprio processo, com o sacrifício do *due process of law* (§ 5º do art. 39 do CPP). Se não bastasse esse mínimo para o nascedouro da ação penal, a denúncia padece de inépcia (CPP, art. 41), fazendo, inclusive, remissão a dados não descritos. A inépcia não morre aí. Viola, mais, o sagrado “princípio da legalidade”: os fatos supostamente típicos teriam sido praticados antes da Lei nº 8.137, que é de 28/12/90.

Mais para a frente, os recorrentes insistem na falta de justa causa para a ação. O art. 138 do CTN exige o contribuinte de responsabilidade, se ele, de modo espontâneo, recolhe, ainda que com multa, a dívida tributária vindicada. Assim, em 15/02/92, a empresa dos pacientes efetuou espontaneamente o recolhimento dos tributos fora do prazo. No tocante ao aproveitamento do crédito do ICMS, lembraram os impetrantes que o Estado de S. Catarina enseja que o contribuinte se credite apenas de parte dos valores do ICMS recolhido pelos serviços de telecomunicações referentes às suas

atividades produtivas. Foi o que fez a empresa dos pacientes. Quanto ao crédito do ICMS, frisaram que foi feita consulta ao Fisco estadual com posterior ingresso em juízo por discordância.

O egrégio TJSC, tendo como relator o eminente Desembargador Sólon D’êça Neves, concedeu em parte a ordem para afastar da denúncia a conduta descrita nas notificações fiscais de nºs 15384904 e 15380759 (atipicidade). O acórdão ficou assim ementado:

fl. 834 (Lê).

O douto representante do Ministério Público Federal junto a esta Turma, Dr. Ribeiro de Bonis, após uma suma do pedido, sublinhou:

“Vislumbra o MPF a existência de abuso na coação imposta aos ora Pacientes e Recorrentes, pela denúncia e seu recebimento, ameaçando-lhes, mesmo, a liberdade de locomoção, pela ausência de inquérito policial que apurasse, de forma regular e devida, a exata participação (ou não) de cada um dos sócios da empresa Faelpa nos crimes que lhes são atribuídos. Deveras, conforme se disse, o grau de responsabilidade e a participação ou não de cada um dos sócios, atuais Pacientes, no dolo que lhes foi imputado, ficaria evidenciado na instrução criminal do processo penal por que respondem. Mas, injusto seria olvidar, o processo penal constitui um ônus, um gravame escandaloso, e um peso, tanto pecu-

niário quanto moral, para aqueles que nele figuram como réus; um vexame que a melhor das indenizações não lograria reparar. Assim, prudente seria que a denúncia individualizasse e especificasse a forma e modo de participação de cada um dos denunciados nos atos reputados criminosos, ao invés de responsabilizar a todos, indistintamente, de forma lata e abrangente, o que só se viabilizaria com a feitura do inquérito policial que, se realizado, haveria inclusive (se fosse este o caso) de constar o não envolvimento e participação deste ou daquele dos atuais denunciados que, ao contrário dos agentes da fazenda estadual (instituição diretamente interessada no caso) a autoridade policial melhor investigaria a **notitia criminis**, já que equidistante e imparcial, fornecendo ao Ministério Público elementos mais seguros de prova à oferta da denúncia. O Ministério Público realmente pode dispensar o inquérito policial para oferecimento da denúncia, se embasá-la em elementos documentais que lhe permitam narrar os fatos e individualizar a conduta dos agentes. E, ainda, tem-se sustentado que a denúncia em crimes societários pode tratar um tanto genericamente as condutas delituosas. Não se aceita, porém, que assim se apresente a denúncia, se a imprecisão da narrativa resultar da falta de inquérito e insuficiência de elementos docu-

mentais probatórios que supram a atuação policial. Nesse caso, considerar-se-á temerária e inepta a denúncia, violadora do direito constitucional da ampla defesa.”

Por fim, opinou o eminente parecerista pelo provimento parcial do recurso: trancamento da ação penal com a remessa da documentação e peças constantes dos autos para que o Ministério Público estadual tomasse as providências que o caso está a exigir.

O eminente Ministro Relator, em seu longo voto, sobretudo com arrimo no acórdão recorrido, frisou que na via acanhada do **habeas corpus** não se tem como fazer exame aprofundado de provas para se apurar se existe ou não justa causa para trancamento da ação penal. Quanto ao art. 41 do CPP, argumentou, com base em decisão do STF (Min. Soares Muñoz) que, em se tratando do denominado “crime societário”, o denunciante nem sempre dispõe, no liminar da ação penal, de todos os elementos probatórios capazes de ensejar a descrição pormenorizada de cada um dos co-partícipes.

No relativo à argumentação do Ministério Público Federal da ausência do inquérito policial, lembrou que ele não se faz imprescindível para a valia da denúncia (RTJ 76/741).

Senhor Presidente, quando se promulgou o Código de Processo Penal, em outubro de 1941, as socieda-

des comerciais não tinham no Brasil, como hoje, um desenvolvimento acentuado. Embora o direito penal seja o direito por excelência do indivíduo, hoje, com o desenvolvimento das grandes empresas, muita coisa que se fazia “individualmente” se perde nos meandros das entidades empresariais. Daí terem nossos tribunais, de um modo geral, sob a batuta do STF, sido um tanto complacentes na interpretação do art. 41 do CPP.

Como relator, assim ementei o RHC nº 1.961-RJ, cuja ementa foi publicada no DJU de 17/12/92, p. 24.267:

*“Processual Penal. Recurso em habeas corpus. Crime de autoria coletiva. Abrandamento da exigência do art. 41 do CPP. Recurso improvido.*

I — No denominado “crime societário ou coletivo”, a exigência da individualização da conduta criminosa (CPP, art. 41) é abrandada. No caso concreto, não se pode acoiar de “inepta” a denúncia. A individualização da conduta do paciente foi razoavelmente descrita dentro do contexto fático. Em tese, a participação do paciente configura crime e a denúncia lhe fornece elementos objetivados para se defender na ação penal.

II — Recurso improvido.”

No HC nº 58.802-MT, figurando como Relator o Ministro Antônio

Néder, assim restou a ementa, publicada na RTJ 100/556:

“1 ..... omissis .....  
.....

3. A denúncia deve conter a exposição do fato criminoso e suas circunstâncias, como exprime o art. 41 do C. Pr. Penal. Se a co-autoria estiver configurada em termos claros, de modo que possa ela ser descrita especificamente, a denúncia deve descrever a conduta do co-autor ou de cada um dos co-autores. Contudo, no caso de uniforme autoria coletiva ou conjunta, em que os autores praticaram, no tempo e no espaço, o mesmo fato punível, mediante concordância de vontades e consciência de ilicitude, sem que o rigor o fizesse mediante condutas específicas ou diferentes, em tal caso não é necessário que o denunciante, ou o queixoso, descreva o comportamento de cada um dos autores para que a denúncia, ou a queixa, tenha validade. De qualquer forma, mesmo que assim não haja ocorrido no caso concreto, não é nula tal peça de acusação, pois ela pode ser suprida, antes da sentença, como previsto no art. 569 do C. Pr. Penal.

4. Petição de **habeas corpus** indeferida.”

O Ministro Rodrigues Alckmin assim cristalizou o acórdão do HC nº 51.451-SP, publicado na RTJ 68/60:

*Habeas corpus contra privilégio de invenção. Alegação de inépcia da queixa, pela falta de descrição da participação de cada querelado na ação delitiva. Improcedência.* Queixa que contém os requisitos indispensáveis ao conhecimento da imputação e ao pleno exercício de defesa. Não é possível exigir, para a propositura de ação penal por crimes em matéria de propriedade industrial, que a queixa descreva a atividade de cada querelado nas deliberações reservadas tomadas na sociedade: tal exigência tornaria imune a persecução criminal esses delitos. Ordem de **habeas corpus** indeferida”.

No RHC nº 58.544-SP, aludido pelo eminente Ministro Pedro Acio-li, o Ministro Soares Muñoz conclui sem voto:

“A denúncia imputa ao paciente e aos outros diretores da Fator Publicidade Ltda. fato certo que constitui crime em tese. Não distingue a participação singular de cada um, porque se trata de ação conjunta praticada pelos três sócios, em benefício da sociedade e em detrimento da firma que lhes confiara numerário para a realização de pagamentos a terceiros. Exigir, nessas circunstâncias, maiores minúcias na peça acusatória inicial, importaria em torná-la impossível. Razão assiste ao precedente desta Corte, citado no acórdão recorrido, de que exi-

gir descrição minuciosa das deliberações reservadas tomadas no seio das sociedades anônimas, já no pórtico da ação penal, é condição impossível de ser satisfeita”.

Feitas essas considerações de ordem pretoriana, voltemos aos autos.

A primeira observação que faço — e para mim fundamental — é que a denúncia não se preocupou — o que seria muito fácil, pois sai até publicado em jornal para conhecimento público — em dizer que denunciado ocupa tal e qual cargo de direção. E o estatuto da empresa, como se verá a seguir, dá, pelo menos no papel, a atribuição específica de cada um dos diretores.

De acordo com os estatutos sociais, a empresa é administrada por um “Conselho de Administração e por uma Diretoria” (art. 6º). O “Conselho de Administração é órgão de deliberação colegiada, sendo a representação da Sociedade, ativa ou passivamente, judicial ou extra-judicialmente e em suas relações com terceiros, privativa da Diretoria” (art. 6º, parágrafo único).

O art. 7º dispõe:

“O Conselho de Administração será composto por um mínimo de quatro (4) e um máximo de seis (6) membros, pessoas físicas, acionistas da Sociedade e que serão eleitos e terão seus honorários fixados por Assembléia Geral de Acionistas, com mandato de três (3) anos, podendo ser reelei-

tos e por ela destituídos em qualquer tempo”.

“§ 2º Empossados, os Conselheiros elegerão entre seus pares, o Presidente do Conselho, que exercerá as funções até o término do mandato do Conselho que integra”.

“§ 8º Compete ao Conselho de Administração: a) fixar a orientação geral dos negócios da empresa; b) eleger e destituir os membros da Diretoria e fixar-lhes a remuneração, observando o que a respeito dispuser os estatutos e/ou Assembléias Gerais de Acionistas; c) fiscalizar a gestão... (ilegível)...; d) convocar Assembléias Gerais de Acionistas; e) manifestar-se sobre o Relatório anual da Administração e contas da Diretoria; f) escolher ou destituir, por seu Presidente, auditores independentes, autorizando sua contratação pela Diretoria”.

Art. 9º:

“À Diretoria compete a administração geral da Sociedade e seus negócios, sendo de atribuição de cada Diretor, o seguinte:

Diretor-Presidente — Representar a Sociedade perante terceiros. Orientar e fiscalizar todos os negócios e a execução do plano de trabalho. Zelar pelo fiel cumprimento das deliberações de Assembléias Gerais de Acionistas e Reuniões de Diretoria. Assinar juntamente com outro Diretor, as ações, certificados ou cautelas re-

presentativos do Capital Social. Diretor-Superintendente — Elaborar e promover a execução do plano de trabalho. Superintender toda atividade da Sociedade, inclusive seus negócios. Propor à Diretoria, investimentos que julgue de interesse da Sociedade. Diretor Administrativo. Exercer a administração interna da Sociedade. Contratar e dispensar pessoal, fixando-lhes remuneração. Zelar pelo bom funcionamento dos departamentos e coadjuvar os demais Diretores em suas atribuições. Diretor Financeiro — Manter permanente contato e bom relacionamento com estabelecimentos de crédito e instituições financeiras. Prever e orientar a elaboração de orçamentos anuais. Supervisionar os setores de crédito e cobrança. Diretor Comercial — Manter negociações de interesse da Sociedade. Promover aquisição de matéria-prima. Nomear agentes e representantes fixando-lhes remuneração e zona de trabalho. Propor à Diretoria transações e normas que visem à conquista de novos clientes e rentabilidade operacional. Diretor Industrial. Dirigir os setores de produção. Manter controle de custos e qualidade de produção, da matéria-prima e instalações industriais. Admitir e demitir pessoal diretamente ligado à produção, fixando-lhes vencimentos e forma de remuneração”.

Assim, Senhor Presidente, aos olhos do estatuto social, pelo menos

o diretor comercial e o diretor industrial teriam que ser afastados, de plano, da denúncia. Não teriam participação nos fatos criminosos. O denunciante, em não tendo individualizado os respectivos cargos na sociedade empresarial — o que estaria ao seu alcance fazer — dificultou a defesa e, **per tabellam**, atropelou a revisão e o controle de órgãos judiciais superiores.

Dessarte, embora esteja de acordo com o eminente Ministro Relator no tocante à possibilidade de denúncia sem cabal individualização da atividade participativa de cada um dos integrantes, no caso concreto entendo que o denunciante foi um tanto afoito e até mesmo temerário em deixar de descrever o que, com facilidade, poderia ter feito. Isso se traduz em inegável cerceamento de defesa, um direito constitucionalmente assegurado.

Quanto à tipicidade, **data venia** dos impetrantes/recorrentes, os fatos são típicos e parte deles ocorreu ainda na vigência da Lei nº 8.137/90.

Em resumo, Senhor Presidente, ficando a meio caminho, perfilho a sugestão apontada pelo Ministério Público Federal: anulo o processo, por inépcia da denúncia, para que peças dele sejam enviadas ao Ministério Público que, então, tomará o rumo que lhe aprouver.

É como voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 2.862-9 — SC — (93.0017796-6) — Relator: O Sr. Mi-

nistro Pedro Acioli. Rectes.: Lenomir Trombini e outros. Advogados: Rene Dotti e outro. Recdo.: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Pactes.: Lenomir Trombini, Ítalo Fernando Trombini, Luiz Sérgio Trombini, Raul Baptista Trombini, Wladimir Olympio Trombini, Renato Alcides Trombini.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após os votos do Sr. Ministro Adhemar Maciel dando provimento parcial ao recurso e o Sr. Ministro Anselmo Santiago acompanhando o Sr. Ministro Relator, pediu vista o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Aguarda o Sr. Ministro José Cândido (em 26.10.93 — 6ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro VICENTE CERNICCHIARO.

#### VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: A Impetração encerra erudita fundamentação, subscrita por ilustres advogados. Postula o trancamento do processo, por falta de justa causa (fato atípico) e, subsidiariamente, a nulidade da denúncia, porque inepta.

Análise, inicialmente, a primeira arguição.

O fato imputado (fls. 68/78) configuraria fraude fiscal, consistente em, reiteradamente, sonegar tributos, lançando créditos que sabiam não possuir para deles se utilizar, compensando o imposto a ser recolhido no final de cada mês.

A impetração sustenta exercício regular do direito, arrimando-se, ademais, em parecer de ilustre jurista (fls. 679/705) o que autoriza afirmar a falta de consciência da ilicitude.

A Constituição da República (art. 155, § 2º, I) estatui:

“O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I — será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviço com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal”.

Os vocábulos, no Direito, nem sempre traduzem o mesmo significado, apesar da coincidência literal. Assim, domicílio para o Direito Penal e no Direito Administrativo. Digase o mesmo no tocante à compensação, cotejando-se o vocábulo empregado na Constituição e o conceito tradicional do Direito Civil. Aqui, traduz idéia de acerto de contas, ou com precisão maior, como enuncia o art. 1.009 do Código Civil: “Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até se compensarem”.

A transcrita norma da Constituição, no entanto, encerra categoria

diversa. Indica creditamento, com o suceder de operações. Cada operação projeta o fato imponível. Porque não cumulativo, o imposto não pode incidir em cada circulação da mercadoria. O primeiro vendedor recolhe o tributo, que, por sua vez, é embutido no preço. Transferido, pois, ao comprador. Este, promovendo outra circulação, credita-se do valor do imposto. Assim, sucessivamente, até ao último adquirente que, a final, arcará com o ônus fiscal.

Eventual incidência a maior, em qualquer operação, não consente o contribuinte creditar-se da respectiva diferença. Creditar-se, sim. Não é compensação.

Em termos tributários, quando há compensação, o contribuinte favorecido não é credor do Estado. Insista-se, o emprego de — compensação — é no conceito da norma da Constituição (não é o sentido do Código Civil).

A denúncia descreve que os Pacientes lançaram nos livros fiscais créditos de ICMS, registrando alíquotas superiores às próprias das operações.

A imputação afirma:

“Para não recolherem o imposto efetivamente devido, os denunciados apropriaram-se de créditos referentes à diferença de alíquotas nas operações interestaduais. É que nas operações de compra de mercadorias provenientes de outras unidades da federação, a

alíquota do ICMS é de 12%. Os denunciados, ao comprarem essas mercadorias deveriam lançar nos livros fiscais de entrada de mercadorias, o crédito de ICMS de 12%. Mas os denunciados fraudando a fiscalização tributária inseriram nos livros fiscais de entrada e de registro de apuração do imposto, a alíquota de 17%, apropriando-se ilícita e criminosamente de 5%. Conseqüentemente, ao apropriarem-se de 5% do tributo, recolheram por este ardil, muito menos imposto do que o efetivamente devido.

O creditamento fraudulento da diferença da alíquota de 12% (mercadorias provenientes de outros Estados) para a de 17% (alíquota incidente nas operações internas — dentro do Estado —) permitiu que os denunciados fraudassem a fiscalização tributária por mais de 5 anos, pois apuraram imposto a menos, causando expressivo prejuízo ao erário público”. (fls. 70)

O creditamento fraudulento da diferença da alíquota de 12% (mercadorias provenientes de outros Estados) para a de 17% (alíquota incidente nas operações internas — dentro do Estado —) permitiu que os denunciados fraudassem a fiscalização tributária por mais de 5 anos, pois apuraram imposto a menos, causando expressivo prejuízo ao erário público”. (fls. 70)

O Ministério Público, portanto, não está se opondo à compensação, no sentido da Constituição.

A impetração, eruditamente, no item 56 focaliza o que tratou sob o **nomen iuris** — O direito de utilização dos créditos. Ressalto, porque significativo, este excerto:

“Este *direito de crédito* relativamente ao ICM/ICMS, existente por diferença de alíquotas em operações interestaduais, a par dos dispositivos legais, é evidenciado pelos seguintes aspectos:

a) Pelo lançamento em livros de crédito em montante menor que o existente pela exata aplicação da alíquota constitucional, tal como declarado pelo Supremo Tribunal Federal;

b) O direito de crédito tem como fato gerador a operação anterior, não estando adstrito à comprovação do anterior recolhimento ou não do imposto;

c) Com a declaração de inconstitucionalidade da Resolução nº 07/80 do Senado Federal, produzindo efeitos **ex tunc**, isto é, para o passado, é assegurado à peticionária, nas operações interestaduais, com alíquota a menor, o direito de compensar todo o tributo e não parte dele, posto que a norma ou resolução inconstitucional é como se não existisse;

d) O *direito do crédito* decorre do princípio da não cumulatividade, nos termos dos mandamentos constitucionais e legais”. (fls. 47/48)

O Impetrante vale-se do vocábulo — direito de utilização de cré-

dito — no sentido de compensação (Constituição da República).

A denúncia, porém, não trata da matéria, nesse sentido.

A compensação (sentido do Código Civil) é vedada ao contribuinte. Caso seja credor, impõe-se-lhe desenvolver ação de repetição do indébito.

A hipótese **sub judice** não se amolda ao mencionado parecer. E descrita, sim, fraude tendente a burlar o Fisco.

Passo a examinar a denúncia.

Tenho repetido, a imputação é apta quando, apoiada em fatos, descreve acontecimento no tipo penal, de modo a ensejar o exercício do direito de defesa. Quanto há concurso de agentes, de maneira a que, cada um, individualize de que está acusado.

No caso dos autos, está escrito (ou denúncia) que os Pacientes, “em ação conjunta, acordo de vontades e esforço comum na administração da empresa Fábrica de Celulose e Papel S/A — FACELPA —, os denunciados, no período compreendido entre o mês de janeiro de 1988 e o de novembro de 1992, reduziram o tributo do ICM e ICMS fraudando a fiscalização tributária, inserindo em seus livros de Registro de Apuração e no GIAS (Guias de Informação e Apuração de ICMS) elementos inexistentes” (fls. 70).

Constata-se, **data venia**, com facilidade, na administração da empresa, desenvolver a conduta im-

putada, identificada no tempo e valores. Dispensável descrever a função de cada denunciado na empresa mesmo porque a indicação do contrato, nem sempre, é projetada na atividade diária.

Por fim, secundária, para sustentar a denúncia a Lei nº 8.137/90, ou seja, posterior a fatos nela relatados, dado o princípio de reserva legal. Secundária porque, antes de sua edição, buscando ser específica, a fraude já era descrita como infração penal.

Nego provimento ao recurso.

#### EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 2.862-9 — SC — (93.0017796-6) — Relator: O Sr. Ministro Pedro Acioli. Rectes.: Lenomir Trombini e outros. Advogados: Rene Dotti e outro. Recdo.: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Pactes.: Lenomir Trombini, Ítalo Fernando Trombini, Luiz Sérgio Trombini, Raul Baptista Trombini, Wladimir Olympio Trombini e Renato Alcides Trombini.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto do Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, acompanhando o Sr. Ministro Relator, a Turma, por maioria, negou provimento ao recurso, vencido em parte, o Sr. Ministro Adhemar Maciel. Não participou do julgamento o Sr. Ministro José Cândido de Carvalho Filho (em 27.12.93 — 6ª Turma).

O Sr. Ministro Anselmo Santiago votou com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 2.889-0 — MG

(Registro nº 93.0018922-0)

Relator: *O Sr. Ministro Pedro Acioli*

Recorrente: *Custódio Januário Alves*

Advogados: *José Márcio da Rosa Lopes e outro*

Recorrido: *Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais*

Paciente: *Custódio Januário Alves*

**EMENTA:** *Penal e Processual Penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Trancamento de ação penal. Denúncia fundada no art. 171 caput combinado com art. 14, ambos do Código Penal — Tentativa de estelionato judiciário. Fato atípico. Provimento.*

**I —** O fato não é típico. Não há previsão legal da figura do estelionato judiciário. A cobrança de juros, acima do permitido em lei ou seja: exagerados, poderia constituir crime de usura. Entretanto, não foi o paciente denunciado por tal e nem narra a denúncia, expressamente ato de usura. Refere-se tão-somente que o título executivo fundamental de uma ação de execução, originara-se de infração penal do art. 4º, letra a, da Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951.

**II —** Utilizar-se de ação de execução para cobrar de devedor débito representado por nota promissória (título extrajudicial), não é crime. Poderia haver crime na forma de se conseguir o título. Possível vantagem indevida poderia estar representada no título, mas não conseguida pela sua execução.

**III —** A causa debendi de um título de crédito poderia decorrer de delito, mas não o configuraria o uso regular de procedimento judicial.

**IV —** Atípica a conduta denunciada, deveria ter sido rejeitada a denúncia.

**V —** Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Egrégia Sexta Turma do Superior Tribu-

nal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Brasília, 13 de dezembro de 1994  
(data do julgamento).

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Presidente. Ministro PEDRO ACIOLI, Relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Trata-se de recurso de **habeas corpus** interposto por Custódio Januário Alves de decisão do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais que indeferiu ordem de **habeas corpus** proferido nestes termos — fls. 64/65:

“Ao exame dos autos, podemos ver que o Paciente foi denunciado com base sólida por ajuizar cobrança judicial de título de crédito que se originou de infração penal e que, apesar de ausente o inquérito policial — que nada mais é que uma peça informativa — a ação penal foi iniciada com o recebimento da denúncia, tendo em vista que os fatos nela descritos constituem em tese, crime tipificado no ordenamento jurídico penal. Outrossim, ficou registrado pelo MM. Juiz **a quo** a existência de indícios seguros ou mesmo provas inquestionáveis sobre o fato em tela, trazendo algumas delas em constrangimento ilegal ou que está ele, Paciente, está sendo processado injustamente.

Conforme já mencionado, o Paciente foi denunciado com base

não apenas em indícios, mas em provas que superam em muito simples indícios, daí o recebimento da denúncia. A princípio, estão presentes tanto a autoria quanto a materialidade do delito, entretanto, a certeza dessa autoria e da materialidade somente na instrução criminal é que poderá ser aferida a ponto de ensejar ou não a condenação. Em resumo, a alegação da injustiça da ação penal não pode por agora prosperar, eis que somente após a fase de instrução é que poderá se chegar à tal conclusão; por enquanto, “s.m.j.” tal alegação é desmentida pela própria denúncia recebida e aos documentos a ela acostados.

Outrossim, é por demais sabido que o exame de provas para se trancar uma ação penal é impossível de se obter via **Habeas corpus**, pois o exame das provas, aliás, claras e que resultaram da presença da justa causa e no recebimento da denúncia, não pode ser feito dentro do âmbito restrito do remédio constitucional.”

O Recorrente diz o seguinte no seu recurso — fls. 71/72:

“1) Segundo se vê dos autos, o paciente Custódio Januário Alves, sendo credor de Benedito Rezende Calegaro, crédito este representado por uma nota promissória, ajuizou contra o mesmo a competente ação de execução, para haver o pagamento da mesma.

2) O executado, Benedito Rezende Calegaro, embora não embargando a execução, e sequer negando a autenticidade de sua assinatura no título e a validade, formal do mesmo numa absurda tentativa de fugir ao seu pagamento, procurou o Promotor de Justiça da Comarca (!!!), e num singelo “Termo de Declaração” prestado perante aquela autoridade, alegou que a referida nota promissória tinha origem ilícita, porquanto representaria juros extorsivos cobrados por empréstimos em dinheiro por ele feito ao paciente, verdadeira agiotagem...

3) Não obstante tal matéria devesse ser objeto dos embargos à execução, que sequer foram ofertados, para ser provada e dirimida na esfera cível, o ilustre RMP, de forma simplória e afoito, **data venia**, com base nas declarações extrajudiciais e unilaterais do executado Benedito, simplesmente ofereceu denúncia contra o exeqüente Custódio, passem, como incurso nas sanções do art. 171 **caput**, c/c art. 14 do C.P., por *tentativa de estelionato judiciário (???!!!)*..., ao argumento de que o “exeqüente promove o magistrado como instrumento de atuação de um fim antijurídico, pois o título executivo originase de infração penal (art. 4º, letra a Lei nº 1.521, de 26.12.51), o que contraria o princípio do litigante leal e de boa-fé (arts. 14, inciso II e 17, inciso III, CPC).”...

4) Ora, o simples enunciado dos fatos mostra o — absurdo da esdrúxula denúncia do ilustre RMP, que no entanto foi aceita pelo MM. Juiz **a quo**, o que ensejou a impenetrabilidade do presente **Habeas corpus**, visando ao trancamento da ação penal, pela absoluta falta de tipicidade do fato tido como criminoso.

5) Nesta segunda instância, a Procuradoria de Justiça, em equívoco Parecer, opinou pela denegação da ordem, e a Colenda Turma Julgadora, de forma surpreendente, acabou por acatar tal Parecer, denegando a ordem, em decisão teratológica, **data venia**, que não pode subsistir.

Fundamenta ainda, o recurso em precedente do próprio Tribunal de Alçada sobre o mesmo fato e na mesma Comarca, trazendo o inteiro teor do acórdão em sentido contrário à decisão recorrida — fls. 88/94.5.

O Ministério Público Estadual apresenta contra-razões — fls. 96/100 — repelindo o recurso.

O Ministério Público Federal se pronunciou pelo provimento do recurso — fls. 106/107.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): O recorrente é credor de Benedito Rezende Calegaro por

uma nota promissória, contra quem ajuizou ação de execução objetivado o pagamento da mesma.

O Executado-devedor não embarcando a execução se dirigiu ao Ministério Público Estadual prestando ao representante do *parquet* declarações no sentido de que se trata de título de origem ilícita, com juros extorsivos cobrados pelo empréstimo em dinheiro e que se constituiu em agiotagem.

Desde logo, o Ministério Público local ofereceu denúncia contra o Recorrente como incurso nas sanções do art. 171 **caput** c/c art. 14 inciso II, do Código Penal.

De fato, o caso trazido à baila é idêntico, o devedor é o mesmo Benedito Rezende Calegaro que adotou o mesmo procedimento com relação a outro credor de nome Onofre do Nascimento, cuja incidência penal objeto de denúncia é a mesma.

O Devedor Benedito Rezende Calegaro toma o empréstimo mediante título executivo extrajudicial não paga, se dirige ao representante do Ministério Público local e alega juros extorsivos, agiotagem, promissória ilícita etc., há denúncia e ação penal.

O caso idêntico julgado pelo Tribunal a **quo** está às fls. 88/94, ainda às fls. 90/92 acentua o voto condutor:

“Embora louvável a quixotesca cruzada do Juiz e do Promotor contra a agiotagem, não se pode denunciar nem receber denúncia,

com base em meras alegações do devedor, em seus embargos à execução.

Quase todo executado, em sua defesa, nega a dívida ou reputa excessivos os seus encargos.

Trata-se de uma defesa legítima, exercitada na esfera civil e comercial, mas que somente após a instrução poderá, em tese, resvalar para o ilícito criminal, hipótese em que se instaurará inquérito policial para a sua apuração ou, se suficientes as provas colhidas nos embargos, ensejará, por ordem do Magistrado, a extração de peças com quem o Ministério Público possa embasar a sua denúncia, consoante o disposto no art. 40 do Código de Processo Penal.

No caso em tela, houve, no mínimo, um certo açodamento do denunciante e do receptor da denúncia, tomando ambos a nuvem por Juno.

Por ora, existe apenas uma alegação de agiotagem, levantada, de maneira parcial, pelo devedor, em seus embargos.

Tal alegação, ainda fluida e volátil, não constitui prova ou indício suficiente de autoria e de materialidade, de modo a ensejar a oferta de uma denúncia sem o respaldo de um inquérito.

Se a moda pega, ninguém mais poderá executar o seu devedor, porque a execução civil será respaldada, de maneira constrange-

dora, com a instauração de uma ação penal, que poderá enquadrar alguns agiotas profissionais, mas que terá, certamente, o objetivo mor de livrar da constrição judicial o patrimônio de outros tantos maus pagadores, como se o calote tivesse o condão de ser absorvido e absolvido pela agiotagem (tanto um quanto o outro, moralmente condenáveis).

Tivesse o paciente praticado, em tese, algum delito, por emprestar dinheiro a juros mensais de 25% (numa época em que as financeiras e as administradoras de cartões de crédito cobram taxas mensais superiores a 40), certamente que sua infração não poderia ser capitulada como estelionato, ainda que tentado.

Usura não é sinônimo de estelionato.

Sua conceituação depende de legislação complementar que lhe dê a escorreita definição, atualizando o vetusto diploma da década de trinta, à luz do que dispõe o art. 192 da Constituição Federal, no último de seus parágrafos."

Nos presentes autos, em nada difere do precedente do próprio Tribunal, incrível, pois, até o devedor é o mesmo.

Acolho o pronunciamento do Ministério Público Federal às fls. 106/107, quando diz:

"No mérito, temos que a decisão recorrida não aplicou corretamente o direito. Apesar de enten-

der, em regra, descaber o trancamento de ação penal em **habeas corpus**, por quase sempre depender de exame profundo de prova, naqueles casos em que inequivocamente demonstrada a inexistência de justa causa para a ação penal, como aqui, não temos como ser contrários.

Aqui, os fatos são estremes de dúvida, não havendo, em tese, crime a ser julgado.

O fato não é típico. Não há previsão legal da figura do *estelionato judiciário*. A cobrança de juros, acima do permitido em lei, ou seja: exagerados, poderia constituir crime de usura. Entretanto, não foi o paciente denunciado por tal e nem narra a denúncia, expressamente ato de usura. Refere-se tão-somente que o título executivo fundamental de uma ação de execução, originara-se de infração penal do art. 4º, letra a, da Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951.

Utilizar-se de ação de execução para cobrar de devedor débito representado por *nota promissória* (título extrajudicial), não é crime. Poderia haver crime na forma de se conseguir o título. Possível vantagem indevida poderia estar representada no título, mas não conseguida pela sua execução.

A **causa debendi** de um título de crédito poderia decorrer de delito, mas não o configuraria o uso regular de procedimento judicial.

Mesmo o crime de usura, na falta de normas legais claras de fixação de limites de cobrança de juros (ainda não foi regulamentada a regra constitucional) hoje é uma ficção.

Portanto, não sendo típica a ação denunciada, inexistiria crime. A denúncia deveria ter sido rejeitada. O constrangimento se revela ilegal.

Assim, manifesta-se o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso para conceder-se a ordem.”

Assim dou provimento ao recurso e concedo a ordem.

É como voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 2.889-0 — MG — (93.0018922-0) — Relator: O Sr. Ministro Pedro Acioli. Recte.: Custódio Januário Alves. Advogados: José Márcio da Rosa Lopes e outro. Recdo.: Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Pacte.: Custódio Januário Alves.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator, dando provimento ao recurso, para conceder a ordem, pediu vista o Sr. Ministro Adhemar Maciel. Aguardam os Srs. Ministros Anselmo Santiago, Vicente Cernicchiaro e José Cândido (em 31.08.93 — 6ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro VICENTE CERNICCHIARO.

#### VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: O relator, o eminente Ministro *Pedro Acioli*, deu provimento ao recurso ordinário interposto por *Custódio Januário Alves* contra decisão proferida pelo TAMG em sede de **habeas corpus**.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou na Comarca de São João Nepomuceno ação penal contra o ora recorrente ordinário por estelionato. Alega que o denunciado havia praticado crime de usura (Lei nº 1.521/51, art. 4º, alínea a).

O relator **a quo**, por entender que os fatos, em tese, são típicos, denegou a ordem de **habeas corpus**.

Senhor Presidente, ponho-me de acordo com o Ministro Relator, que se calcou, inclusive, em judicioso voto proferido pelo eminente Juiz **Roney Oliveira** em outro HC (150.719-1), em caso idêntico e da mesma Comarca de São João Nepomuceno. A ação penal, **data venia**, não tinha como prosperar. “Usura não é sinônimo de estelionato”.

É como voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 2.889-0 — MG — (93.0018922-0) — Relator: O Sr. Ministro Pedro Acioli. Recte.: Custódio Januário Alves. Advogados: José Márcio da Rosa Lopes e outro. Rec-

do.: Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Pacte.: Custódio Januário Alves.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após os votos dos Srs. Ministros Adhemar Maciel e Anselmo Santiago, secundando o Sr. Ministro Relator, pediu vista o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro (em 13.12.93 — 6ª Turma).

Ausente, por motivo justificado o Sr. Ministro José Cândido.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro VICENTE CERNICCHIARO.

#### VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: A denúncia está às fls. 15/16 (lê).

Como se vê, o crime consistiria em ingressar em juízo para cobrança de crédito ilegal. O denunciado, com isso, tentara “induzir em fraude o preclaro órgão julgador, obtendo vantagem ilícita em prejuízo alheio”.

**Data venia**, é evidente a inépcia da denúncia. Não descreve infração penal. Confunde transação ilegal com a cobrança do crédito resultan-

te. Ademais, narra que a fraude se direcionou ao “órgão julgador”. Daí denominar — estelionato judiciário.

A aceitar-se a denúncia, em tese, constituiria delito propor ação judicial e o Autor, a final, restar vencido.

Acompanho o e. Relator.

Dou provimento ao recurso.

#### EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 2.889-0 — MG — (93.0018922-0) — Relator: O Sr. Ministro Pedro Acioli. Recte.: Custódio Januário Alves. Advogados: José Márcio da Rosa Lopes e outro. Recdo.: Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Pacte.: Custódio Januário Alves.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto do Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, acompanhando o Sr. Ministro Relator, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 13.12.93 — 6ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO.

---

#### RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 3.152-2 — RJ

(Registro nº 93.0028480-0)

Relator: *O Sr. Ministro Pedro Acioli*

Recorrente: *Aralton Nascimento Lima Júnior*

Advogados: *Aralton Nascimento Lima Júnior e outro*  
Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*  
Paciente: *Aralton Nascimento Lima*

**EMENTA:** *Penal e Processual Penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Letra a, do inciso II, do art. 105, da Constituição. Trancamento de ação penal. Reiteração de pedido anterior. Denúncia destituída de base fática. Suspeição da representante do parquet. Improcedência.*

**I —** O fundamento concernente ao termo de deserção lavrado em outubro de 1992, que estaria autorizando o reconhecimento de falta de justa causa e, em conseqüência, o trancamento da ação penal, constitui reiteração do pedido já apreciado e julgado pelo Tribunal a quo.

**II —** A discussão da base fática probatória da denúncia é feita após a instrução da causa. Para a denúncia ser recebida basta que seja formalmente correta, narre fato típico e se apóie em indícios de crime de autoria.

**III —** A eventual suspeição da representante do Ministério Público há de ser analisada na via ordinária e não na via angusta de habeas corpus.

**IV —** Recurso improvido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Egrégia Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram os Srs. Ministros Adhemar Maciel, Anselmo Santiago e Luiz Vicente Cernicchiaro. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro José Cândido de Carvalho Filho.

Brasília, 22 de fevereiro de 1994 (data do julgamento).

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Presidente. Ministro PEDRO ACIOLI, Relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Aralton Nascimento Lima Júnior, com fulcro na letra a, do inciso II, do art. 105, da Constituição, interpôs recurso ordinário, contra aresto do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, por unanimidade, denegou o seu **habeas corpus**, pelos seguintes argumentos — fls. 154/155:

“Assim decidem porque o fundamento concernente ao termo de deserção lavrado em outubro de 1992, que estaria autorizando o reconhecimento da falta de justa causa e, em conseqüência, o trancamento da ação penal, constitui

reiteração do pedido já apreciado e julgado por esta Câmara, em acórdão que salientou “a impetração pretende que seja concedida ordem de **habeas corpus** preventivo em favor do paciente, a fim de evitar que seja preso ou capturado em conseqüência de decisão fundamentada em termo de deserção forjado, o que o torna nulo e, em conseqüência a própria ação penal proposta na auditoria militar, acrescentando que já fora, inclusive, julgado pelo mesmo fato delituoso, cuja ação resultou trancada. Todavia, os fundamentos não estão a autorizar a concessão do *writ*... Trata-se de matéria de alta indagação que refoge ao estreito âmbito do remédio heróico”. (apenso nº 1. H.C. 48, fls. 81 — decisão unânime).

Por outro lado, a alegação de estado de necessidade, como excludente da culpabilidade, de que cuida o artigo 39 do Código Penal Militar, constitui, na verdade assertiva óbvia de que a matéria não é superficial, ao contrário, está visceralmente vinculada ao mérito. Quanto à alegação de que foi denunciado por espírito de vindita da representante do Ministério Público, apresenta-se como gratuita, carecendo de qualquer respaldo para análise no restrito âmbito do *writ*. Finalmente, a eventual suspeição dos oficiais-militares que o condenaram refoge, igualmente, até pela inadequação do remédio escolhi-

do, à possibilidade de exame em **habeas corpus**.

O Recorrente, alegando que o Paciente sofre constrangimento ilegal imposto pelo MM. Juiz Auditor da Auditoria da Justiça Militar do Estado do Rio de Janeiro, consubstanciado no recebimento de denúncias ofertadas contra o mesmo nos processos nºs 7.868/92 e 8.155/93, impetrou o *writ*, no Tribunal **a quo**, visando ao trancamento das ações penais. Não logrou êxito, logo, manejando o recurso sob análise, trouxe as seguintes razões — fls. 162/163:

“O pedido não reitera fundamento apreciado em decisão anterior da Câmara, haja vista tratar-se de fato diverso contra os quais foram impetradas as ordens anteriores, em especial os HC’s impetrados pela Excelentíssima Deputada Federal Regina Gordilho, que compadecida pela luta do Paciente, que é Presidente da Associação dos Servidores Militares, contra os Comandantes do CBERJ e da PMERJ, foi compelida face ao seu espírito de justiça a impetrar os **habeas corpus**, em favor do paciente.

No que tange à afirmativa dos eméritos julgadores de que a matéria não é superficial, de fato a matéria não é superficial, mas, ao contrário, visceralmente vinculada à essência da denúncia, pois que o M.P. estava viciado, conforme provas anexas, no seu **opinio delictis**, e, não há nada

mais *nulo* e *coator* num processo do que a denúncia proposta pelo MP, com a consciência da *inocência do acusado*, ferindo assim os princípios bíblicos dos 10 (dez) mandamentos, bem como os elementos básicos da atuação do M.P., no que pese a sua *obrigação de fiscalizar a lei*.

Foi consubstanciado em provas cabais, o espírito da vindita da representante do *Parquet*, haja vista a gravação e transcrição anexas, bem como o bilhete da representante do M.P., donde, esta confirma expressamente que a sua denúncia incide no **bis in idem**, bem como a representante do *Parquet* ratifica que o Paciente está sofrendo perseguição política, além disso a mesma confessou oralmente que havia praticado o crime de *denunciação caluniosa*.

A sanha persecutória da autoridade representante do *Parquet*, Doutora **Maria Elisa Proença Hingst**, foi tão desvairada, quando, imotivadamente, além de ter subscrito à denúncia 7.868/92 e 8.155/93, objetos da presente ordem, nesse lapso temporal, também, fez questão de subscrever mais uma denúncia contra o Paciente (doc. 1), a fim de provar que o ato retaliatório, foi em consequência da apresentação da fita anexa, além do bilhete.

Ora, não há nada mais coator do que uma denúncia destituída de base fática probatória idônea para sua sustentação, pois que a

representante do MP, confessou que apresentou a denúncia 7.868/92, da AJMERJ (documentos III e IV) sabendo da inocência do acusado e, além disso, para ratificar a sua fúria persecutória fez questão de subscrever mais duas denúncias contra o Paciente (documentos I e II)".

Nesta instância, o Ministério Público Federal opinou pelo improviamento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): As razões do recurso ordinário cingem-se a três pontos: 1º) o pedido não reitera fundamento apreciado em decisão anterior do Tribunal recorrido; 2º) a matéria vincula-se à ausência da denúncia e 3º) a suspeição da representante do *Parquet*.

Em primeiro lugar, observa-se que o pedido de trancamento da Ação Penal nº 7.868/92, por ser mera repetição da Ação Penal nº 7.288/92 (anulada por sentença transitada em julgado), deixou de ser objeto de deliberação no julgado recorrido, ao argumento de já ter sido apreciado em anterior **habeas corpus**.

E, com efeito, procede a asserção supramencionada. De fato, no HC nº 48/93, o anteriormente ajuizado ponderou a impetrante: "... o Paciente foi julgado anteriormente nessa mesma Auditoria por crime de deserção ocorrido segundo o Minis-

tério Público no dia 09 de abril de 1992, o processo decorrente dessa denúncia teve sentença de tranca-mento **in limine**". (fl. 95) e "Ocorre — esta motivação **habeas corpus** — que, não existe fundada e clara motivação para determinação da captura do Paciente, visto que o mesmo já foi julgado o referido juízo pelo fato ora narrado, bem como esta sentença já transitou em julgado" (fl. 96). Apesar dessas considerações, decidiu-se que: "... não se torna possível analisar nesta angusta órbita, a tríplice identidade capaz de justificar o reconhecimento de eventual coisa julgada insinuada na inicial" (fl. 107).

Feita esta singela exposição, considero que o fundamento apontado, como ressaltado no aresto impugnado, teve apreciação anterior, não obstante as palavras contrárias lançadas.

No que concerne aos outros dois tópicos do recurso, nada merece ser acrescido ao que foi posto no julgado a **quo**. A matéria não é superficial — o que encontrou reconhecido do próprio irresignado, e a eventual suspeição da representante do Ministério Público há de ser analisada na via ordinária e não na via angusta do **habeas corpus**.

Simetricamente, disse o Ministério Público Federal — fl. 176:

"... A discussão da base fática probatória da denúncia é feita após a instrução da causa.

Para a denúncia ser recebida basta que seja formalmente cor-

reta, narre fato típico e se apóie em indícios de crime e de autoria.

A acusação é de deserção e a defesa se haverá melhor nas vias ordinárias".

Afora isso, é de ser salientado o que informou o juízo insular à fl. 69:

"As questões versadas pelos impetrantes no *writ* já foram suscitadas nos autos dos processos envolvendo o paciente e serão resolvidas no momento oportuno, isto é, após a captura ou apresentação voluntária do desertor, como determina o Código de Processo Penal Militar (art. 454, § 4º), quando os processos retomarão o seu curso normal e serão analisadas todas as exceções, incidentes e questões meritórias apresentadas pela defesa do paciente".

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 3.152-2 — RJ — (93.0028480-0) — Relator: O Sr. Ministro Pedro Acioli. Recte.: Aralton Nascimento Lima Júnior. Advogados: Aralton Nascimento Lima Júnior e outro. Recdo.: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Pacte.: Aralton Nascimento Lima.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 22.02.94 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Adhemar Maciel, Anselmo Santiago e

Luiz Vicente Cernicchiaro. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro José Cândido de Carvalho Filho.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIAIRO.

---

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 3.320-7 — SP

(Registro nº 93.0035024-2)

Relator: *O Sr. Ministro Jesus Costa Lima*

Recorrente: *Antônio Augusto de Almeida Toledo*

Advogado: *Antônio Augusto de Almeida Toledo*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

Pacientes: *José Jorge Miranda de Mont Alverne, Durval de Moraes e Walter Mareco Barroso*

**EMENTA: Penal. Aborto. Consentimento e provocação.**

**Não se confundem as figuras do aborto consentido e a do aborto provocado com o consentimento da gestante. Assim, a absolvição desta deixa de constituir motivo, por si, para absolver os agentes provocadores. Por fim, irrelevante, nesse particular, a decisão do Tribunal do Júri, se os recorrentes também foram condenados por formação de quadrilha ou bando.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Ministros José Dantas, Cid Flaquer Scartezzini, Assis Toledo e Edson Vidigal.

Brasília, 06 de abril de 1994 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA,  
Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: Recorre ordinariamente o advogado Antônio Augusto de Almeida Toledo, em favor de José Jor-

ge Miranda de Mont Alverne e Durval de Moraes (condenados a dois anos de reclusão como infratores dos artigos 126, **caput**, e 288 c/c os artigos 29 e 69 do Código Penal) e de Walter Mareco Barroso, condenado a um ano de reclusão por infração ao art. 288 do Código Penal.

Pleiteia o trancamento do processo, haja vista que se a co-ré Silvana Lourdes Bernardo, gestante que se submeteu ao aborto, foi absolvida por terem reconhecido os jurados o estado de necessidade, crime também não pode haver em relação aos demais co-réus, ora pacientes (fls. 113/125).

Para denegar a ordem, a eg. Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo argumenta que em relação ao aborto do Código Penal não adotou a teoria monista, daí que não extensivo aos co-réus o estado de necessidade da gestante. Além disso, consentir na prática do aborto e praticar aborto consentido são fatos diversos capitulados em artigos distintos do Código (fls. 106/109).

Opina a Dra. Laurita Hilário Vaz, ilustrada Procuradora em exercício como Subprocuradora-Geral da República, pelo improvimento do recurso.

Relatei.

## VOTO

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA (Relator): O recurso deixa de focar qualquer argumento novo que não tenha sido repellido pelo acórdão, cujos fundamentos traduzem o entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante:

“Entende o ilustre impetrante, invocando respeitável voto minoritário, proferido pelo eminente Des. Weiss de Andrade, no julgamento da Apelação Criminal nº 6.928-3, de Araçatuba (R.T. 554/332/335), que versou hipótese em tudo assemelhada à noticiada nestes autos, que o fato delituoso é único, não ensejando punições diferentes para os envolvidos. A absolvição da gestante, pela excludente do estado de necessidade, afasta a justa causa para a punição do co-autor.

Consoante demonstrou, porém, o seguro e jurídico parecer, emitido pela douta Procuradoria, enfatizando a solução majoritária, proferida na tal apelação de Araçatuba, “Não adotando o Código Penal, em relação ao aborto, a teoria monista, a absolvição decretada em favor da gestante, por militar em seu favor o estado de necessidade, não se estende aos co-réus, acusados de nela provocarem o mencionado delito com seu consentimento”. Consentir na prática do aborto e praticar aborto consentido não são o mesmo fato. São fatos diversos, capitulados em artigos distintos de nosso Código Penal, como penas bastante diversificadas.

Demais disso, consoante bem observou o d. Juiz, apontado como coator, parece inviável, através de **habeas corpus**, alcançar a desconstituição da manifestação expressa dos jurados, em face dos quesitos formulados, com a plena

aprovação das partes. Essa formulação de quesitos superou o próprio problema da impugnada gravidez, agora reiterado.

E, finalmente, mesmo que alguma influência pudesse ter, mas não teve, a absolvição da gestante jamais alcançaria o outro delito, o de quadrilha ou bando, pelo qual os pacientes acabaram também condenados.” (fls. 108/109)

O terceiro que executa ato de provocação do aborto — adverte **Damásio E. de Jesus**, “Código Penal Anotado”, ed. Saraiva, 1994, p. 353, “não será partícipe do crime do art. 124 do Código Penal, mas sim autor do fato do art. 126 (provocação do aborto com o consentimento da gestante)”. “Cuidando-se de hipótese de consentimento inválido, irrelevante para excluir o crime do provocador” (“Direito Penal”, 2º vol., p. 134).

**E. Magalhães Noronha** — “Direito Penal”, vol. 2, números 272/3, ed. Saraiva, 1987 — observa que “o terceiro que materialmente provoca o aborto devia ser co-autor, porém, em face da disposição expressa do art. 126, comete este crime. Cada um, pois, responde por um título de delito”.

Neste sentido a opinião de **Julio Fabbrini Mirabete** (“Manual de Direito Penal”, vol. 2, p. 77, ed. Atlas, 1986).

**Heleno Cláudio Fragoso** (“Lições de Direito Penal”, parte especial, vol. 1, nº 85) é bem explícito:

“No aborto praticado com o consentimento da gestante, há duplo

crime: o daquele que praticou o aborto e o da gestante que consente em que outrem lho provoque. O crime é plurissubjetivo. Cf. PG nº 253. Há aqui, todavia, excepcionalmente, exceção à regra do art. 25 CP, porque embora haja concurso na mesma ação delituosa, os agentes praticam crimes autônomos. De parte da mulher existe, a rigor, apenas participação (cumplicidade), elevada à categoria de fato principal (autoria). A mulher que consente incidirá nas mesmas penas do auto-aborto (cf. art. 124, segunda parte). Quem provoca o aborto com o consentimento da gestante, pratica o crime do art. 126, sendo a pena de reclusão de um a quatro anos.” (p. 131).

Observou muito bem a ilustre parecerista, **Dra. Laurita Hilário Vaz**:

“Com efeito, admitir que, com a exclusão de criminalidade da gestante denunciada no artigo 124 do CP venha a abolir a figura dos artigos 126 e 288 do mesmo estatuto com relação aos pacientes, não há a menor consistência, até porque, os jurados, questionados, não reconheceram “o estado de necessidade de terceiros”.

Trata-se a primeira figura (art. 124) de crime próprio, onde só a gestante pode ser agente, embora possa haver partícipes por auxílio, induzimento, instigação e paga. Já na segunda figura (art. 126) qualquer pessoa pode ser su-

jeito ativo, daí não ter a menor relação da dependência sustentada pelo recorrente.” (fl. 139)

Por todos esses motivos, meu voto é pelo improvimento do recurso.

#### EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 3.320-7 — SP — (93.0035024-2) — Relator: O Sr. Ministro Jesus Costa Lima. Recte.: Antônio Augusto de Almeida Toledo. Advogado: Antônio Augusto de Al-

meida Toledo. Recdo.: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pactes: José Jorge Miranda de Mont Alverne, Durval de Moraes e Walter Mareco Barroso.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 06.04.94 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Dantas, Flaquer Scartezzini, Assis Toledo e Edson Vidigal.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

---

#### RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 3.323-1 — SP

(Registro nº 93.0035082-0)

Relator: *O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*

Recorrente: *Roberto da Silva Oliveira*

Advogado: *Roberto da Silva Oliveira*

Recorrido: *Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*

Paciente: *Ednaldo Oliveira dos Santos ou Ednaldo Oliveira Santos (réu preso)*

**EMENTA:** *Processual Penal — Recurso em Habeas Corpus — Exame de sanidade mental — Rejeição do laudo pelo Juiz — Pretensão de nulidade da sentença condenatória.*

— O magistrado não fica vinculado ao laudo pericial médico apresentado, podendo apreciar livremente o conjunto probatório, na formação de sua convicção.

— Inadmissível a argüição de nulidade, na restrita via do habeas corpus, se esta não se apresenta manifesta, extreme de dúvidas ou incerteza.

— Recurso improvido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Assis Toledo, Edson Vidigal, Jesus Costa Lima e José Dantas.

Brasília, 02 de fevereiro de 1994 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Trata-se de recurso em **habeas corpus** interposto ao v. acórdão da Quinta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (fls. 79/82), que não conheceu de pedido originário impetrado em favor de Ednaldo Oliveira dos Santos, objetivando a nulidade da r. sentença do MM. Juízo de Direito da 3ª Vara de Mauá-SP que, adotando conclusão de exame de insanidade mental realizado em outro processo, em desprezo àquele elaborado para o caso em questão, aplicou-lhe medida de segurança consistente em internação pelo prazo mínimo de um ano.

A ordem não foi conhecida sob os argumentos, em síntese, de que o magistrado não está compelido a

aceitar o resultado da perícia, podendo valer-se da denominada prova emprestada para fundamentar sua decisão. Além do mais, a justiça ou injustiça da sentença depende da avaliação do conjunto probatório, incabível no restrito limite do *writ*.

O recurso que se seguiu repete, **in totum**, os argumentos apresentados na petição inaugural (fls. 86/93).

A ilustrada Subprocuradoria Geral da República, às fls. 103/104, opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Sr. Presidente, denunciado e processado por incurso nas penas do art. 136, **caput**, do Código Penal, por fatos ocorridos em 12.06.92, o ora paciente Ednaldo Oliveira dos Santos foi submetido a exame de sanidade mental em 05.10.92, que o considerou sadio, portanto, imputável (fls. 17/20). Todavia, o MM. Juiz sentenciante, desprezando a conclusão do laudo pericial referido, adotou a fundamentação de outra perícia, realizada anos antes (21.11.90), relativa a outro processo e que concluiu pela semi-imputabilidade do paciente, por isso que aplicou-lhe medida de segurança consistente em internação pelo prazo mínimo de um ano (fls. 09/14).

Contra esta decisão, foi impetrada ordem de **habeas corpus** que resultou não conhecida pelo eg. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (fls. 79/82).

Improcede, a meu sentir, a presente súplica.

Conquanto o ora recorrente haja sido considerado imputável em exame de sanidade mental realizado no bojo do processo em questão (fls. 69/71), optou o Dr. Juiz, em sentença minuciosamente fundamentada, por acolher laudo realizado em outro processo, em data anterior ao delito apreciado e que concluía pela semi-imputabilidade do ora paciente (fls. 48/52).

Ora, o Juiz não fica vinculado ao laudo pericial médico apresentado, podendo apreciar livremente o conjunto probatório, na formação da sua convicção, razão por que inexistente qualquer constrangimento ilegal decorrente do fato da sentença estar fundamentada em uma e não em outra prova.

Além do mais, a nulidade para ser reconhecida através do restrito âmbito do *writ*, deve ser clara e evidente, sem margem a dúvidas ou

incerteza (art. 648, VI, do CPP), o que não se apresenta, **in casu**.

Por fim, a justiça ou injustiça da r. sentença condenatória, não cabe ser apreciada nos limites estreitos do **habeas corpus**, por envolver exame amplo e aprofundado das provas carreadas.

Com estas considerações, nego provimento ao recurso.

É como voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 3.323-1 — SP — (93.0035082-0) — Relator: O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Recte.: Roberto da Silva Oliveira. Advogado: Roberto da Silva Oliveira. Recdo.: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Pacte.: Ednaldo Oliveira dos Santos ou Ednaldo Oliveira Santos (réu preso).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 02.02.94 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Assis Toledo, Edson Vidigal, Jesus Costa Lima e José Dantas.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

---

### RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 3.414-9 — RJ

(Registro nº 94.0003209-9)

Relator: *O Sr. Ministro Jesus Costa Lima*

Recorrente: *Paulo Goldrajch*

Advogado: *Paulo Goldrajch*

Recorrido: *Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro*

Paciente: *Carlos Eduardo Paiva Rangel*

Sustentação oral: *Dr. Paulo Goldrajch (p/paciente) e Pedro Yannoulis (p/MPF)*

**EMENTA: *Processual Penal. Nulidade da sentença. Defeitos na citação.***

- 1. Cediço que o habeas corpus não rende ensejo ao reexame da prova.**
- 2. Afirmando o impetrante ter havido erro na citação por edital, deixou de trazê-lo para os autos, o que inviabiliza o exame do pedido nesse particular. Respeitante à citação por mandato, também não a infirma o fato de dizer que o oficial de justiça estava obrigado a efetuar maiores diligências para localizá-lo, se não prova que deixou de ser procurado no endereço por ele fornecido à Polícia ou de que, então, ali residia.**
- 3. A nulidade da sentença implica no exame do contraditório. Portanto, não pode ser apreciada neste writ.**

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Ministros José Dantas, Cid Flaquer Scartezini, Assis Tlede e Edson Vidigal.

Brasília, 13 de abril de 1994 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA,  
Presidente e Relator.

#### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: Recorre ordinariamente

o advogado Paulo Goldrajch em favor de Carlos Eduardo Paiva Rangel, condenado a oito anos de reclusão e multa por infração ao art. 157, § 2º, incisos I e II do Código Penal, em razão de não se conformar com o v. aresto denegatório de fls. 78/81, proferido pela eg. Quarta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Rio de Janeiro, com o seguinte verbe:

*“Habeas corpus. Defeito de citação. Revelia. Sentença trânsita em julgado. Ordem denegada.*

Paciente que indica endereço não encontrado pelo Meirinho, mantendo-se revel no curso da Ação Penal, inclusive quedando-se inerte à intimação editalícia da decisão condenatória, que transita em

julgado, não pode pretender ver anulada a citação, e por derradeiro, a sentença, pela via de **habeas corpus**, inadequada ao caso vertente.” (fl. 78)

Esclarece ainda o Tribunal a quo que a questão foi exaustivamente examinada na Apelação Criminal nº 40.738, interposta pelo co-réu do ora paciente e repelida, não se admitindo a reavaliação de matéria fática, porquanto se estaria reexaminando sua própria decisão (fls. 78/81).

O recorrente alega que o paciente e o co-réu possuem situações diversas, com endereços e nomes não coincidentes, assim, admissível ao paciente, que não apelou, argüir a nulidade da citação editalícia e por razões próprias. No mérito, aduz que o meirinho não esgotou todos os meios para localizar o paciente, apenas inserindo em sua certidão que a numeração da rua é desordenada. Além disso, do gabarito do edital de citação enviado à imprensa para publicação não constam dados pessoais corretos. Houve equívoco quanto ao apelido, aos nomes dos pais e à data de aniversário.

A segunda nulidade apontada pelo recorrente consiste em que uma das vítimas teria afirmado em seu depoimento que os assaltantes cobriram seus rostos durante o assalto, entretanto, o MM. Juiz de Direito entende que a mesma quis dizer que eles descobriram os seus rostos, verificando-se clara deturpação quanto ao depoimento (fls. 101/113).

Em primeira manifestação, a Dra. Laurita Hilário Vaz, ilustrada Procuradora Regional em exercício como Subprocuradora-Geral da República, requer seja juntado aos autos cópia do edital de citação (fls. 121/122), diligência que indeferi, eis que compete ao advogado formular e instruir o pedido devidamente. E ainda porque os defeitos do edital de citação se constituem em argumento novo (fl. 124).

Opina o Dr. Edinaldo de Holanda, Subprocurador-Geral da República, pelo parcial conhecimento do recurso e pelo seu improvimento. Em relação à falta de diligência não procede a alegação eis que o meirinho esclarece que não localizou o número do imóvel, não se admitindo nesta via a discussão sobre a sua existência. Quanto às demais argüições, não foram objeto da decisão recorrida (fls. 129/130).

Relatei.

## VOTO

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA (Relator): A impetração será examinada, como é óbvio, dentro dos limites colocados na petição inicial.

O paciente foi procurado no endereço por ele fornecido quando identificado pela Polícia, se o oficial de justiça lá não o encontrou, não se pode concluir que deveria ter feito mais diligências. Aliás, o impetrante não juntou,

sequer, cópia do mandado de citação com a certidão do oficial de justiça. Se o número existia, a prova deveria ter vindo aos autos, inclusive de que o réu, à época, morava no local. Meras alegações não têm força para destruir a fé pública de que desfruta a certidão. Se os equívocos do edital realmente existem, o impetrante não os comprovou pois, nem o “gabarito” a que se reporta foi juntado com a impetração. Logo, se o paciente era conhecido como *Magrão* e no edital figurou como *Lobisomem*, é matéria que não pode ser apreciada. Aliás, irrelevante se o identificou, corretamente, pelo nome próprio. Pouca diferença faz um lobisomem magro ou gordo. Para os que nele acreditam, é lobisomem, “magrão” ou “gordão”.

A nulidade relativa à confusão constante da sentença sobre o depoimento da vítima dizendo que os assaltantes estavam com os rostos cobertos não foi objeto dos embargos de declaração e de exame pelo acórdão. Donde, não pode ser apreciada neste recurso, sob pena de supressão de uma instância. Especialmente, porque implica no exame da prova, tratando-se de erro de apreciação sobre matéria fática.

Apesar disso, vamos ao que está escrito na sentença:

“Carlos Eduardo, que fora preso ao tentar sacar um dos cheques roubados (as vítimas foram força-

das a preenchê-los), também foi reconhecido pelas vítimas e, na sua residência, foi apreendido um lote de ações representadas por um certificado, também roubadas das vítimas, e entregues a Wanda (fls. 14 e 15).

Carlos Eduardo é o “Magrão” e já vinha descrito pelas vítimas, no mesmo dia do assalto, conforme se vê do R.O. de fls. 8-verso, campo 7:

“dois indivíduos, sendo um *magro* e *alto*, de cor branca, bigode fino, que portava uma faca, e outro baixo, de cor morena, usando um gorro de malhas, nas cores bege e verde em listras, que portava um revólver”.

Dejanes portava o revólver e “Magrão”, a faca.

Dejanes confessou que praticara o roubo com o revólver apreendido em sua casa (fls. 11).

A autoria, portanto, está muito clara.

A defesa técnica, porém, tem a alegar que as vítimas disseram que “durante o assalto os assaltantes cobriram seus rostos” e, com isso, afirma ter sido falso o reconhecimento.

“Magrão” foi descrito, no RO (fls. 8) até pelo bigode fino, enquanto Dejanes usava um gorro, que encobria até a sobrancelha, enquanto o outro com um lenço, tapando o rosto até a altura do nariz.

Esclarece Wanda, porém, que: “durante o roubo, o segundo acu-

sado retirou o lenço que lhe cobria o rosto, porque estava muito calor” (fls. 98, 13ª linha).

A frase usada pela defesa consta do depoimento de Jaime, às fls. 97.

A experiência tem ensinado que muitos datilógrafos escrevem o que pensam que estão entendendo, sem se importarem para o conteúdo ou coerência.

Dúvida?

Basta ler este trecho, às fls. 97:

“... que não tinha mas que procurasse o que quisesse na da casa”.

Tenho absoluta certeza de que o período certo é o seguinte, até pela lógica conclusão:

“... que durante o assalto os assaltantes descobriram seus rostos de modo que *puderam ser vistos e posteriormente reconhecidos pelo declarante e sua esposa*”.

Para um ouvido pouco treinado (ou preguiçoso?) haveria uma tendência de simplificar a série de sons: “os assaltantes descobriram”.

Talvez que lhe soassem: “os assaltantes...dis...cobriram...”.

Não se pode perder de vista que foi a confissão extrajudicial de Carlos Eduardo que levou aos outros dois e aos objetos roubados.” (fls. 62/64)

O Relator teve ensejo de afirmar:

“O Paciente, não obstante reiteradas diligências do Meirinho pa-

ra localizá-lo no endereço por ele fornecido, não foi encontrado (inclusive para intimação da sentença) advindo o Edital, que não foi atendido e, afinal, reconhecido *revel*, até que recentemente preso, quando evidentemente, já certificado o trânsito em julgado, já expedida a respectiva *carta de sentença para execução penal* de fls. 72.” (fls. 80)

O **habeas corpus**, além de não se prestar para o reexame da prova, se o pedido assenta-se em nulidade, esta deve ser demonstrada, pois não se julga ninguém por meras suposições.

Acolho o parecer ministerial e nego provimento ao recurso.

#### VOTO (VOGAL)

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Senhor Presidente, não tenho a menor condição de emitir qualquer juízo de valor a respeito do pedido constante do recurso, dada a carência de informações nos autos que possam levar-me a uma avaliação sobre o mérito do pedido.

Acompanho o voto de V. Exa.

É o voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 3.414-9 — RJ — (94.0003209-9) — Relator: O Sr. Ministro Jesus Costa Lima. Recte.: Paulo Goldrajch. Advogado: Paulo Goldrajch. Recdo.: Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro. Pacte: Carlos Eduardo Pai-

va Rangel. Sustentou oralmente o Dr. Paulo Goldrajch (p/paciente) e Pedro Yannoulis (p/MPF).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 13.04.94 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Dantas, Flaquer Scartezzini, Assis Toledo e Edson Vidigal.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.