

HABEAS CORPUS E RECURSOS

HABEAS CORPUS Nº 01 — RS

(Registro nº 89.0007056-8)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Assis Toledo*

Impetrante: *José Fernando Gonzalez*

Impetrado: *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*

Paciente: *José Fernando Gonzalez*

Advogado: *Dr. Alberto Rufino Rosa Rodrigues de Souza*

EMENTA: Processual Penal. Habeas corpus.

Compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar habeas corpus contra ato de Desembargador (art. 105, I, a e c, da Constituição).

Membro do Ministério Público. Impedimento ou suspeição. A tentativa de conciliação extrajudicial não é causa de incompatibilidade ou impedimento.

Nulidade da instrução sendo relativa depende de arguição em momento próprio e de demonstração do prejuízo.

Requerimento para que o signatário da denúncia seja ouvido como testemunha referida. Indeferimento. Ausência de ilegalidade.

Habeas corpus denegado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, indeferir o pedido, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de junho de 1989 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro ASSIS TOLEDO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: José Fernando Gonzalez, Promotor de Justiça, impetra *habeas corpus* contra atos do Desembargador Relator, em ação penal originária que tem curso perante o E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, dizendo o seguinte, na parte conclusiva do pedido:

«O presente *habeas corpus* tem por objeto principal ver concedida a ordem para determinar o trancamento da ação penal a que vem sendo submetido o impetrante, com base em que é nula a denúncia e, de conseqüência, todos os atos praticados.

A argumentação enfocada, esteada em documentos do processo, demonstra sobejamente que o Procurador de Justiça denunciante havia participado de tratativas conciliatórias antes até do oferecimento de representação pelo ofendido.

O processo nessas condições, com vício insanável no nascedouro, constitui autêntico constrangimento ilegal ao impetrante. A comprovada mudança de posição do órgão acusador pelo só fato da troca de seu chefe é altamente sugestiva e igualmente evidenciadora de que a denúncia não pode conduzir a processo válido.

Usando as palavras do eminente Desembargador Relator, ao afirmar que o Dr. Paulo Olímpio estaria *impedido* de ser testemunha por ter firmado a denúncia, vale dizer que aquela autoridade estava *impedida* de denunciar, *porque testemunha*.

De outra parte, subsidiariamente, o impetrante busca, com a presente ordem de *habeas corpus*, ver modificados atos decisórios do eminente Relator, e que, de forma inequívoca, constituíram cerceamento ao direito de defesa.

Assim, espera ver concedida a ordem para, em sendo negado o pedido principal, ver inquirido o signatário da denúncia, vez que inexistente no mundo jurídico a figura da testemunha impedida de depor.

Também, em sendo negado o pedido principal, que seja concedida a ordem para renovar o ato inquiritório da testemunha Nair, na comarca de Alegrete, eis que praticado à revelia da defesa e cerceador dos direitos legítimos do impetrante.»

Prestadas as informações, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Cláudio Lemos Fonteles, opinou pelo conhecimento

e indeferimento do pedido, com fundamentos resumidos na seguinte ementa:

«1. Os Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal se se apresentam como autoridade coatora em feitos de ação criminal originária, de que são Relatores, têm seus atos submetidos ao crivo de apreciação do Superior Tribunal de Justiça, por *habeas corpus*. Compreensão do artigo 105, I, alíneas *c* e *a*, da Constituição Federal.

2. Atitude do Procurador-Geral da Justiça em relação a membro do *parquet*, de cunho conciliatório, obviamente não o faz suspeito para, ulteriormente, denunciar esse membro da Instituição, nem a tal o impede porque de tal conversa não surgiu qualquer situação inconciliável com o exercício de seu mister.

3. Não há nulidade de não intimação da defesa para ciência da data de inquirição da testemunha, no Juízo deprecado. Basta a intimação do envio da precatória. Precedentes do STF. De resto, a testemunha inquirida dos fatos nada sabia. Incidência do artigo 566 do CPP.

4. Indeferimento do pedido.»

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Acolho o parecer.

A competência é desta Corte, *ex vi* do disposto no art. 105, I, *a* e *c*, da Constituição Federal.

Aplicam-se ao Ministério Público as mesmas normas de impedimento ou suspeição dos juizes (arts. 257 e 258 do CPP). Assim, a participação em audiência extrajudicial de conciliação das partes, análoga à judicial, não cria incompatibilidade ou impedimento, da mesma forma que a audiência do art. 520 do CPP não a cria em relação ao Juiz.

O art. 222 do CPP exige tão-só a intimação das partes da expedição da precatória. Mas, ainda assim, tratar-se-ia de nulidade da instrução, portanto relativa (Súmula 155 do STF), dependente de arguição em momento próprio e demonstração de prejuízo.

Por último, as testemunhas referidas são ouvidas a critério do Juiz (§ 1º do art. 209 do CPP). E, no caso, o pedido de inquirição do subscritor da denúncia como testemunha referida objetivava, a toda evidência, tumultuar o processo. Seu indeferimento não se reveste de ilegalidade.

Ante o exposto, indefiro a ordem.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 01 — RS — (Reg. nº 89.0007056-8) — Rel.: Exmo. Sr. Min. Assis Toledo. Impte.: José Fernando Gonzalez. Impdo.: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Pacte.: José Fernando Gonzalez. Adv.: Alberto Rufino Rosa Rodrigues de Souza.

Decisão: A Turma, por unanimidade, indeferiu o pedido (Em 19-6-89 — Quinta Turma).

Votaram de acordo os Srs. Ministros José Dantas, Flaquer Scartezzini e Costa Lima. Ausente o Sr. Ministro Edson Vidigal. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. JOSÉ DANTAS.



HABEAS CORPUS Nº 10 — DF

(Registro nº 89.7274-9)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau*

Impetrante: *Diaulas Costa Ribeiro*

Impetrado: *Desembargador Presidente da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal*

Paciente: *Edgar Pereira Lima*

EMENTA: Processual Penal. Júri. Soberania. Versões conflitantes sobre os fatos.

I — Existindo duas versões conflitantes, ambas aceitáveis diante do conjunto probatório, a absolvição decretada pelo Tribunal do Júri, acolhendo uma das versões, não pode ser anulada sob o fundamento de ser manifestamente contrária à prova dos autos.

II — Ordem concedida para anular-se a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e, em consequência, o segundo julgamento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 26 de setembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro CARLOS THIBAU, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Em favor de Edgar Pereira Lima foi impetrado *habeas corpus* pelo bacharel Diaulas Costa Ribeiro contra acórdão da Seção Criminal do E. Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em Embargos Infringentes e de Nulidade, objetivando a anulação dessa decisão, que mandou o paciente a novo júri.

Alega o impetrante: que o paciente, acusado de matar seu irmão a facadas, foi absolvido pelo Tribunal do Júri de Taguatinga, que acolheu a tese de legítima defesa; que, dando provimento a recurso do Ministério Público e entendendo ter sido a decisão manifestamente contrária à prova dos autos, a autoridade impetrada mandou que o paciente se submetesse a novo júri, tendo o acórdão sido confirmado em Embargos Infringentes; realizado novo julgamento, o paciente foi condenado a 5 anos de reclusão, em regime semi-aberto, havendo apelado dessa decisão.

Que o Tribunal *a quo* reexaminou as provas dos autos, optando por uma das versões existentes e violando o princípio constitucional da soberania do júri.

Informou a autoridade impetrada que os autos encontram-se em grau de apelação, historiando o ocorrido na fase processual, desde a denúncia até o segundo julgamento realizado (fls. 65/67).

Parecer da douta SGR, às fls. 150/153, pela denegação da ordem, por inexistir qualquer constrangimento ilegal no novo julgamento.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): O acórdão impugnado está assim ementado:

«Embargos Infringentes Criminais. Acusação de homicídio qualificado.

A exclusão da ilicitude por legítima defesa real só deve ser reconhecida se sobejamente provados seus pressupostos necessários.

A inteligência do art. 593, III, do Código de Processo Penal.

Decide manifestamente contra a prova dos autos o Tribunal Popular que absolve acusado acolhendo tese sem fundamento no conjunto fático probatório dos autos» (fl. 135).

Já é pacífico o entendimento jurisprudencial de que o disposto no art. 593, III, *d*, do CPP, não ofende ao princípio da soberania do júri, de tal modo que, em princípio, nada há a reparar na decisão do Tribunal que determina seja o réu submetido a novo julgamento, quando o primeiro for manifestamente contrário à prova dos autos. Para que se caracterize uma decisão manifestamente contrária à prova dos autos basta que ela despreze a única versão existente sobre o fato principal, ou, havendo duas versões, que ela adote exatamente aquela inaceitável, em face do conjunto da prova.

Na hipótese, no entanto, como bem salientou o eminente Desembargador Paulo Garcia em seu voto vencido, existem duas versões, a da fase policial e a da fase judicial. A última autoriza a procedência da decisão absolutória do primeiro júri (fl. 116), com base no depoimento da única testemunha visual, Valéria Aparecida Nascimento da Cruz (fls. 73 e 86). A tese de legítima defesa invocada pelo réu em seu interrogatório, em plenário (fls. 84/84v), encontra ressonância nas declarações da referida testemunha, não podendo o Tribunal *a quo* indagar da justiça ou injustiça da referida decisão, conforme salientou a ilustre Procuradora de Justiça Dra. Marluce Aparecida Barbosa Lima, *verbis*:

«Quanto ao mérito, não se pode ter a decisão dos jurados como manifestamente contrária à prova dos autos, isto considerando o depoimento da testemunha Valéria Aparecida Nascimento da Cruz, que sofreu substancial modificação da fase policial para a da instrução e em Plenário.

Não foi possível ouvir a testemunha Antônio Vitório Lima, pai do acusado e da vítima.

Assim, considerando a modificação do conjunto probatório ocorrida após a fase policial, fato que certamente gerou perplexidade para os jurados, não há na decisão atacada a manifesta contrariedade às provas, exigida por lei, para a cassação da decisão do Tribunal do Júri. Na verdade, não conseguiu demonstrá-la a Promotoria Pública (fl. 124).

Não nos cabe, na oportunidade, indagar se a decisão foi justa ou não. O certo é que refletiu a realidade dos autos, com uma prova bastante contraditória» (fls. 112/113).

Outra não é a jurisprudência do E. STF, consubstanciada nos acórdãos seguintes:

«Se o Tribunal do Júri, pela segunda vez, aceita a versão favorável à defesa e conclui pela absolvição do recorrido pela legítima

défesa, o acórdão em apelação, que manda o réu a novo Júri, nega vigência ao art. 593, III, *d*, do C. Pr. Pen., que só admite apelação das decisões do Tribunal de Júri quando «for a decisão manifestamente contrária à prova dos autos».

No caso, dada a existência de duas versões decorrentes da prova produzida, a proferida pelo Tribunal do Júri, acolhendo uma das versões, não podia ser qualificada de manifestamente contrária à prova dos autos.

Recurso extraordinário criminal conhecido e provido» (RE nº 71.879-BA — Julg. em 14-4-72 — Relator Ministro Amaral Santos — 1ª Turma — RTJ 63 — página 150).

«*Habeas corpus*. Júri. Absolvição. Código de Processo Penal, art. 593, III, letra *d*. Não cabe anular a decisão dos jurados, embora tomada por maioria de votos, se esta não for manifestamente contrária à prova dos autos. Por mera conveniência de nova manifestação de outros jurados, da mesma sociedade, diante de dúvida que exista quanto à inocência do réu, não se anula decisão absolutória. *Habeas corpus* concedido, para que o paciente não seja submetido a novo julgamento pelo Júri» (HC nº 59.287-MG — Julg. em 10-11-81 — Relator Ministro Néri da Silveira — 1ª Turma — RTJ 100, pág. 611).

«Júri. Homicídio. Decisão absolutória, pela excludente da legítima defesa própria, anulada em grau de apelação. Artigo 593, III, *d*, do CPP.

Valoração da prova. Concluir se a decisão é ou não manifestamente contrária à prova dos autos importa valoração, e não reexame de provas.

Precedentes da Corte.

In casu — existência de duas versões, autorizando o Júri opção válida por uma — a absolutória.

Recurso Extraordinário conhecido e provido» (RE Criminal nº 99.344 — RS — Julg. em 13 de maio de 1983 — Relator Ministro Oscar Corrêa — 1ª Turma — RTJ 109 — Pág. 338).

Cabe, a propósito, trazer a exame o seguinte trecho do voto lapidar do saudoso Ministro Osvaldo Trigueiro, proferido no RE 78.312-PR, de que foi relator, no Plenário do Colendo STF:

«Segundo o art. 593 do C. Pr. Pen., a apelação é cabível quando a decisão for manifestamente contrária à prova dos autos, o que pressupõe inteira falta de apoio nos elementos colhidos na instrução criminal.

Por seu turno, a jurisprudência firmou-se no mesmo sentido. Os Tribunais estaduais têm decidido, reiteradamente, que não lhes cabe julgar da inocência ou culpabilidade do réu, mas apenas verificar se a decisão do tribunal popular está completamente divorciada da prova dos autos. Dessa forma, reserva-se ao Júri a faculdade de apreciar os fatos e de, na hipótese de versões, porventura, discrepantes, optar pela que lhe pareça mais razoável. As várias decisões transcritas no recurso (fl. 988) consagram esse entendimento.

Não tem sido diversa a orientação do Supremo Tribunal quanto ao tema. Assim, na Carta Testemunhável nº 11.744 (DJ de 3-10-44, página 4496) decidiu-se de acordo com o voto do relator, o eminente Ministro Orosimbo Nonato.

«Convenho em que o poder do Tribunal togado de reformar a decisão do Júri tem marcas e raias cujo alargamento pode convir à política criminal, mas ainda se acha desautorizada em lei.

Não é qualquer desencontro na apreciação de provas que o justifica. Faz-se mister haja o Tribunal do Júri proferido decisão que não encontre qualquer apoio na prova.

De lege lata, apresenta cabal procedência a observação de Espínola Filho:

«...não é tão dilatado, em relação às sentenças do Júri, quanto sucede acerca das do juiz singular, o âmbito do cabimento legal da apelação, nem tão grande o poder de correção do tribunal superior. Se se trata de julgamento feito pelo juiz togado, quer condene, quer absolva, há sempre o recurso para a segunda instância, que aprecia, confronta, pesa o valor das provas, proferindo este ou aquele elemento, dando atenção a uma nuance, desprezando certo elemento, para aceitar, alterar ou reformar a decisão recorrida, segundo deu esta maior valor a fatores que, na opinião do tribunal, não merecem tanto, ou não apreciou na justa medida o que à segunda instância se afigura de referência máxima.

Quanto ao Júri, não é-lhe assegurado o privilégio de escolher, na prova feita, aquilo a que dispensar consideração, desprezando o mais, tão-somente quando o veredicto do tribunal leigo é arbitrário, porque se dissocia integralmente da prova dos autos, isto é, não há qualquer elemento de prova que ampare, que apóie a solução adotada, surge a possibilidade de, repelindo o arbítrio, entrar o tribunal de recurso no mérito para, reformando a sentença, condenar o injustamente absolvido ou absorver o injustamente condenado». (Código de Processo Penal, vol. V, págs. 433/434).

Destarte, a reforma só se justifica na ocorrência de patente *error in iudicando* o que se verifica — é a lição do eminente Sr. Ministro Bento de Faria — quando a decisão não encontra «apoio algum na prova dos autos» (Código de Processo Penal, vol. II, pág. 194).

Em data mais recente (14-4-72) — no RE 71.879, relatado pelo Senhor Ministro Amaral Santos (RTJ, 63/150) — a Primeira Turma assentou:

«Tendo o Tribunal do Júri, pela segunda vez, aceito a versão favorável à defesa e concluído pela absolvição do recorrido pela legítima defesa, negou o Tribunal *a quo* vigência ao art. 593, III, *d*, do C. Pr. Pen., que admite apelação das decisões do Tribunal do Júri, quando «for a decisão manifestamente contrária à prova dos autos». Dada a existência de duas versões decorrentes da prova produzida, a proferida pelo Tribunal do Júri, acolhendo uma das versões, não podia ser qualificada de manifestamente contrária à prova dos autos.

Aliás nesse sentido é a jurisprudência deste tribunal, de que é padrão o aresto proferido no RE 37.300 (em Ementário Forense, 1959, Ano XI, nº 130), relatado pelo eminente Ministro Luiz Gallotti, trazido à colação pelo recorrente. Pela doutrina fale por todos Frederico Marques (Elementos de Direito Processual Penal, 1965, 4º vol., pág. 245):

«Necessário, no caso, para que o Tribunal *ad quem*, acolhendo o recurso, lhe dê provimento, é que o veredicto esteja em radical antagonismo com aquilo que, de modo indiscutível, promane, em relação a *quaestio facti*, da prova dos autos.

Não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na prova que autoriza a cassação do veredicto: unicamente a decisão dos jurados que nenhum arrimo encontre na prova dos autos é que pode ser invalidada. Desde que uma interpretação razoável dos dados instrutórios justifique o veredicto, deve este ser mantido, pois, nesse caso, a decisão deixa de ser «manifestamente contrária à prova dos autos».

Em casos dessa natureza, não se trata apenas do reexame da matéria de fato, vedado à instância extraordinária. A esse propósito, o voto do Sr. Ministro Luiz Gallotti, no RE 37.300 (RF, CLXXIX/336), esclarece:

«Se se tratasse do julgamento de uma apelação comum, em que o conhecimento da causa se devolve inteiro ao Tribunal Superior, não seria possível conhecer do presente recurso, para decidir se o acórdão recorrido julgara bem ou mal, concluindo por considerar não provada a legítima defesa.

Trata-se, porém, de apelação de sentença do Júri, cabível com o fundamento de que a absolvição seria manifestamente contrária à prova dos autos.

Não se trata, pois, de mera questão de fato ou de prova, como à primeira vista poderia parecer, mas de questão de direito, qual seja, a relativa ao cabimento ou não da apelação».

No caso concreto, é indubitoso que existem duas versões, a da defesa e a da acusação, ambas aceitáveis diante do conjunto probatório.

Em face do exposto, concedo a ordem, nos termos do pedido.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, entendo que, no caso, tem razão o impetrante, porque está evidenciada a existência de duas versões, e o júri tomando partido por uma delas não foi de encontro à prova dos autos. Poder-se-ia dizer que a versão aceita pelo júri foi colhida na fase inquisitorial do processo e, depois, desfeita na fase contraditória. Mas nós iríamos valorar essa prova; basta que haja a existência de duas versões e o júri tomando partido por uma delas, para justificar a absolvição.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 10 — DF — (Reg. nº 89.7274-9) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau. Impetrante: Diaulas Costa Ribeiro. Impetrado: Desembargador Presidente da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Paciente: Edgar Pereira Lima.

Decisão: A Turma, à unanimidade, concedeu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator (26-9-89).

Votaram os Srs. Ministros Costa Leite, Dias Trindade, Anselmo Santiago (Juiz do TFR/1ª Região, convocado) e William Patterson. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.



RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 10 — PR

(Registro nº 89.0007293-5)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Assis Toledo*

Recorrentes: *Arnaldo Faivro Busato Filho e outro*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Paraná*

Paciente: *Miguel Cantelle (réu preso)*

EMENTA: Processual Penal. *Habeas Corpus*. Reiteração. Admite-se a reiteração de habeas corpus quando o novo pedido se apóia em fundamento ainda não apreciado.

Inadmissível, contudo, a mera reiteração de pedido, perante o mesmo Tribunal, com fundamentos já rejeitados na impetração anterior.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 21 de junho de 1989 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro ASSIS TOLEDO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Arnaldo Faivro Busato Filho e Terezinha Elinei de Oliveira impetraram ordem de *habeas corpus* em favor de Miguel Cantelle, condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, por crimes de lesão corporal e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, c/c os arts. 53 e 51, § 1º, do Código Penal — antiga Parte Geral).

Alegam os impetrantes nulidade do processo porque a citação, realizada por edital, foi feita sem a menção do prazo e sem a fixação do edital no átrio do Fórum; afirmam ter havido inversão da ordem processual, pois as razões finais da defesa foram apresentadas antes das do órgão de acusação; e houve, ainda, cerceamento por deficiência de defesa.

A 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, sob o fundamento de que o pedido era mera reiteração de outro *habeas corpus* impetrado em favor do paciente, não conheceu do *writ*.

Não se conformando com a decisão, o patrono do paciente interpôs o presente recurso, tecendo críticas ao decisório e alegando que não houve repetição de argumentos vencidos, pois um deles, o de ser nula a citação do paciente pela ausência de certidão da afixação do edital, não foi apreciado na decisão que indeferiu a ordem.

Pede seja provido o recurso para determinar que o Tribunal *a quo* conheça e julgue a ordem impetrada no todo ou em parte.

A douta Subprocuradoria-Geral da República é pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processual Penal. *Habeas Corpus*. Reiteração. Admite-se a reiteração de *habeas corpus* quando o novo pedido se apóia em fundamento ainda não apreciado.

Inadmissível, contudo, a mera reiteração de pedido, perante o mesmo Tribunal, com fundamentos já rejeitados na impetração anterior.

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): O acórdão do primeiro *habeas corpus* impetrado contém a seguinte ementa:

«Alegadas nulidades que não ficaram manifestamente comprovadas — edital de citação formalmente correto — ausência de certidão de afixação que não gera nulidade por não haver sido provado o prejuízo ao réu — ordem denegada.»

Assim, embora o acórdão não seja explícito, a sua ementa não deixa dúvida sobre a rejeição da alegada nulidade da citação.

E não se valeu o interessado, como podia, dos embargos de declaração.

As alegações contidas no segundo *writ* são, com efeito, mera reiteração das anteriores, cujos fundamentos foram repelidos. Não há, pois, o que reparar no acórdão ora recorrido, que se apóia em jurisprudência tradicional no sentido de não se conhecer de *habeas corpus* quando se constituir em simples reiteração de outro já denegado (HC 67.358-9-SP — Rel.: Min. Aldir Passarinho — *in DJ* de 9-6-89).

Nego provimento.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 10 — PR — (Reg. nº 89.0007293-5) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Assis Toledo. Rectes.: Arnaldo Faivro Busato Filho e outro. Recdo.: Tribunal de Justiça do Paraná. Pacte.: Miguel Cantelle (réu preso).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso.
(Em 21-6-89 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Edson Vidigal, José Dantas, Flaquer Scartezzini e Costa Lima votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.



RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 28 — SP

(Registro nº 89.0007919-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *Claudimiro Porcino Bispo Filho*

Recorrido: *Tribunal de Justiça de São Paulo*

Paciente: *Claudimiro Porcino Bispo Filho*

Advogado: *Dr. Flávio Silva*

EMENTA: Criminal Habeas Corpus. Cabimento.

Apelação pendente. A alegação de constrangimento ilegal reparável pelo writ impõe o conhecimento do habeas corpus, ainda que pendente, no mesmo Tribunal, apelação interposta com igual fundamento argüido contra a sentença. Precedentes.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, em ordem a que o Egrégio Tribunal *a quo* conheça da impetração e lhe decida o mérito, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 2 de agosto de 1989 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: O recorrente insiste no pedido de *habeas corpus*, requerido a fundamento da nulidade do processo-

crime que resultou na sua condenação a três anos de reclusão por tráfico de tóxico (art. 12 da Lei n.º 6.368/76), desde o momento em que, dizendo-se toxicômano, lhe foi recusado submeter-se ao necessário exame pericial.

Da impetração não conheceu a Eg. Câmara de Férias do Tribunal de Justiça de São Paulo; a uma, porque já pendente no Tribunal a apelação do réu contra a sentença condenatória, na qual foi recusada tal perícia; e a outra, porque, ressalvada a oportuna apreciação das razões apelatórias contra a malsinada recusa do exame toxicológico, não seria o caso da evidente obrigatoriedade de deferir-lo o juiz, segundo as circunstâncias assinaladas pela jurisprudência.

Declinada a competência do Supremo Tribunal Federal, perante este Eg. Tribunal pronunciou-se nos autos a Subprocuradora-Geral da República, Márcia Dometila, pelo conhecimento do pedido e seu deferimento, conforme as seguintes razões:

«4. O Ministério Público do Estado de São Paulo, contudo, em cuidadoso parecer, da lavra do Procurador da Justiça, Luiz Carlos Galvão Barros, entende que o recurso deve ser provido e concedida a ordem para anulação da sentença condenatória, a fim de que seja realizado o exame de verificação de dependência toxicológica do paciente, se, a esta altura, já não estiver prejudicada a impetração pelo julgamento da apelação.

Destacamos deste parecer o seguinte trecho:

«A questão relativa ao conhecimento de *habeas corpus* na pendência de apelação, com os mesmos fundamentos do remédio constitucional, não se apresenta pacífica.

Mas esse Colendo Supremo Tribunal Federal proclamou há algum tempo: «A pendência de apelação, por si só, não impede que o Tribunal competente conheça de pedido de *habeas corpus*, se presente constrangimento ilegal, desde logo reparável pelo *writ*, embora constitua idêntica matéria objeto também da apelação» (Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, RHC n.º 64.538-1-RJ, v.u., 31-10-86, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* de 27-3-87, pág. 5163).

Na espécie, parecendo-nos nula a sentença, e estando o réu preso, não há como negar a existência de constrangimento ilegal, reparável, desde logo, através de *habeas corpus*.

O exame para verificação de dependência é obrigatório quando há dúvida sobre a integridade mental do autor da infração, em razão de dependência toxicológica.

No caso dos autos, afora as alegações do paciente, que desde o flagrante se diz viciado, também uma sua irmã asse-

gourou a uma das testemunhas que ele é viciado (fls. 11, 30 v. e 44), havendo, pois, indicações suficientes de dependência a colocar em dúvida a integridade mental do paciente» (cfr. fls. 132/133).

5. Em que pese a jurisprudência oriunda do Supremo Tribunal Federal, citada acima, articulado de nº 2, entendemos que, diante da clareza da questão, o recurso deve ser conhecido. O formalismo precisa ser afastado quando em prejuízo de um princípio relevante — como é o da ampla defesa, de cunho constitucional — e não afeta princípios outros orientadores do processo penal.

6. O mérito da questão prende-se à não realização do exame de dependência toxicológica. Defendendo a decisão do Juiz de 1º Grau, de não proceder ao referido exame, embora a defesa o tivesse requerido, e o réu se declarado viciado, invoca, o Tribunal de São Paulo, decisão do STF, no HC nº 57.997-SP, no qual se decidiu pela desnecessidade do exame. Refere-se, também, o acórdão impugnado à decisão, do próprio Tribunal de São Paulo, declarando inexistente o cerceamento da defesa se o indeferimento do exame de dependência encontra-se fundamentado.

Contrariando esses entendimentos, o Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime datada de 21 de fevereiro de 1986, citada, aliás, no parecer de fl. 130, assim se manifestou:

«*Ementa: Habeas corpus.* Lei nº 6.368, de 1976. Exame de dependência toxicológica. Réu que, no interrogatório, confessou ser viciado no uso de maconha. Nessa hipótese, ao Juiz cumpre determinar a realização do exame de dependência, mediante o qual se verificara se o réu é inimputável ou semi-inimputável (arts. 19 e 29, da Lei nº 6.368/1976). *Habeas corpus* concedido, para cassar o acórdão e determinar seja o réu submetido a exame de dependência toxicológica» (HC 63.595-PR — Pub. DJ de 14-3-86, pág. 3386).

7. A verdade é que, pelo que se depreende dos documentos juntados à impetração originária, a necessidade do exame de dependência toxicológica mostrou-se premente, na instrução processual, não só pela afirmação do réu — declarando-se viciado desde os 16 anos — como da sua irmã, confirmando o vício, e, ainda, por circunstâncias outras como a quantidade da apreensão: embora suficiente para caracterizar o tráfico, revela comercialização necessária, apenas, para manutenção do vício, haja vista ter o paciente a humilde profissão de pedreiro.

Diante destes fatos, endossamos a opinião do Ministério Público paulista no sentido de que seja concedida a ordem, para anulação da sentença, e realização do exame de dependência, caso esta

providência não se encontre prejudicada pelo julgamento da apelação, interposta, no processo principal.»

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Srs. Ministros, verifique-se, de início, que o não conhecimento da impetração se deu sob invocação de acórdão do Supremo Tribunal Federal, no sentido do *incabimento do habeas corpus quando ainda não examinada apelação com os mesmos fundamentos* (HC 62.456-1-SP, DJ de 4-12-84).

No entanto, conforme colocação do parecer, noutro sentido se pronunciou o próprio Pretório Excelso, negando à pendência da apelação o *condão de impedir o conhecimento do habeas corpus, se presente a alegação de constrangimento ilegal* — RHC 64.538-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, in DJ de 27-3-87.

Daí que, posicionando-me sobre a controvérsia, prefiro ficar com essa segunda orientação pretoriana. Em face da relevância dos valores protegidos pelo *habeas corpus*, remédio hábil, por excelência, para a cessação de constrangimento ilegal da liberdade de ir e vir, na verdade, não me parece cabível, dmv, opor-se ao conhecimento do pedido a pendência recursal ordinária.

Por isso que, louvando-me no precedente-mor colacionado pelo Ministério Público, hei por bem dar provimento ao recurso. Faço-o, porém, sem a extensão sugerida no parecer, pois que me limito a cassar o acórdão recorrido, em ordem a que o Eg. Tribunal *a quo* conheça da impetração e lhe decida o mérito, se por acaso ainda não prejudicado pelo julgamento da referida apelação.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Estou de acordo com V. Exa., Ministro José Dantas, no sentido de se conhecer de *habeas corpus*, embora exista apelação, desde que haja a possibilidade de um constrangimento ilegal a ser apreciado no pedido do remédio heróico.

Acompanho o Ministro Relator sem entrar no mérito, uma vez que não foi apreciado pelo Tribunal *a quo*.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 28 — SP — (Reg. nº 89.0007919-0) — Rel.: O Sr. Ministro José Dantas. Recorrente: Claudimiro Porcino Bispo Filho. Recorrido: Tribunal de Justiça de São Paulo. Paciente: Claudimiro Porcino Bispo Filho. Advogado: Dr. Flávio Silva.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, em ordem a que o Egrégio Tribunal a quo conheça da impetração e lhe decida o mérito (Em 2-8-89 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Assis Toledo e Edson Vidigal. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.



HABEAS CORPUS Nº 29 — PB

(Registro nº 89.0008197-7)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Costa Leite*

Impte.: *Boris Trindade*

Impdo. *Tribunal de Justiça da Paraíba*

Pacte: *Flaviano Quinto Ribeiro Coutinho*

EMENTA: Processo Penal. Pronúncia.

A sentença de pronúncia deve ser fundamentada, não bastando a referência vaga à prova colhida, sem indicação dos motivos que formaram o convencimento do juiz. Ordem deferida em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 26 de setembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE: Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo advogado Bóris Trindade em favor de Flaviano Quinto Ribeiro Coutinho, com o propósito de cassar a pronúncia do paciente, sentenciada pelo Juízo da 1ª Vara Criminal de João Pessoa/PB e confirmada pelo Tribunal local, em sede de recurso em sentido estrito.

Alega-se falta de justa causa para pronúncia, ao argumento nuclear de que a submissão a julgamento pelo Tribunal do Júri só ocorrerá quando houver prova certa do crime doloso contra a vida.

Requisitadas as informações de praxe, prestou-as o eminente Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba (fl. 64).

O parecer do Ministério Público Federal é, preliminarmente, pelo não conhecimento da impetração; no mérito, opina pela denegação da ordem.

Este o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): Rejeito a preliminar de não cabimento do *habeas corpus* suscitada no parecer do Ministério Público Federal. Não só se admite a impetração em substituição mesmo ao recurso cabível, como já assentou-se ser este Tribunal competente para processar e julgar originariamente *habeas corpus* quando a coação promana de Tribunal de Apelação.

Passo ao exame do mérito.

Sustenta o impetrante, como visto do relatório, que a submissão a julgamento pelo Tribunal do Júri só ocorrerá quando houver prova certa da existência do crime doloso contra a vida.

Não é bem assim, porém. A prova certa diz respeito ao fato (materialidade). Se configura ou não crime doloso contra a vida, é outra questão.

Com efeito, dessume-se do art. 408 do Código de Processo Penal que, para a pronúncia, é suficiente que o juiz se convença da existência do crime, isto é, de que o fato configura crime doloso contra a vida. Deve, evidentemente, declinar os motivos que lhe formaram o convencimento, o que pressupõe suporte probatório, mas não prova inconcussa, como intenta fazer crer a impetração, mesmo porque se trata de juízo provisório de admissibilidade da acusação.

Isto foi bem remarcado, com argumentação irrecusável, pelo saudoso Ministro Bilac Pinto, no voto que proferiu no RE nº 72.601-GO, como se vê do seguinte relanço:

«O presente recurso extraordinário dá como vulnerado o disposto no art. 408 do C. Pr. Pen., cujo texto reza:

‘Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciá-lo-á, dando os motivos do seu convencimento.’

Toda a argumentação da recorrente tem por base a idéia de que dispositivo, embora se contente com indícios no que diz respeito à autoria, exige prova plena da existência do crime. De tal sorte, ante a defensibilidade da tese do suicídio, entende a recorrente que não poderia sobrevir a sentença de pronúncia.

A linguagem do art. 408 do C. Pr. Pen. é, todavia, clara quando dá como suficiente que o juiz se convença da existência do crime. Não é portanto necessário que se esteja em presença de questão objetivamente comprovada e incontroversa. Caso assim fosse, estaria a lei processual subtraindo à apreciação do Júri todas as hipóteses em que se mostre defensável, ainda que extremamente remota, uma tese qualquer, capaz de mostrar o fato como tendo origem não criminosa. Penso, especificamente, nos casos não raros — em que se pode aventar a tese do auto-extermínio para explicar a morte violenta de alguém. A vingar a interpretação dada pela recorrente ao dispositivo em exame, ter-se-ia que nesses casos o acusado da autoria do possível crime seria sempre, garantidamente, impronunciável.»

Não obstante, verifica-se que, na espécie, a sentença de pronúncia ressoa de vício insanável. O convencimento do Juiz não foi motivado. Feita a narrativa do fato, seguida de citações doutrinárias e jurisprudenciais, o pronunciamento judicial limitou-se a afirmar que as provas colhidas forneceram indícios suficientes para a submissão do acusado ao Tribunal do Júri. E ficou nisto. Não analisou, minimamente que fosse, o conjunto probatório, resultando daí manifesto cerceamento da defesa.

Todavia, tanto não conduz à impronúncia, mas à nulidade da sentença, por falta de fundamentação. Assim sendo, defiro, em parte, a ordem, declarando nula a sentença de pronúncia do paciente, para que outra venha a ser proferida, como for de direito.

É o meu voto, Senhor Presidente.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, efetivamente, não pode o segundo grau de jurisdição vir a dar os fundamentos da sentença de pronúncia. Os fundamentos tinham que constar da sentença.

De modo que o fato de o Tribunal vir a fundamentar o que não fora fundamentado antes não vem convalidar a sentença.

De maneira que acompanho o voto do eminente Ministro Relator.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON (Presidente): Estou de acordo com a preliminar, pois se trata de matéria já superada com a jurisprudência desta Casa.

No mérito, concordo, também, com o eminente Relator. A sentença de pronúncia está destituída de qualquer fundamentação. Uma peça essencial como esta não pode ser constituída por um despacho sumário.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 29 — PR — (Reg. nº 89.0008197-7) — Relator: O Sr. Ministro Costa Leite. Impte.: Boris Trindade. Impdo.: Tribunal de Justiça da Paraíba. Pacte.: Flaviano Quinto Ribeiro Coutinho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (6ª Turma, 26-9-89).

Votaram os Srs. Ministros Dias Trindade, Anselmo Santiago (Juiz do TFR/1ª Região, convocado), William Patterson e Carlos Thibau.



HABEAS CORPUS Nº 33 — SP

(Registro nº 89.8246-9)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau*

Impetrante: *Ordem dos Advogados do Brasil — Seção de São Paulo*

Impetrado: *Tribunal de Justiça de São Paulo*

Paciente: *José Mussi Neto*

Advogado: *Dr. Fernando Jacob*

EMENTA: Processual Penal. Júri. Desaforamento. Comarca mais próxima.

I — O desaforamento, quando necessário, deve ser feito para a comarca mais próxima do distrito da culpa, onde não subsistam os motivos que o determinaram, devendo a indicação de comarca mais distante ser fundamentada com os motivos da exclusão da primeira (art. 424 do CPP).

II — Ordem deferida, em parte, para que seja designada comarca mais próxima para o julgamento, ou indicados os motivos da exclusão respectiva.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Dias Trindade e William Patterson que concediam integralmente a ordem, decidir, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, deferir, em parte, o *habeas corpus*, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 10 de outubro de 1989 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro CARLOS THIBAU, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Em favor do advogado José Mussi Neto, processado por homicídio qualificado, foi impetrado o presente *habeas corpus* originário pela Ordem dos Advogados do Brasil — Seção de São Paulo, contra decisão da Quinta Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, que determinou o desaforamento do julgamento do paciente, da Comarca de Palmeira D'Oeste para a de Santos-SP (fl. 89).

Alega o impetrante: — que o paciente praticou o ato na Comarca de Palmeira D'Oeste, SP, onde foi oferecido o libelo-crime acusatório; que, diante da parcialidade demonstrada pelo MM. Juiz de Direito local, a defesa requereu o desaforamento do julgamento para uma das Comarcas mais próximas (Santa Fé do Sul, Jales, Fernandópolis ou São José do Rio Preto), tendo o magistrado sugerido que o julgamento fosse realizado na Capital do Estado; que, embora cessados os motivos determinantes do pedido, em virtude da promoção do MM. Juiz para outra Comarca, a Egrégia Câmara impetrada determinou, sem qualquer justificativa, que o julgamento fosse feito na cidade de Santos, que dista quase oitocentos quilômetros do distrito da culpa; que existem comarcas mais próximas, sem qualquer impedimento; que a indicação de Santos constitui coação ilegal e cerceamento de defesa, por dificultar a locomoção das testemunhas arroladas na contrariedade ao libelo.

Foi deferido pelo Exmo. Sr. Ministro William Patterson o pedido de liminar, para que fosse suspenso o julgamento pelo Tribunal do Júri de Santos (fl. 93 v.).

Informou o Exmo. Sr. 2º Vice-Presidente do TJ/SP que o julgamento não foi desaforado para comarca vizinha ou próxima ao local do crime para evitar-se a possível influência do réu, que é advogado militante em Palmeira D'Oeste (fls. 105/106).

Parecer da douta SGR, às fls. 145/147, pelo deferimento da ordem, para que o julgamento ocorra em comarca mais próxima de Palmeira D'Oeste, onde não haja influência do réu, como as de Araçatuba ou de São José do Rio Preto, conforme indicação das partes.

Desistência do pedido de desaforamento, à fl. 149, e parecer contrário da douta SGR, à fl. 172.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): Pretende a impetração, alternativamente, a designação da Comarca de Palmeira D'Oeste ou a indicação de comarca mais próxima do distrito da culpa, para a realização do julgamento. A primeira é inadmissível, em vista das razões assinaladas pela douta SGR, e pelo próprio aresto impugnado, eis que assim o recomenda o interesse da ordem pública, face ao que dispõe o art. 424 do CPC.

O acórdão do E. Tribunal *a quo* está assim fundamentado:

«O réu requereu desaforamento.

O MM. Juiz, embora por razões diversas, entende que a providência é de ser tomada.

O Ministério Público de Segunda Instância, através da douta Procuradoria-Geral de Justiça, manifestou-se pelo acolhimento do pedido.

O requerente é advogado militante na localidade. Os autos estão a indicar tratar-se de pessoa influente na região, com fortes vínculos junto à classe a que pertence. A própria OAB, pelo seu Presidente da Sexagésima Terceira Subsecção, através de representação dirigida contra o Magistrado, denunciou, em representação, a ocorrência de incidentes dos quais participaram advogados, envolvendo o julgamento do processo do réu.

Bem analisando os fatos, o nobre Dr. Procurador de Justiça anotou que, «na verdade, o clima de ira e paixões parece dominar os sentimentos dos jurisdicionados da Comarca de Palmeira D'Oeste, extravasando para as comarcas vizinhas, denotando-se o interesse, principalmente de senhores advogados, colegas do réu, na solução do processo. A documentação constante dos autos, principalmente de fls. 13, 44/45, 46, 47, 48, 64/66, 70/71 e 72/77, deixa bem claro o estado de ânimo que se apossou das pessoas que, evidentemente, podem exercer séria influência no julgamento do réu, e, até, acarretar desordem pública» (fls. 142/143).

Ainda é o próprio impetrante que demonstra a inconveniência do reaforamento, ao afirmar, em seu pedido, dirigido ao Tribunal *a quo*:

«1. Que, na Comarca de Palmeira, existe um clima adverso ao julgamento de Dr. José Mussi Neto, eis que a viúva da vítima continua exercendo a serventia e seus dois filhos também são serventuários na mesma Comarca no Cartório Judicial, e à evidência, exercem influência sobre jurados» (fl. 124).

Conforme demonstra o mapa de fl. 91, o distrito da culpa e a Comarca de Santos estão situados nos dois pontos extremos do Estado, a quase oitocentos quilômetros de distância uma da outra. Assim, Santos não representa a comarca mais próxima, nos termos do que estabelece o art. 424 do

CPP, e sua indicação, sem a justificativa dos motivos da exclusão de todas as comarcas mais próximas, implica em cerceamento de defesa, reparável por via de *habeas corpus*, pois presume-se que a comarca mais próxima assegure melhor defesa ao réu.

Outra não é a orientação da Suprema Corte, ao julgar o HC 65.278, assim ementado:

«*Habeas corpus*. Desaforamento. Código de Processo Penal. Art. 424.

Orienta-se a jurisprudência do STF no sentido de o desaforamento, quando necessário, dar-se para a Comarca mais próxima do Distrito da Culpa, onde não subsistem os motivos que o determinam. A indicação da comarca mais distante deve ser fundamentada. Não cabe, desde logo, desaforar o julgamento para a Comarca da Capital do Estado, se existem outras comarcas mais próximas do Distrito da Culpa, inclusive algumas cidades populosas, onde os invocados motivos de influência política dos réus não são de presumir-se. Cumpre resguardar a ampla defesa dos réus, ao lado de um julgamento isento. Precedentes do STF.

Habeas corpus concedido em parte, a fim de cassar a decisão que desaforou o julgamento para a Comarca da Capital do Estado, devendo o Tribunal de Justiça escolher comarca mais próxima do Distrito da Culpa, ou indicar os motivos de todas as que se encontram mais próximas do que a comarca da Capital do Estado» (DJ de 16-10-87, pág. 22416).

Ante o exposto, concedo, em parte, a ordem, a fim de que a E. Câmara impetrada designe, para o julgamento do paciente por Tribunal do Júri, Comarca mais próxima da de Palmeira D'Oeste, ou indique os motivos da exclusão de todas as que se encontram mais próximas que a Comarca de Santos.

É como voto.

VOTO VISTA (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Rememoro que é a Ordem dos Advogados do Brasil, por sua Seção do Estado de São Paulo, que impetra a presente ordem de *habeas corpus*, em favor do Advogado José Mussi Neto, que se acha pronunciado pela prática do delito do art. 121, § 2º, IV, do Código Penal, cujo julgamento fora desaforado para o Tribunal do Júri da Comarca de Santos, distante cerca de oitocentos quilômetros daquela em que ocorreu o delito, Palmeira D' Oeste, ambas no estado de São Paulo.

Em seu voto, o eminente Sr. Ministro Relator, Carlos Thibau, defere, em parte, a ordem, para que o julgamento se efetive perante o Tribunal do

Júri de uma das Comarcas próximas ou que a egrégia Câmara Criminal impetrada fundamenta a sua decisão. S. Exa. foi acompanhado pelo Sr. Ministro Costa Leite.

Pedi vista, para me assenorear dos motivos determinantes do desaforamento, sobretudo porque se trata de caso em que é da defesa do paciente o pedido de desaforamento, do qual veio a desistir, posteriormente, visto como afastado o motivo determinante, ou seja, a promoção do Juíz que presidiria o Tribunal do Júri na Comarca de Palmeira D'Oeste.

Retomo nesta oportunidade o julgamento.

Com a devida vênia do eminente Sr. Ministro Relator, tenho que o paciente sofre constrangimento ilegal, porquanto não há motivos para desaforar o julgamento.

É certo que, embora tenha desistido do seu pedido, por não mais haver o motivo alegado, tanto o Juíz, ao prestar informações, quanto o representante do Ministério Público vieram a sustentar a necessidade do desaforamento; o primeiro, por dizer que havia situação tumultuosa na Comarca, decorrente de fatos verificados em sessão designada para o julgamento de outro réu, em outro processo, bem assim pela ascendência do ora paciente, advogado, com mais de quarenta anos de militância na região; o segundo, por entender existente «exacerbação de ânimo na população local e mesmo de comarcas vizinhas».

Peço escusas para ler peças destes autos, que bem demonstram a inanidade dos motivos alegados, de modo a recomendar o desaforamento, salvo aqueles relativos à parcialidade do Juíz, invocados pela ora paciente e que já não existem.

Primeiro, a petição formulada pela defesa, retificando e ratificando o pedido que formulara via telex: (Ler fl. 67).

Por aí se vê que o motivo do seu pedido era a parcialidade do Juíz que iria presidir o Tribunal do Júri, em Palmeira D'Oeste.

Segundo, o teor inteiro das informações prestadas pelo Juíz ao Sr. Desembargador Relator do pedido de desaforamento. (Ler fls. 70 e segs).

Aí está, de corpo inteiro, a parcialidade do Juíz, que chegou ao extremo, de todo condenável, de determinar que o réu, advogado de velha militância, fosse algemado na própria sessão em que deveria ter sido julgado, perante o Tribunal do Júri, ali reunido, quando o normal é exatamente o contrário, ou seja, determinar o Juíz a retirada de algemas, quando apresentados réus algemados, pois tais meios de contenção de presos atentam contra a dignidade da Justiça.

O terceiro documento é o parecer do Ministério Público junto ao Tribunal de Justiça. (Ler fls. 83 e segs).

Ainda aqui, não restaram demonstrados os motivos para que o juízo natural deixe de se encarregar do julgamento, certo, como bem destacou o nobre Procurador da Justiça, que

«É necessário que existam sérias razões levando à presunção de que o julgamento seja conduzido pelo sabor extremado dos acontecimentos, cego pela ira ou pelas paixões, exurgindo em fundado receio de que o eventual julgamento no *locus delicti* poderá acarretar desordem pública, ou mesmo perigo à integridade física do réu, que deve ser preservada, ainda que possa ser ele o pior dos facínoras, para, somente então, se deferir o pedido de desaforamento, além, evidentemente, a possibilidade de parcialidade do Conselho de Sentença.»

Ora, o réu, após pronunciado, se apresentou e aguardava o julgamento dos seus concidadãos, juízes de fato, recrutados para a composição do júri, quando a parcialidade demonstrada pelo Juíz que iria presidir o Tribunal popular, permitindo que o Promotor de Justiça, em sessão destinada ao julgamento de outro réu em outro processo, no dia anterior àquele que estava designado para o julgamento do ora paciente, ao ver frustrada a realização do dito julgamento, por ausência de advogado para se encarregar da defesa daquele réu, passasse a desenvolver verdadeira acusação, sem razão para tal, ao réu que seria julgado no dia seguinte, perante o mesmo corpo de jurados, a procurar influir no ânimo de seus integrantes, no sentido de uma condenação.

E, não satisfeito, impediu que um advogado que se achava presente profligasse, como de seu dever, contra a extemporânea acusação do Ministério Público.

Superado, deste modo, o motivo que poderia ensejar, não o desaforamento, mas a suspeição do Juíz com a promoção do mesmo para outra Comarca, nenhum fundamento existe para autorizar a que o réu seja subtraído do seu direito de ser julgado pelos concidadãos da Comarca de Palmeira D'Oeste, onde verificado o evento delituoso.

Não faz tanto tempo, esta Turma, em julgamento sobre hipótese semelhante, HC 4 — GO, em que se noticiavam acontecimentos, que seriam provocados por integrantes da categoria profissional da vítima, após cuidadosa análise da situação feita em voto memorável proferido pelo Sr. Ministro William Patterson, Relator, afirmou da excepcionalidade do desaforamento, de molde a não permitir que, por simples caprichos ou em face de receios infundados, se viole o direito de ser o réu julgado por seus concidadãos, aqueles que o conhecem, conheciam a vítima e melhor sabem das circunstâncias que cercam o fato delituoso.

Isto posto, voto no sentido de conceder a ordem, para assegurar a que seja o paciente julgado pelo Tribunal do Júri da Comarca de Palmeira D'Oeste, São Paulo.

VOTO VOGAL (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON (Presidente):
Com a devida vênia do eminente Ministro Relator e do Ministro Anselmo

Santiago, acompanho o Ministro Dias Trindade. Não está configurada, a meu juízo, a excepcionalidade, para ensejar o desaforamento do julgamento. O pedido inicial foi do próprio advogado do réu, que depois desistiu. O Juiz, segundo depreendi, aproveitando um incidente na sessão de julgamento de um outro réu, criou o clima de exacerbação entre o Promotor e o advogado. Isso não é o suficiente para atender o pedido de desaforamento.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 33 — SP — (Reg. nº 89.8246-9) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau. Impetrante: Ordem dos Advogados do Brasil — Seção de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça de São Paulo. Paciente: José Mussi Neto. Adv.: Dr. Fernando Jacob.

Decisão: A Turma, prosseguindo-se no julgamento, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Dias Trindade e William Patterson que concediam integralmente a ordem, decidiu, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, deferir, em parte, o *habeas corpus* (10-10-89).

Os Srs. Ministros Costa Leite e Anselmo Santiago (Juiz do TRF/1ª Região, convocado) votaram com o Sr. Ministro Relator Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.



RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 37 — SP

(Registro nº 89.0007928-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Costa Lima*

Recorrentes: *Marcos Kilzer Amorim e outros*

Recorrido: *Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*

Pacientes: *Marcos Kilzer Amorim, José Antonio Eboli e Marcos Macedo Maynard Araújo*

Advogado: *Dr. Roberto Sergio Chamas Cardoso*

EMENTA: Propriedade imaterial. Violação de marca de indústria ou de comércio. Queixa-crime.

1. O registro de marca é atributivo da propriedade, a partir de quando a reprodução ou imitação no todo ou em parte, constitui ilícito penal. (Art. 175 do Decreto-Lei nº 7.903 de 1945).

2. Revestindo-se a conduta descrita na queixa-crime de tipicidade, em tese, não há justa causa para o trancamento da ação penal.

3. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 2 de agosto de 1989 (data do julgamento).

MINISTRO JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro COSTA LIMA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA: Trata-se de recurso ordinário interposto contra a decisão indeferitória proferida pela Eg. Décima Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, de *habeas corpus* requerido em favor de Marcos Kilzer Amorim, José Antônio Eboli e Marcos Macedo Maynard Araújo, alegando falta de justa causa.

Os pacientes insistem no trancamento da ação penal resultante de queixa-crime promovida contra eles por violação do Decreto-Lei nº 7.903/45.

Infere-se dos autos que a querelante «Reveillon Produções Artísticas Sociedade Civil Ltda» é titular da marca «Reveillon» destinada à exploração dos «serviços de organização de feira, exposição, congresso, espetáculo artístico, desportivo e cultural» — Classe 41.20 e 41.40.

No entanto, os querelados fabricaram e comercializaram «um disco e uma fita cassete pelo selo Pirâmide, respectivamente, sob nºs 108.001 e 14.001, denominados «Banda Reveillon», o que representa, obviamente, o uso indevido e criminoso de uma marca legítima pertencente à querelante».

Insistem os recorrentes na atipicidade da conduta, posto que o querelante teria o registro para a marca «Banda Reveillon» na categoria de «serviços de diversão, entretenimento e auxiliares, serviços de organização de feira, exposição, congresso, espetáculo artístico, desportivo e cultural, ao passo que a gravação de discos e de fitas é diferente, sendo classificada sob o nº 9.40. Por fim, pesquisaram junto ao INPI sobre o registro da marca apontada e a resposta foi negativa. «Inexiste a antijuridicidade e bem assim a tipificação delituosa», mesmo sob a forma culposa.

A decisão atacada, com base no parecer dos peritos, conclui que «a queixa-crime relata a ocorrência de um delito, que deve ser melhor apurado» (fls. 71/73).

Os impetrantes recorreram em sentido estrito reiterando os argumentos da inaugural (fls. 75/79), o qual foi contra-arrazoado às fls. 82/85.

Os autos subiram ao Supremo Tribunal Federal onde o Procurador-Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso.

Relatei.

VOTO

EMENTA: Propriedade imaterial. Violação de marca de indústria ou de comércio. Queixa-crime.

1. O registro de marca é atributivo da propriedade, a partir de quando a reprodução ou imitação, no todo ou em parte, constitui ilícito penal. (Art. 175 do Decreto-Lei nº 7.903 de 1945).

2. Revestindo-se a conduta descrita na queixa-crime de tipicidade, em tese, não há justa causa para o trancamento da ação penal.

3. Recurso desprovido.

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA (Relator): Dois são os fundamentos básicos do recurso: a) atipicidade, porquanto a querelante teria o registro apenas para a *marca* «Banda Reveillon», nas classes 41.20 e 41.40, ao passo que a gravação de discos e fitas está classificada no nº 9.40; b) boa-fé no registro da «Banda», eis que precedida de pesquisa junto ao órgão competente.

A ambos o ilustrado Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga, assim responde:

«Quanto ao mérito, no que diz respeito à alegada atipicidade da conduta, não assiste razão ao impetrante. Se o enquadramento jurídico dos fatos feito na queixa é bastante discutível, não se pode, por outro lado, ignorar que a conduta dos pacientes é, ao menos em tese, ilícita.

A capitulação da ação delituosa como sendo infração ao art. 175, III, do Decreto-Lei nº 7.903/45 parece estar equivocada, o que não implica a nulidade do processo penal em causa. O citado dispositivo impede o «violar direito de marca de indústria ou de comércio» (*caput*), «usando marca legítima de outrem em produto ou artigo que não é de sua fabricação» (inciso III)». (Fl. 99).

Prossegue:

«No caso, os pacientes usam a marca do querelante em produtos por ele fabricados, pelo que não se pode falar em aperfeiçoamento da hipótese legal sob exame, que pressupõe o uso defeso de bem jurídico alheio em produto de terceiro. Todavia, não se afasta a possibilidade da incidência do art. 175, I e IV, *b*, do citado decreto-lei, que se mostra mais adequado aos fatos descritos na queixa.

É certo que uma tal definição da conduta dos agentes esbarra na interpretação dada pelo impetrante à extensão do privilégio da utilização da marca — a tese central do recurso. Segundo esta, já se viu, como a querelante só obteve o registro para a categoria diversa daquela destinada à produção de discos e fitas, seria lícito aos pacientes usar a marca «Reveillon» nesta última classe, pois, nela, não haveria o privilégio de quem quer que seja.

O resultado a que chegou o impetrante parte de uma exegese demasiado restritiva da proteção legal dispensada à propriedade imaterial.

A questão preliminar está na interpretação isolada que o impetrante deu ao seguinte preceito da Lei nº 5.772/71 — o Código da Propriedade Industrial:

«Art. 59. Será garantida no território nacional a propriedade da marca e o seu uso exclusivo àquele que obtiver o registro de acordo com o presente Código, para distinguir seus produtos, mercadorias ou serviços, de outros idênticos ou semelhantes, na classe correspondente à sua atividade». (Fls. 100/101).

Após citar a opinião de doutrinadores, conclui o parecerista:

«Tendo em vista as ponderações antecedentes, pode-se concluir que a tutela que o direito penal fornece à propriedade imaterial — mais especificamente à marca — não pressupõe os estritos limites advogados no recurso, isto é, ela não se esgota na classe na qual se encontra registrado o bem jurídico em questão. Ao contrário, estende-se a todas as categorias relacionadas à essência, ou se se quiser, possibilidade de exploração comercial, de um determinado produto registrado, ainda que numa só categoria. Como adverte Newton Silveira, há a «exclusividade em relação aos produtos, mercadorias ou serviços cobertos pela marca, e não especificamente, em relação à classe, mera divisão burocrática, destinada a facilitar os serviços administrativos de registro». Não se pode compreender como possa uma exigência burocrática de classificação de marcas reduzir o âmbito de incidência de norma penal.

Uma interpretação contrária está em desarmonia com a finalidade da lei penal. Esta deseja, com efeito, que os compradores não sejam induzidos em erro causado pela confusão de nomes idênticos a produtos de origem diversa.

Por outro lado, se se entender que o registro em cada classe é indispensável à caracterização dos delitos de violação de marca, ainda assim a conduta não será atípica.

Dispõe o Decreto-Lei nº 7.903/45:

«Art. 178. Comete o crime de concorrência desleal quem:

.....

III — emprega meio fraudulento para desviar, proveito próprio ou alheio, clientela de outrem».

Nelson Hungria esclarece que a caracterização deste delito não depende da existência de marca depositada no órgão estatal competente:

«Fraudes para o desvio de clientela. O aliciamento de clientela é um ato lícito, mas se há o emprego de meios fraudulentos para o desvio de clientela alheia, assume o fato caráter antijurídico. É incriminado (art. 178, III) todo expediente insidioso para captar a freguesia de outrem: em tal caso, o *animus disputandi* se alia à fraude para a desleal aplicação de *golpes baixos*. *In exemplis*: (...) Usar os sinais distintivos não-registrados do concorrente (se registrados, o crime será outro)» (Comentários ao Código Penal, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1967, Vol. VII, págs. 382/383)».

Perfilham a mesma orientação Celso Delmanto (Crimes de Concorrência Desleal, 1ª ed., São Paulo, José Bushatsky Editor, 1975, págs. 90/91), José Carlos Tinoco Soares (Crimes contra a Propriedade Industrial, 1ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980, pág. 109) e Newton Silveira (Curso de Propriedade Industrial, 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1987, pág. 65).

Em suma, a discussão real sobre fatos apresentados no presente recurso não está em se saber se eles se encontram na órbita do lícito ou do ilícito. Está em jogo, na verdade, decidir em que ponto do, por assim dizer, largo espectro da tipicidade pode ser classificada a atuação dos recorrentes. Trata-se de saber se o caso, ao menos em tese, se encaixa nos tipos legais de crimes contra a propriedade imaterial ou de concorrência desleal.

No entanto, cabe ressaltar uma peculiaridade da espécie: ao contrário da discussão, comum na doutrina, sobre qual é a categoria de crime que a falta de registro da marca imitada gera, tem-se uma situação intermediária, isto é, o privilégio foi concedido para classe diversa da produção de discos.

Pelo que antes se expôs, conclui-se que trata-se, no caso de crime contra a propriedade imaterial, vez que detalhes de classificação burocrática de marcas do Instituto Nacional de Propriedade Industrial não parecem ser causa da diminuição da tutela penal.

Sendo todos os crimes de ação privada (Decreto-Lei nº 7.903/45, art. 181), o reconhecimento, ao fim do processo penal, da caracterização de qualquer dos citados delitos não implicará nulidade, pela aplicação do disposto no artigo 383 do Código de Processo Penal.

Quanto à segunda consideração do recurso, isto é, de que teria sido indagada junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial

a existência de registro da marca «Reveillon» para a categoria destinada à produção de discos e fitas, é de se observar que o tema subjacente é a ausência de dolo, na conduta dos pacientes. Inegavelmente, o argumento tem consistência; entretanto, a sua ponderação pode ser feita no *habeas corpus*, vez que depende do exame de prova mais aprofundado. Certamente, a sede própria para fazê-lo é a instrução penal em curso». (Fl. 102/105).

O registro da marca é atributivo do direito de propriedade, a partir de quando pode o interessado, legalmente, impedir a reprodução total ou parcial da marca registrada. Pouco importando que a parte reproduzida seja acrescentada ou diminuída de outros elementos, desde que possa induzir em confusão ou erro. A classificação administrativa em tal ou qual posição, para o Direito Penal, é irrelevante.

Ao juízo caberá, no momento próprio, examinar a causa em todos os seus contornos, incorrendo, agora, justa causa para trancá-la. De sorte que, adotando os fundamentos da manifestação do Ministério Público, nego provimento ao recurso.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 37 — SP — (Reg. nº 89.0007928-0) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Costa Lima. Rectes.: Marcos Kilzer Amorim e outros. Recdo.: Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. Pactes.: Marcos Kilzer Amorim, José Antonio Eboli e Marcos Macedo Maynard Araujo. Advogado: Roberto Sérgio Chamas Cardoso.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (Em 2-8-89 — 5ª T.)

Votaram de acordo os Srs. Ministros Assis Toledo, Edson Vidigal, José Dantas e Flaquer Scartezzini. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.



HABEAS CORPUS Nº 45 — RJ

(Registro nº 89.8492-5)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade*

Impetrante: *Luiz Lopes Correa*

Impetrado: *Juiz Egberto Tostes, Relator na 3ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Rio de Janeiro*

Paciente: *Jairo Antônio de Mello (réu preso)*

EMENTA: Penal e Processual Penal. Prisão em virtude de sentença. Ausência de coação ilegal.

Não é ilegal a prisão em decorrência de sentença condenatória, quando, em face de antecedentes é recusado ao réu apelar em liberdade.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, indeferir o pedido, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de setembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro CARLOS THIBAU, Presidente, Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Luiz Lopes Corrêa impetra ordem de *habeas corpus* perante este Tribunal, em favor de Jairo Antônio de Mello, apontando como autoridade coatora a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, que confirmou a sentença de primeiro grau que condenou o réu.

Diz o impetrante que o paciente é primário, de bons antecedentes, possuindo assim os requisitos necessários para a concessão de liberdade provisória.

Parecer do Ministério Público Federal pela denegação da ordem.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Ao mesmo tempo em que interpôs, o ora paciente, recurso especial de acórdão do egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Rio de Janeiro, na apelação, o seu ilustre advogado, zelosamente, impetra este *habeas corpus* com a finalidade de assegurar a que o seu patrocinado aguarde, em liberdade, o julgamento do aludido recurso.

Ocorre, no entanto, que não há constrangimento ilegal, porquanto, embora primário o réu, registra a sentença a existência de antecedentes que não permitiram a que apelassem em liberdade, e, mesmo porque até aí o favor legal é estabelecido.

Preso em virtude de sentença condenatória, já julgada a apelação, que por sinal, lhe reduziu a pena, não sofre o paciente coação ilegal que deva ser reparada.

Isto posto, voto no sentido de negar a ordem.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 45 — RJ — (Reg. nº 89.8492-5) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Dias Trindade. Impte.: Luiz Lopes Correa. Impdo.: Juiz Egberto Tostes, Relator na 3ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Rio de Janeiro. Pacte.: Jairo Antônio de Mello (réu preso).

Decisão: A Turma, por unanimidade, indeferiu o pedido. (Em 19-9-89 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Anselmo Santiago (Juiz do TFR/1ª Região, convocado), Carlos Thibau e Costa Leite. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro William Patterson. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS THIBAU.



HABEAS CORPUS Nº 51 — SP

(Registro nº 89.8662-6)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Anselmo Santiago*

Impetrante: *Francisca Tie Sumita de Moraes*

Impetrado: *Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*

Paciente: *Valker Araújo Damasceno*

EMENTA: Processual penal. Habeas corpus. Crime cometido contra empresa pública federal.

A competência é da Justiça Federal, não cabendo à Justiça Estadual processar e julgar o delito.

Gerada a incompetência, concede-se habeas corpus para anular o processo ab initio e ordenar a soltura do réu preso, condenado por sentença.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder o *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na

forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de setembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro CARLOS THIBAU, Presidente. Ministro ANSELMO SANTIAGO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO: A Dra. Francisca Tie Sumita de Moraes, Procuradora do Estado de São Paulo, da Procuradoria de Assistência Judiciária, Seção Criminal, impetra ordem de *habeas corpus* em favor de Valker Araújo Damasceno, preso na Casa de Detenção «Flamínio Favero», alegando:

Que o paciente foi processado e condenado, no Juízo da 11ª Vara Criminal, da capital de São Paulo, por infringência ao artigo 171, *caput*, combinado com os artigos 14, nº II, e 71, todos do Código Penal, à pena de um (1) ano e dois (2) meses de reclusão e ao pagamento de doze (12) dias-multa; que o paciente requereu a revisão criminal perante o Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, que, através do Segundo Grupo de Câmaras, o deferiu parcialmente para reduzir a multa a CZ\$ 1,50; que a vítima é a Caixa Econômica Federal, empresa pública da União, sendo, pois, de competência da Justiça Federal, o processamento e julgamento do feito, consoante dispõe o art. 109, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil (art. 125, IV, da anterior Carta Magna); que, tratando-se de incompetência absoluta, e, assim, inderrogável, seu conhecimento é imperativo, pois, matéria de ordem pública; que mesmo não tendo sido suscitada a questão anteriormente, não houve, pois não poderia haver, prorrogação de competência, face à diversidade de atribuições das Justiças Federal e Estadual.

Requereu o *habeas corpus* objetivando a soltura do paciente e a anulação de todo o processado.

Através de ofício, a autoridade coatora prestou as devidas informações, esclarecendo que o paciente apresentou termo de renúncia ao direito de recorrer, tendo a decisão de Primeira Instância transitado em julgado em 10 de junho de 1988.

A douta Subprocuradoria-Geral da República emitiu parecer. Ei-lo *verbis*:

«Em favor de Valker Araújo Damasceno impetra-se a presente ordem de *habeas corpus* visando liberá-lo do cumprimento de pena decorrente de condenação pela Justiça Estadual por ilícito penal de competência da Justiça Federal.

Conforme se infere da denúncia, acostada às fls. 5/6, e da sentença às fls. 7/18, o ilícito apurado ocorreu em detrimento da Caixa Econômica Federal.

Assim, em se tratando de crime cometido contra empresa pública federal, a competência para apurá-lo é mesmo da Justiça Federal, a teor do art. 125, IV, da Constituição anterior e do art. 109, inciso IV, da Constituição atual.

Portanto, em se tratando de condenação imposta por Juízo incompetente, o processo deve ser anulado *ab initio* determinando-se sejam os autos encaminhados para a Justiça Federal de São Paulo, competente para conhecê-lo.

O parecer é, pois, pela concessão da ordem.»

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processual Penal. *Habeas Corpus*. Crime cometido contra empresa pública federal.

A competência é da Justiça Federal, não cabendo à Justiça Estadual processar e julgar o delito.

Gerada a incompetência, concede-se *habeas corpus* para anular o processo *ab initio* e ordenar a soltura do réu preso, condenado por sentença.

O EXMO. SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO (Relator): Estou de acordo com o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República.

É nulo o processo-crime a que respondeu o paciente, já que os atos nele praticados o foram por juiz estadual, sem competência para processar e julgar o feito.

A competência para apreciá-lo é da Justiça Federal, visto se tratar de crime cometido em detrimento da Caixa Econômica Federal.

Concedo o *habeas corpus*, para que o paciente em liberdade responda aos termos da ação penal, cujo processo anulo *ab initio*, ordenando a sua remessa à Justiça Federal, para os ulteriores de direito.

É como voto. ✓

EXTRATO DA MINUTA

HC n.º 51 — SP — (Reg. n.º 89.8662-6) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Anselmo Santiago. Impte.: Francisca Tie Sumita de Moraes. Impdo.: Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. Pacte.: Valter Araújo Damasceno.

Decisão: A Turma, por unanimidade, concedeu o *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Em 19-9-89 — 6ª Turma).

Os Srs. Mins. Carlos Thibau, Costa Leite e Dias Trindade votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. William Patterson. Presidiu o julgamento o Sr. Min. CARLOS THIBAU.



HABEAS CORPUS Nº 64 — RJ

(Registro nº 89.0008912-9)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Costa Lima*

Impetrante: *João Familiar Filho*

Impetrado: *Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*

Paciente: *Silvia Helena Lopes Donato*

EMENTA: Processual Penal. Habeas corpus contra ato de tribunal. Injúria imputada a magistrado. Ação penal. Trancamento.

1. Competência do Superior Tribunal de Justiça para julgar, originariamente, habeas corpus contra Órgão Especial de Tribunal de Justiça. Precedente.

2. Expressões utilizadas pela Juíza ao prestar informações ao Tribunal, embora vestidas de certa dureza, mas evidenciado que não houve propósito de ofender a honra, a dignidade e o decoro dos Desembargadores, não constitui injúria punível. Fato já apenado administrativamente.

3. Habeas corpus deferido para trancar a ação penal, à falta de tipicidade.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conceder a ordem para trancar a ação penal movida à paciente, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 6 de setembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro COSTA LIMA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA: O Defensor Público João Familiar Filho impetra *habeas corpus* em favor da Dra. Sílvia Helena Lopes Donato, titular da 1ª Vara Criminal da Comarca de Nova Iguaçu-RJ, que foi denunciada pelo Procurador-Geral da Justiça como incurso nas penas do art. 140, do Código Penal, com o aumento previsto no art. 141, II, do mesmo diploma, perante o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Após transcrever documentos e narrar os acontecimentos, conclui que o «constrangimento começa na própria denúncia que, pinçando frases, lançando mão de trechos soltos, desfigura o sentido total do ofício, levando a interpretações que não foram da intenção da paciente».

De outro modo, tem imunidade judiciária já reconhecida, em casos semelhantes, pelo Supremo Tribunal Federal.

O conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste em dever de ofício não constitui injúria ou difamação punível.

Jurisprudência e doutrina entrelaçam-se ao reconhecerem que há injúria quando se atribui a uma pessoa uma qualidade má, e a paciente sequer insinuou qualquer qualidade negativa por parte dos Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal. Portanto, não agiu com dolo. Já foi punida administrativamente e «vê fechada a possibilidade de sua convocação para completar, como vogal, o *quorum* de julgamento dos tribunais de segundo grau na forma do art. 118, § 2º, da LOMAN».

Concedi liminar suspendendo o andamento da ação penal até o julgamento deste *habeas corpus*.

O ilustre Presidente do egrégio Tribunal de Justiça prestou as seguintes informações:

«Em atenção aos termos do Ofício STS-OF nº 1.769/89, de 28-7-89, tenho a honra de prestar a V. Exa. as informações que seguem:

Dirige-se o *Habeas Corpus* contra a decisão do Egrégio Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, que no julgamento do Agravo Regimental nº 01/88, interposto pelo Ministério Público, deu provimento ao recurso para receber a denúncia e assegurar o prosseguimento do processo criminal, sendo a decisão tomada por maioria.

O agravo foi provido, sob o fundamento de que já não cabia ao eminente Desembargador Luciano Belém rejeitar a denúncia formalizada pela douta Procuradoria-Geral da Justiça, a partir do momento em que o relator que o precedeu ordenou a notificação da denunciada para apresentar resposta escrita no prazo de 15 dias; a

rejeição da denúncia, portanto, não poderia prevalecer, eis que já se encontrava recebida com a conseqüente instauração da ação penal.

No douto voto vencido, o eminente Desembargador Luciano Belém também admite que «a denúncia foi recebida na oportunidade do art. 168 do Regimento Interno deste Tribunal pelo então relator, eminente Desembargador Ferreira Pinto, que determinou prestasse à denunciada explicações» (fl. 22 do Agravo Regimental); considerou entretanto, que havia motivo para a rejeição *in limine* da denúncia, mesmo depois do oferecimento das explicações, por não constituir crime, em tese, previsto no Código Penal, mas somente infração disciplinar».

O parecer do Ministério Público é pela concessão da ordem.

Relatei.

VOTO

EMENTA: Processual Penal. *Habeas Corpus* contra ato de tribunal. Injúria imputada a magistrado. Ação penal. Trancamento.

1. Competência do Superior Tribunal de Justiça para julgar, originariamente, *habeas corpus* contra Órgão Especial de Tribunal de Justiça. Precedente.

2. Expressões utilizadas pela Juíza ao prestar informações ao Tribunal, embora vestidas de certa dureza, mas evidenciado que não houve propósito de ofender a honra, a dignidade e o decoro dos Desembargadores, não constitui injúria punível. Fato já apenado administrativamente.

3. *Habeas corpus* deferido para trancar a ação penal, à falta de tipicidade.

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA (Relator): Conheço do *habeas corpus* na linha do precedente alusivo ao *Habeas Corpus* nº 17, relatado pelo Sr. Ministro Assis Toledo, cujo acórdão farei juntar na oportunidade das notas taquigráficas.

A seguir, examino o mérito da impetração.

Para a compreensão tanto do pedido quanto da denúncia, é de suma importância se conhecer, na íntegra, o ofício que deflagrou a penalidade administrativa e a instauração da ação penal, cujo trancamento aqui se persegue.

Ei-lo:

«Nova Iguaçu, 20 de setembro de 1988.

Ass: Informação (Presta)

Sr. Desembargador,

Em atenção ao ofício de nº 344/88, recebido em 20-9-88, tenho a informar e dizer a V. Exa. o seguinte:

Totalmente imerecida é a concessão e ordem em favor do acusado Walter Justiniano Vaca, sendo mister ressaltar que este, apontado como «chefe» da quadrilha que se dedicava à comercialização de drogas, que não chegou, sequer, o Exmo. Sr. Presidente daquela Colenda Câmara a solicitar informações deste Juízo, concedendo, *não sei quais as razões que o levaram a fazê-lo*, a ordem de plano, determinando, outrossim, a expedição de alvará de soltura em favor do referido acusado, incumbência que, quer nos parecer, pertence ao Juízo a quo.

Pasma e perplexa, diante da atitude daquela Colenda Câmara, que tornou inútil todos os esforços da Polícia Judiciária, que efetuou um trabalho sério e árduo na perseguição dos membros da «gang» — e deste Juízo que se empenhou em concluir a instrução rigorosamente dentro do prazo, afinal, o Boliviano, apontado como cabeça do grupo, foi posto em liberdade. Os motivos, não sei quais. Cremos até, sejam insatisfatórios para justificar a concessão da ordem, tanto que nos dias de hoje, em que se verifica o empenho louvável da Polícia Federal no combate ao tráfico. Assim, diante da atitude daquela E. Câmara, a este Juízo, pesaroso, por desprestigiado, não resta outra alternativa senão a de estender o benefício aos demais acusados, pois se teimar em não fazê-lo aquela Câmara, à toda evidência coloca-los-á em liberdade.

Este Juízo expediu, assim alvará de soltura em favor dos demais acusados, aos quais, por extensão a contragosto, concedendo-lhes o direito de responder em liberdade.

Com isso, fica prejudicado o *Habeas Corpus* de nº 578/88 e os demais que porventura venham a ser concedidos.

Posto isto, prestadas as informações que foram solicitadas, aproveito a oportunidade para apresentar meus protestos de consideração.»

Deduz, o ilustrado Subprocurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles:

«Há crítica na manifestação?

Sem dúvida.

A crítica, como posta em seu conteúdo, é ofensiva da honra?

Dé modo nenhum!

A Dra. Sílvia Helena simplesmente disse:

a) que não foi merecida a concessão da ordem;

b) porque os motivos não seriam satisfatórios;

c) e que, pesarosa, sentiu-se desprestigiada porque ao feito imprimira adequada direção processual.

Onde a ofensa à honra?

Impossível constatar-se!

Adviria a ofensa da circunstância, em si, de ter criticado autoridades judiciárias de hierarquia funcional superior?

Óbvio que não!

Tal situação pode perfeitamente justificar, e justifica, a sanção disciplinar de advertência, porque se as decisões judiciais não estão imunes à avaliação da construção doutrinária, a que não devem se negar os próprios magistrados, todavia, fora dessa hipótese, e dentro da divergência nos próprios autos, não se pode permitir que a dor da frustração funcional resvale à verberação contundente, mas isto, repise-se, jamais pode atingir a reprovabilidade criminal.

As decepções, cotidianas quicá em todos os que se empenham ao aprimoramento da Justiça, não devem alimentar nossa revolta, ou frustração, mas hão de ser vistas como incansáveis desafios, que precisamos sempre transpor, porque já disse alguém, algum dia, «que o ideal que sempre nos acalentou renascerá em outros corações», mas, para isso, precisamos seguir sempre».

O eminente Des. Luciano Belém, em voto vencido proferido no Agravo Regimental nº 01, após lembrar que a denúncia oferecida contra a paciente foi recebida na forma do art. 168 do Regimento Interno, prestadas as explicações, redistribuído o feito, S. Exa., como Relator, entendeu:

...«que havia motivo *data venia*, para rejeição, *in limine*, da denúncia, mesmo depois do oferecimento das explicações, por não constituir crime, em tese, previsto no Código Penal, mas somente infração disciplinar cometida por magistrado, proferi o despacho seguinte:

«O Colendo Órgão Especial deste Tribunal já teve ocasião de decidir em diversos casos que o art. 41 da LOMAN criou a chamada imunidade judiciária, somente respondendo o magistrado pelos casos de impropriedade, ou excesso de linguagem, ao manifestar nos autos e em razão destas opiniões, ou teor de expressões, em ofícios, informações, ou decisões de qualquer natureza, ficando, o magistrado que restar a descoberto da dita imunidade, sujeito às penas do art. 42 da LOMAN, mas não as do Código Penal comum.

Assim, rejeito a denúncia oferecida, que deu a denunciada como incurso no art. 140, c.c. o art. 141, II, do CP, ressalvando possa o Exmo. Dr. Procurador oferecer denúncia substitutiva para início de ação penal originária perante o Órgão Especial deste Tribunal, tendente a aplicar à mencionada Dra.

Juíza denunciada pena que porventura seja cabível, prevista em qualquer dos incisos do art. 42, da LOMAN».

Inconformado, agrava regimentalmente o Exmo. Dr. Procurador, argüindo, primeiramente, a nulidade do despacho agravado, eis que o relator somente poderia rejeitar a queixa na oportunidade dada no art. 168 do RI.

No mérito, se argüi a aplicabilidade dos dispositivos do Código Penal ao magistrado que comete alguma ofensa à honra em seus escritos funcionais, pelo que seria de prover-se ao agravo, para prosseguir-se nos termos da ação penal, até final condenação da denunciada por crime de injúria.

Isto posto.

Superada a questão da preliminar pelos integrantes do Órgão Especial, à unanimidade, no mérito, é de considerar-se que o art. 41 da LOMAN, dispõe que, «salvo os casos de impropriedade ou excessos de linguagem, o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir».

Este Órgão Especial já teve ocasião de decidir, por diversas vezes, que a imunidade, do ponto de vista penal, é total, somente respondendo nos casos de impropriedade ou excesso de linguagem, segundo as penas disciplinares estatuídas no art. 42 da LOMAN.

As esferas penal e disciplinar são inteiramente separadas e autônomas.

Na exegese do art. 41 cit. o hermeneuta há de ter em atenção a rubrica que encima o capítulo II da LOMAN. Das Penalidades — e os artigos que lhe são vizinhos, notadamente o art. 42, onde se acha o elenco dessas penalidades, que vão desde a advertência até os casos mais graves, com demissão do magistrado.

No art. 41, o legislador deixou de ressaltar a responsabilidade penal, com qualquer das fórmulas clássicas imprescindíveis, v.g., sem prejuízo das penas em que incorrerem pelos fatos que constituam crimes, sem prejuízo da responsabilidade criminal, etc.

Ora, se o legislador não fez essa ressalva, claramente quis deixar o magistrado faltoso sujeito a penalidades e não a penas, ou, por outras palavras, quis mantê-lo no campo disciplinar e não no penal.

E nem se diga que o magistrado com isso ficará acima da lei.

A LOMAN, no art. 42, elenca penalidades que, dependendo dos casos, são de suma gravidade para quem é juiz, sendo a maior delas a perda do cargo.

À evidência que o legislador no confronto de dois bens jurídicos, quais a proteção da honra individual e a independência do ma-

gistrado, nos escritos funcionais deste, quis dar prevalência à proteção do segundo dos bens em cotejo.

Note-se que ao legislador não é lícito imputar-se ignorância da técnica jurídica. A apontada omissão, quanto à responsabilidade criminal, corresponde ao real desejo daquele.

Note-se que este relator, ao final do despacho agravado, fez ressalva quanto à possibilidade de oferecimento de denúncia substitutiva.

Todavia, a reflexão sobre a matéria levou-me a considerar que nem mesmo seria caso de fazer-se tal ressalva, pois as penalidades da LOMAN, devem ser aplicadas sempre dentro da esfera administrativa e, na hipótese de que se cogita, a Exa. Dra. Juíza Silvia Helena Lopes Donato já sofreu a pena de advertência em julgamento do Egrégio Conselho da Magistratura.

Em suma, no mérito, votava pelo desprovimento do agravo, por não constituir crime o fato narrado na denúncia.»

O ilustre Des. Sérgio Mariano, no que foi seguido por outros Desembargadores cujas assinaturas não identifico nas fls. 26/27, assim se pronunciou:

«Perquirindo o mérito, já que somente neste se instaurou a divergência, discordei, *data venia*, dos fundamentos da r. decisão agravada, por isso que entendo não vedar o art. 41 da LOMAN que responda o magistrado criminalmente pelo teor das decisões que proferir, uma vez incidindo em figura penal tipificada.

A sede administrativa e a criminal são independentes.

Mas, a confirmava, porque tenho para mim que o fato narrado, à evidência, não constitui crime, invocando, neste passo, o inciso I do art. 43 do Código de Processo Penal.

Com efeito, a Dra. Juíza denunciada criticou acerbadamente, com expressões impróprias, a concessão de *habeas corpus* pela Egrégia 2ª Câmara Criminal, em favor de Walter Justiniano Vaca, e verberou o ato de seu ínclito Presidente, de expedição de alvará de soltura, revelando estes últimos doestos insciência da pertinente norma de organização judiciária.

Entretanto, a crítica dirigida ao julgado e a um ato judicial, ainda que inadequada e inconveniente, não atingiu a honra de seus ilustrados prolores, para caracterizar o crime de injúria.

Honra é dignidade pessoal e, no caso, a dos eminentes representantes não foi tsnada.

Por vezes, os advogados criticam sentenças e despachos, nas razões de recurso, e nem por isso os Juízes que os proferiram se sentem atingidos em sua honra.

A crítica denota discordância, em geral no campo doutrinário, não sendo curial dela concluir, às mais das vezes, como no caso em apreço, que a pessoa que a expende intenta depreciar a dignidade pessoal de outrem.

Mesmo ao declarar a Dra. Juíza, em suas informações, que não sabia quais os motivos da concessão da ordem, motivos estes explícitos, aliás, no v. acórdão, por certo quis manifestar desacordo com os fundamentos, sendo impossível de tal fato inferir que ela, tacitamente, duvidara da honestidade de propósito dos preclaros Desembargadores. A injúria não seria real, mas virtual, implícita, existindo ou não, segundo a ocasional exegese dos termos empregados.

Em virtude da linguagem desabrida, suportou a ora denunciada penalidade administrativa, infligida pelo Egrégio Conselho da Magistratura.

Entretanto, vislumbrar ilícito penal no fato narrado na denúncia, com a devida vênia, é forçar a integração do tipo.

Por derradeiro, consigno não haver examinado inoportunamente o mérito; as considerações formuladas se faziam necessárias exatamente para se depreender que o fato descrito não constitui crime.»

Li. Reli o ofício e não encontrei manifestação inequívoca de que a Juíza pretendeu ofender a respeitabilidade, a honorabilidade e a competência dos desembargadores.

A luta do foro, do juiz de 1º grau, função que exerci por longos anos (1956/1980), e que mantém o julgador bem próximo dos fatos e dos seus participantes, muita vez causa intranquilidade e desalento. Então, ao redigir um ofício de informações pode empregar palavras contundentes em que procura imprimir a máxima franqueza e fidelidade no concernente ao que está acontecendo, o que nem sempre foi levado ao conhecimento superior com a rudeza e repercussões havidas na comarca.

Na injúria, afirma E. Magalhães Noronha, inversamente do que sucede com a calúnia ou difamação, não se imputa *fato determinado*, «mas atribuem-se qualidades negativas ou defeitos; é a exteriorização de um juízo que se faz de alguém.» («Direito Penal», vol. 2, nº 351, 22ª ed., 1987).

Nelson Hungria, cuidando da imunidade penal, atinente ao conceito desfavorável emitido por funcionário público, em informações prestadas no cumprimento de dever funcional, ensina:

«O cumprimento do dever legal exige do funcionário, nos seus relatos, opiniões ou informes de caráter oficial, a máxima franqueza e fidelidade. Se lhe fosse tolhida a liberdade ou sinceridade das comunicações, observações ou pareceres a que está obrigado por específico dever do cargo, estaria seriamente prejudicado o interesse da administração pública. É possível que o funcionário se exceda,

permitindo-se detrações inúteis contra outrem; mas, como a ameaça de pena em tal caso poderia provocar a sua intimidação e reticência em todos os casos, a outorga da imunidade penal é irrestrita» («Comentários ao Código Penal», Vol. VI, pág. 119).

Helena Cláudio Fragoso («Lições de Direito Penal» — Parte Especial — 1, n.º 203) também assim se refere ao tema:

«Também não há crime se o funcionário público emite conceito injurioso ou difamatório sobre alguém, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever de ofício. A hipótese é de cumprimento de dever legal, que exclui a antijuridicidade da ação.

Deve o funcionário, no desempenho de sua função pública, estar acobertado com a imunidade penal, para que possa livremente emitir opiniões e prestar informações do interesse público, sem o risco de sujeitar-se a processo penal. A concorrência do *animus infamandi*, é irrelevante. É indispensável que se trate de ato praticado no cumprimento de dever funcional, ou seja, no desempenho de suas funções legais, dentro das atribuições do funcionário».

No mesmo sentido manifestam-se Álvaro Mayrink da Costa em «Direito Penal — Doutrina e Jurisprudência» — Parte Especial, vol. 2/260; Damásio E. de Jesus em «Direito Penal», 2.º vol., pág. 251 e Júlio Fabrini Mirabete em «Manual de Direito Penal», vol. 2, pág. 153.

Penso que, pelos elementos encontrados nos autos, a Juíza, em momento algum, quis ofender a honra dos Desembargadores. Pode ter agido impetuosamente no emprego de certas expressões quando redigiu a informação, a cuja fidelidade não podia fugir, cedendo a uma emoção momentânea. No entanto, por esse procedimento já foi punida disciplinarmente.

Aliás, na conformidade do disposto no art. 142, III, do Código Penal, o conceito desfavorável emitido por funcionário público — aqui e para esse efeito se inclui o magistrado — em informação ou apreciação que presta ao Tribunal no cumprimento de dever do próprio ofício, não constitui injúria punível. Foi, de outro modo, o que se deu. A magistrada, no calor dos trabalhos judiciários a seu cargo, e de um processo envolvendo traficantes de substâncias entorpecentes, que a Polícia lograra prender, e cuja tramitação procurava apressar, sentiu-se como que censurada, frustrada pela concessão dos *habeas corpus*. Vai daí, nas informações prestadas em outros pedidos, ter feito apreciação que o seu dever de ofício lhe impunha. Pode ter sido infeliz ao utilizar certos termos, nada passando de mera incontinência verbal em momento de exaltação.

Não quis ofender o decoro, a honra e a dignidade dos Desembargadores. Juiz nenhum faria isso, posto que ingressando na magistratura após duríssimo concurso, se o fez por vocação, o seu desejo, o seu trabalho, o seu empenho, a sua conduta, toda a sua atividade giram em torno de uma meta: chegar a um Tribunal, ainda que por convocação, para compor um *quorum*.

Não sufrago a indisciplina e nem aplaudo a virulência da linguagem.

À vista de todo o exposto, concedo a ordem para trancar a ação penal, à falta de tipicidade.

ANEXO

Habeas Corpus n.º 17 — RJ

VOTO — PRELIMINAR

EMENTA: *Habeas Corpus*. Competência originária.

Pedido que ataca acórdão de Tribunal de apelação. Reconhecimento da competência originária do Superior Tribunal de Justiça quando o *writ* não traga a debate matéria constitucional.

Natureza do *habeas corpus* no direito brasileiro. Impossibilidade de erigi-lo em «avocatória» com força de prejudicialidade contra o paciente.

Competência concorrente de tribunais dotados de graus de jurisdição distintos. Escolha pela parte, nessa hipótese, do Tribunal que mais lhe convém, através da escolha do meio processual.

Impossibilidade, ante o caráter absoluto da competência funcional e o princípio de que a competência para o *habeas corpus* contra ato judicial será sempre do Tribunal que deveria conhecer do recurso contra esse mesmo ato. Aplicabilidade desse princípio havendo concorrência entre o *writ* e o *recurso especial* previsto na Constituição de 1988.

Conhecimento do pedido e seu deferimento.

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Em questão de ordem, no HC 67.263, decidiu o Supremo Tribunal Federal, pelo voto do Ministro Moreira Alves, manter a competência daquela Corte para o *habeas corpus*, constando da ementa do acórdão o seguinte:

«Persiste, na Constituição Federal de 1988, por força do disposto na letra *i* do inciso I do artigo 102, a competência do Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar originariamente *habeas corpus*, cujo coator seja qualquer Tribunal do País (Tribunais de Alçada, Tribunais de Justiça, Tribunais de Justiça Militar estadual, Tribunais Regionais Federais e Tribunais Superiores Federais), ainda quando penda de julgamento, no Superior Tribunal de Justiça, recurso especial interposto na mesma ação penal. Dessa competência originária se exclui apenas a hipótese em que o *habeas corpus* originário é mero substitutivo do recurso ordinário cabível para o

Superior Tribunal de Justiça, quando competirá também a este a competência para julgá-lo.»

Ante a extensão desse enunciado e a preliminar de conhecimento suscitada no bem lavrado parecer transcrito no relatório, torna-se necessário formularem-se algumas ponderações que trago a meus eminentes pares, registrando não ter esta iniciativa outro significado senão o de criar oportunidade para o reexame de tão importante matéria nesta e, talvez — assim o esperamos —, na mais alta Corte do País.

Eis o que, em resumo, julgo essencial sobre o tema.

O *habeas corpus*, no direito brasileiro, tem fisionomia própria e natureza bastante complexa. Apresenta, às vezes, aspecto de medida cautelar (ou de contracautela), antes ou no curso do processo (exemplo: pedido contra ameaça de prisão ou contra prisão já realizada — art. 648, III e IV, do CPP). Em outras ocasiões, como autêntica ação constitutiva, faz o papel de ação rescisória de sentença ou de acórdão, chegando a desconstituir a coisa julgada ou situação jurídica consolidada (hipóteses do art. 648, I e VI). Por fim, em determinados casos, pode objetivar tão-só a declaração da extinção do direito de punir, assumindo a característica de ação declaratória.

Essa natureza multifária, entre nós, do *writ*, foi enfatizada e examinada com detalhes por Frederico Marques (*Elementos de Direito Processual Penal*, vol. IV, págs. 386 e segs.) e, entre outros, por Rogério Lauria Tucci (*Habeas Corpus, Ação e Processo Penal*, págs. 5/6).

Ora, para atingir tão múltiplos e díspares objetivos, o nosso *writ*, ultrapassando os primitivos limites de mera proteção à liberdade de locomoção (Cód. de Proc. Criminal de 1832), foi ampliando sua abrangência até o ponto de, hoje, apresentar-se, também, como remédio processual substituto de certas ações ou recursos, tais como, exemplificadamente:

- da revisão criminal (ação rescisória, no processo penal), na hipótese do art. 648, VI, havendo sentença com trânsito em julgado;
- do recurso em sentido estrito, em hipóteses superpostas dos arts. 581, V, e 648, V;
- da apelação, nas mesmas condições (arts. 593 e 648, I e VI);
- do recurso extraordinário (tantos são os casos em que o STF antecipou julgamento em *habeas corpus* de matéria versada ou versável em RE).

Não obstante, em todas essas hipóteses, sempre se preservou, rigorosamente, a competência funcional dos tribunais, de modo que a competência originária para o *hc* se definia pela competência recursal.

Sendo assim, como no recurso especial, criado pela Constituição de 1988 (art. 105, III), o objeto só pode ser, da mesmíssima forma que no *habeas corpus*, uma *quaestio iuris*, não uma intrincada *quaestio facti*, é

possível prever-se a substituição de um pelo outro, quando houver coincidência de fundamentos e interesse da parte em apressar a decisão judicial.

Mas, apesar de tudo o que foi dito até aqui, não vejo, *data venia*, como se possa erigir o nosso *habeas corpus* em uma espécie de substituto de «avocatória» com força de prejudicialidade contra o paciente.

E a isso, segundo me parece, poderá conduzir o douto voto do relator do HC 67.263, quando afirma, com todas as letras, na parte conclusiva, o seguinte:

«Assim, por exemplo, quando, em apelação, um Tribunal de Justiça mantiver a condenação do réu, este poderá valer-se de *habeas corpus* e/ou recurso especial, no tocante às alegações de ofensa à legislação ordinária. Como, aí, o *habeas corpus* originário não é mero substitutivo do recurso especial (e não o é por ter âmbito de apreciação maior, uma vez que nele — ao contrário do que ocorre com o recurso especial — até matéria de prova que não exija exame mais aprofundado pode ser apreciada), se for ele impetrado, terá de sê-lo perante o Supremo Tribunal Federal (artigo 102, I, *i*, que determinará ao Superior Tribunal de Justiça, se também for interposto recurso especial, o sobrestamento do julgamento deste até a decisão daquele *habeas corpus*, a qual poderá vir a tornar prejudicado o recurso especial.»

Com efeito, se o Supremo Tribunal, no *habeas corpus* originário, de fundamento coincidente com o do recurso especial (exemplo: ilegitimidade de parte, na ação penal), *chama a si* (isto é, *avoca*) a competência constitucional do Superior Tribunal de Justiça, prevista no art. 105, III, da Constituição (julgar em recurso especial as alegações de contrariedade à lei federal), e se a sua decisão, proferida nessas circunstâncias, pode *prejudicar o recurso especial*, consoante se afirma, não há como evitar-se esta conclusão: a decisão do Supremo, *se denegatória*, e *se apreciar o mérito*, é uma decisão em avocatória contra o réu, pois irá impedir decisão eventualmente mais favorável de outro tribunal — o juiz natural — no recurso próprio facultado pela Constituição.

Note-se que, se isso ocorrer, não se está diante de uma hipótese de mera avocação pelo tribunal competente de processo que tem curso perante juiz incompetente, mas de avocação de competência recursal de outro tribunal, não admitida pela Constituição de 1988.

O *habeas corpus*, até então considerado um remédio exclusivo de proteção à liberdade, passaria a adquirir nova fisionomia algo contraditório. Atuaria como instrumento de avocação, potencialmente contra os interesses do paciente, pois lhe suprimiria a instância recursal e impediria a pluralidade de graus de jurisdição, no *habeas corpus* originário, expressamente instituída no art. 102, II, *a*, da Constituição.

Frise-se que não estou, aqui, cometendo a injustiça de afirmar que esse tenha sido o objetivo do julgado em exame. Contudo, não posso deixar de

consignar que esse será o seu resultado prático, mesmo não desejado, se não for esclarecida e restringida a amplitude de seu enunciado.

Há mais.

Estabeleceu-se, ainda, no mesmo julgado, uma *hipótese* declarada de competência concorrente: havendo *habeas corpus* no Supremo Tribunal e *recurso especial* no Superior Tribunal de Justiça, ambos versando, v.g., ausência de uma das condições da ação penal (tome-se o mesmo exemplo da ilegitimidade de parte), sem que se tenha notícia da duplicidade de procedimentos (nem sempre haverá interesse das partes em dar essa informação), poderá ocorrer conflito de julgamentos. Mas, é óbvio que se a primeira decisão, em qualquer dos dois processos, for favorável ao réu, o interessado, certamente, desistirá do segundo. Nesse caso, o novo critério de fixação da *competência funcional*, em matéria penal, será o da conveniência momentânea da parte.

É o que se infere do voto condutor do acórdão quando admite poder o réu, apesar da proclamada duplicidade de cortes competentes, «valer-se de *habeas corpus* e/ou recurso especial», isto é, escolher o Tribunal através da escolha do meio processual ou repetir, concomitantemente, o mesmo pedido em instâncias diferentes, valendo-se de procedimentos diversos.

Isso vai, a meu ver, contra os princípios, pois, na lição de Chiovenda, a competência funcional é «absoluta e improrrogável»..., ...«sendo defeso escolher o juiz superior, sequer quando é livre a escolha do juiz de primeiro grau» («Instituições», trad. bras., 2º vol., pág. 188).

Trata-se, a toda evidência, de problema grave, mas que ainda perde em tamanho para o primeiro que poderá ensejar, conforme foi dito, a supressão de uma instância em prejuízo do réu, com a cassação da competência constitucional do Superior Tribunal de Justiça, tudo isso no bojo do *habeas corpus*, fundamentalmente o mais nobre instrumento de defesa, nunca de outra natureza.

Poder-se-ia, nesta altura, para obviar tais inconvenientes, suscitar a tese, já sustentada por muitos, de que o *habeas corpus*, quando denegatório, não faz coisa julgada material. Nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça não se vincularia às decisões denegatórias do Supremo Tribunal, julgando o recurso especial, apesar delas, segundo o seu livre convencimento. Não é isso, entretanto, o que está aparentemente expresso no douto voto em exame, no tópico anteriormente transcrito.

Daí a necessidade de melhores esclarecimentos sobre esse tema.

Após todas essas considerações de mau presságio, penso, não obstante, que se poderá, até definitiva orientação jurisprudencial, extrair do julgado em exame uma interpretação construtiva, restringindo o seu alcance aos *habeas corpus* que tragam a debate, como fundamento do pedido, matéria exclusivamente constitucional.

Então, sim, não haverá o que reparar no particular, uma vez que, em matéria constitucional, é possível dizer-se que os tribunais do País estão su-

jeitos *diretamente* ao Excelso Pretório (art. 102, I, *i*, da Constituição de 1988). Essa submissão *direta* não se dá, evidentemente, em relação à matéria infraconstitucional, quando se antepõe o Superior Tribunal de Justiça ao Supremo Tribunal Federal, por meio da existência *real* ou *potencial* do recurso especial.

Não vejo como se possa evitar essa conclusão, derivada de uma interpretação lógico-sistemática. Aliás, bem ou mal, foi objetivo declarado da reforma do Judiciário o desmembramento de boa parte da competência do Supremo Tribunal para a criação de um novo tribunal superior — o Superior Tribunal de Justiça —, reservando-se ao Excelso Pretório o papel precípua de Corte constitucional (art. 102, *caput*, da Constituição). Negar-se essa evidência parece-me de todo impossível.

Por último, em questão de competência, na dúvida ou omissão da lei, tem-se entendido que:

«Em virtude, ainda, do disposto no art. 650, § 1º, do Cód. de Proc. Penal, e tendo em vista, igualmente, as normas sobre competência recursal, o pedido de *habeas corpus* será sempre apresentado, quando exista ou se alegue coação de órgão judiciário, perante o Tribunal que deveria conhecer do recurso ordinário que se pudesse interpor, no litígio ou causa penal em que teria ocorrido a vulneração ou ameaça ilegal ao direito de *ir e vir*»... (Frederico Marques, «Elementos», *cit.*, pág. 412).

Não vejo dificuldade em aplicar-se esse mesmo princípio quando o *habeas corpus* concorrer com o recurso especial.

Dentro dos limites acima expostos, parece-me que se poderia chegar a um resultado valioso. Além desses limites, por mais que me esforce, não consigo caminhar, conduzido só pela minha livre convicção de magistrado.

Assim, como «todo tribunal é juiz de sua competência» (Faustin Hélie), segundo conhecido princípio de Direito Processual, e como «a decisão sobre competência tem eficácia, apenas, no processo em que é proferida» (*in* «Tratado de Direito Processual Penal», Frederico Marques, 1º vol., pág. 301), acolho a preliminar suscitada pelo parecer do Dr. Cláudio Fonteles, e, em consequência, declarando competente esta Corte, conheço do pedido.

É o voto preliminar.

Habeas Corpus nº 17 — RJ

VOTO — MÉRITO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Marcelo Raúf Junqueira foi denunciado como incurso nos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/76, juntamente com outro.

Feita a separação do processo, na audiência de instrução e julgamento, o Ministério Público, retificando a acusação, pôs em destaque a não partici-

pação deste acusado no tráfico e concluiu pedindo sua condenação, pelo porte de 60 gramas de maconha para uso próprio, de acordo com o art. 16, e tão-só.

O magistrado de primeira instância aceitou essa retificação da denúncia mas, pelas razões expostas na sentença, absolveu o acusado.

Inconformado, apelou o Promotor de Justiça, insistindo, nas razões apresentadas posteriormente, na condenação pelo crime do art. 16, nos termos de sua anterior manifestação.

O Tribunal, porém, entendendo que a prova dos autos apontava para a prática de associação no tráfico de entorpecentes, proveu o recurso para condenar o acusado como incurso nas penas do art. 12, c.c. 18, III, da Lei 6.368/76.

Posta a questão nesses termos, penso que, também no mérito, está correto o douto parecer.

A tese sustentada pela Procuradoria-Geral da Justiça de que, não havendo a petição de interposição limitado o alcance do recurso, seu efeito devolutivo é integral, «de nada valendo a limitação constante das razões», pode ser correta, em certas circunstâncias, não na hipótese destes autos em que o Promotor expressamente retificara a descrição e a capitulação da denúncia, nas alegações finais.

Admitir-se o contrário, como se fez no acórdão, é surpreender o réu, condenando-o fora do pedido e da imputação de que, a essa altura, se defendia.

O princípio da lealdade processual e a impossibilidade da *mutatio libelli* em segundo grau, torna, com efeito, nulo o julgamento em exame.

Ante o exposto, acolhendo o parecer, conheço do pedido e o defiro para, anulado o julgamento, determinar que a outro se proceda, observados os limites do recurso.

É o meu voto.

Habeas Corpus nº 64 — RS

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: A imunidade judiciária, do inciso III do artigo 142 do Código Penal, diz respeito estritamente ao ato de ofício, não quando o funcionário versa matéria estranha ao ato de ofício. Nesta última hipótese, ele responde pelo excesso que pratica. Pela leitura do ofício, verifica-se que a paciente tinha o dever de prestar informações ao Tribunal, relativas a um determinado pedido de *habeas corpus*. Mas, valeu-se da ocasião para, nessas informações, tecer comentários outros, impertinentes, reputados ofensivos.

Assim, parece-me que tais comentários não estão indubitavelmente abrangidos pela imunidade judiciária, porque desnecessários e extravagantes. Não estou ainda emitindo conceito sobre o mérito: se a paciente cometeu ou não o crime pelo qual está sendo denunciada. Mas penso que isso deve ser deslindado no bojo da ação penal.

Por essas razões, *data maxima venia* do eminente Ministro Relator, conheço do pedido, mas o indefiro.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Sr. Presidente, são muito oportunas as ponderações do Ministro Assis Toledo. Também me preocupo em que deste julgamento não resulte qualquer estímulo a procedimento semelhante.

Como Ministro deste Tribunal, conheci situações semelhantes, nas quais juízes da primeira instância não se conformaram e questionaram decisões da 2ª Turma no TFR em processos de que fui relator.

Num dos casos, cuidava-se também de questão de tóxicos. Prudentemente, procurei administrar as imprudências, entendendo mesmo ser compreensível o que ocorreu. Todos nós somos passíveis, como Juízes, Promotores ou Advogados, de uma paixão saudável por certas questões, suas nuances, doutrinas, ângulos. Admito esse proceder especialmente entre os mais moços e menos experimentados.

Mas como tudo há que ter uma medida, não podemos, de modo algum, admitir que as emoções dos juízes, por mais saudáveis que sejam, extrapolem os limites do respeito, da hierarquia e da decência que devem marcar as relações profissionais entre os iguais, seus superiores ou seus subordinados.

Neste caso busco compreender a atitude da Meritíssima dos autos, de que é Relator o Ministro Costa Lima. Considerando que as apenações a que ela estaria sujeita, de ordem disciplinar e administrativa, já foram acionadas pelo Órgão Especial a que é subordinada, e entendendo, ainda, que não vislumbro no caso a tipificação de crime contra a honra no texto do expediente ensejador dos autos, acompanho o eminente Ministro Relator.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Presidente): Na realidade, o que está na peça acusatória é o excesso de linguagem usada pela Juíza ao dirigir-se ao Juízo Superior.

Indaga-se, então, até onde esse excesso, de um lado, absorveu-se pela imunidade do Juiz, no quanto lhe é garantido criticar as decisões judiciais, e, de outro, até onde aquelas expressões cáusticas encerrariam em si injúria ao órgão que se considerou ofendido.

Tenho para mim que, sem carência de maior exame da prova, não há na linguagem usada o intuito injurioso, conotador do crime em tese, segundo a tipificação legal.

Daí que, quanto àquela linguagem conter-se ou não na imunidade judiciária, nem chego a perquirir, posto que na ação penal o que interessa verificar, primeiramente, é o tipo. Logo, se de antemão o caso recusa tipicidade, pois não se encontra sequer esboçada na descrição do fato, como tão bem o disse o Sr. Ministro Relator, no seu exaustivo voto, certamente que se dispensa a verificação do excesso aos limites da imunidade.

Pelo exposto, longe de endossar a insubordinação que estaria nessa crítica virulenta da Juíza ao Tribunal, por sinal que já punida administrativamente, segundo constou do relatório, admito-a, porém, como escoimada de qualquer dos traços típicos da injúria, razão por que entendo deva ser trancada a ação penal como medida de inteira correção da ilegalidade em que se pôs o recebimento da denúncia.

Portanto, voto com o Relator.

EXTRATO DA MINUTA

HC n.º 64 — RJ — (Reg. n.º 89.0008912-9) — Relator: O Sr. Ministro Costa Lima. Imp.º: João Familiar Filho. Impetrado: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. P.º: Sílvia Helena Lopes Donato.

Decisão: A Turma, por maioria, concedeu a ordem para trancar a ação penal movida à paciente (em 6-9-89 — 5.ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Edson Vidigal e José Dantas. Ficou vencido o Sr. Ministro Assis Toledo. Ausente o Sr. Ministro Flaquer Scartezini. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.



HABEAS CORPUS N.º 69 — MG

(Registro n.º 89.8911-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade*

Impetrante: *Antônio Moacyr Jeunon*

Impetrado: *Tribunal de Justiça de Minas Gerais*

Paciente: *Júlio César Rocha Faria (réu preso)*

EMENTA: Penal e Processual Penal. Prisão preventiva. Superveniência de pronúncia. Habeas corpus indeferido.

Nega-se habeas corpus contra decreto de prisão preventiva deficientemente fundamentado, quando sobrevém sentença de pronúncia.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, indeferir o pedido, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de setembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro CARLOS THIBAU, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Antônio Moacyr Jeunon impetra perante este Tribunal ordem de *habeas corpus* em favor de Júlio César Rocha Faria, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de Minas Gerais que não conheceu do pedido de concessão de liberdade provisória, por entender ser do Superior Tribunal de Justiça a competência para tal.

Diz o impetrante que a prisão preventiva foi decretada sem a necessária fundamentação, e que o paciente possui todos os requisitos legais para que lhe seja concedida a ordem.

Parecer do Ministério Público pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, se conhecido, pela denegação da ordem.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): O presente pedido de *habeas corpus* é formulado em substituição a recurso que teriam o impetrante e o paciente de acórdão do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que negara ordem de *habeas corpus* com a mesma motivação, ausência de fundamentação do decreto de prisão preventiva.

Inexistente, no texto da nova Constituição, vedação que a anterior contemplava, para pedidos que tais no Supremo Tribunal Federal, admite-se a impetração substitutiva do recurso, ante a amplitude da garantia fundamental, capaz de alcançar até a coisa julgada, quando evidenciada coação ilegal.

Rejeito, deste modo, a preliminar levantada pelo Ministério Público.

Tornou-se sem objeto o exame da deficiência de fundamentação do decreto de prisão preventiva, porquanto sobreveio sentença de pronúncia, tanto mais quando houve desistência do recurso interposto dessa sentença, já devidamente homologada pelo Egrégio Tribunal de Justiça.

Assim, o que embasa a prisão do paciente é a pronúncia, certo o Tribunal de Justiça ao negar ordem de *habeas corpus* em favor do mesmo, que tivera pedido de liberdade provisória denegado pelo Juiz.

Isto posto, voto no sentido de conhecer do pedido, mas de negar a ordem.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 69 — MG — (Reg. nº 89.8911-0) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Dias Trindade. Impte.: Antônio Moacyr Jeunon. Impdo.: Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Pacte.: Júlio César Rocha Faria (Réu preso).

Decisão: A Turma, por unanimidade, indeferiu o pedido. (Em 19-9-89 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Anselmo Santiago (Juiz do TRF/1ª Região), Carlos Thibau e Costa Leite. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro William Patterson. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS THIBAU.



RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 105 — SP

(Registro nº 89.0008114-4)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *Genésio Antônio da Silva*

Recorrido: *Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*

Paciente: *Genésio Antônio da Silva*

Advogado: *Dr. Orlando Calvielli*

EMENTA: Criminal. Pena. Execução. Progressão prisional.

Exame criminológico. Fundamentação suficiente ao indeferimento da progressão do regime de cumprimento da pena, tanto mais que imprópria a via do *habeas corpus* para maior exame da controvérsia factual em causa.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 2 de agosto de 1989 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Contra acórdão denegatório de *habeas corpus* interposto com vistas à progressão do regime fechado para o semi-aberto, o recorrente insiste em acusar o exame criminológico que lhe fora desfavorável; ao mesmo irroga a pecha de desfundamentação, insuficiente, assim, para recusar o fato de suas alegadas condições pessoais para o pretendido favorecimento carcerário.

Parecer do Subprocurador-Geral Cláudio Fonteles é contrário ao recurso, consoante fundamentos assim sumulados:

«Recurso de *habeas corpus*. Progressão de regime de pena. Exame criminológico preliminar. Discussão via *habeas corpus*. Impossibilidade.

1. Preliminar. Não é o *habeas corpus* sede adequada à discussão de regime prisional, quando jungido a condições pessoais do beneficiado.

2. Mérito. O despacho judicial que concluiu pelo indeferimento de pedido de progressão de pena *embasado em laudo criminológico*, desfavorável à mudança de regime, não causa constrangimento ilegal.

3. Preliminar: não conhecimento.

4. Mérito: improvimento.»

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Srs. Ministros, incensurável se mostra o v. acórdão recorrido, ao dar por indemonstrada as condições legais pressupostas da pretendida progressão prisional, imprópria, ademais, a via do *habeas corpus* para deslinde da controvérsia.

Convenha-se, pois, nas seguintes asseverações do parecer:

«6. Retomando, é de ver-se que o sentenciado, neste patamar, alega, à modificação do regime prisional, *exclusivamente, a ausência de fundamentação do laudo criminológico* reprovatório, assim

pretendendo o trato de condições pessoais que, como já ressaltado, máxime pela ementa reproduzida, queda ante a via eleita, motivo pelo qual opina-se porque seja a medida já alcançada na Corte Alta reaplicada.

7. Trabalhando o mérito, outra não é a conclusão.

8. É que, bem ao contrário do alegado pelo recorrente, o laudo criminológico acostado às fls. 15/20, razão do acórdão denegatório, anuncia claramente os motivos não recomendatórios à progressão do regime prisional do recorrente.

9. A exemplificar, tem-se os aspectos psicológicos do recorrente que a Dra. Débora Monteiro assim delineou:

«O sujeito mostra-se com certo esgotamento *podendo assim ocorrer um certo estado de discordância*.

Demonstra grande fuga de situação *que poderia envolvê-lo afetivamente e emocionalmente*, conseqüência de grande *carência afetiva*» (grifamos, fl. 18).

10. Analisando os aspectos psicodinâmicos de Genésio, assim concluiu o Dr. Mário de Moraes Rossetti, *verbis*:

«Pelo observado através da entrevista, o paciente evidenciou instabilidade emocional, dificuldade na elaboração das pulsões instintivas, bem como alterações em nível superegóico dignas de nota, *não apresentado condições* de vida social em liberdade» (grifamos, fl. 19).

11. Esses, portanto, os motivos pelos quais sugere-se, no mérito, o improvimento do recurso, até que, oxalá, Genésio Antônio da Silva preencha a todos os requisitos de lei.»

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RHC 105 — SP — (Reg. nº 89.0008114-4) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro José Dantas. Recorrente: Genésio Antônio da Silva. Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. Paciente: Genésio Antônio da Silva. Advogado: Dr. Orlando Calvielli.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 2-8-89 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Flaquer Scartezini, Costa Lima, Assis Toledo e Edson Vidigal. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 107 — PR
(Registro nº 89.0008122-5)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Assis Toledo*

Recorrente: *Sílvio Camargo Farias*

Recorrido: *Tribunal de Alçada Criminal do Paraná*

Paciente: *Sílvio Camargo Farias*

Advogados: *Drs. Majeda Denise Mohd Popp e outros*

EMENTA: Processual Penal. Nulidade. Instrução criminal.

Deficiência de defesa depende de demonstração de prejuízo para anular-se a instrução. Somente a ausência de defesa constitui nulidade absoluta.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de setembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro ASSIS TOLEDO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: O E. Tribunal de Alçada do Paraná indeferiu ordem de *habeas corpus* mas concedeu-a de ofício, em acórdão assim ementado:

«*Habeas corpus*. Furto. Condenação. Cerceamento de defesa. Sentença. Pena. Determinação. Nulidade. Menoridade. Atenuação obrigatória.

1. Não é reconhecível defeito no interrogatório judicial, por ausência do advogado e curador, se no ato não há conteúdo confessional (CPP, art. 563).

2. A intimação do advogado para declinar provas, após a defesa prévia e a produção das provas indicadas na denúncia, preenche o art. 499, do CPP, ainda que essa disposição não esteja expressa no mandado.

3. A negligência da defesa só constitui nulidade absoluta, quando equivalha à ausência de defesa (Súmula 523, do Egrégio STF).

Se a atuação do advogado não for clara e perceptivelmente omissa a esse ponto, a nulidade dependerá da verificação do prejuízo, isto é, da demonstração concreta do que podia, razoavelmente, ser feito e não foi.

Em sede de *habeas corpus* não cabe confrontar crítica e analiticamente os fatos da causa para valorar o grau da alegada deficiência da defesa.

A negligência da defesa não decorre diretamente da não produção de provas ou das alegações finais sucintas, se a linha de defesa, traçada no interrogatório de negativa de atuação no crime clandestino, comportava até muito razoavelmente essa tática.

Falta de mínima indicação de quais atos ou argumentos concretizariam a alegada deficiência de defesa.

4. É nula a sentença na parte em que, fixada a pena-base acima do mínimo legal, não aplica a atenuante da menoridade» (fls. 196/197).

Com isso foi anulada a sentença condenatória, por falta de reconhecimento pelo Juiz da atenuante da menoridade (art. 65, I, do CP).

Inconformado, recorreu o impetrante, reiterando a alegação inicial de nulidade da instrução, porque:

«1.º) O advogado não compareceu ao interrogatório para acompanhar o recorrente.

2.º) Não apresentou defesa prévia satisfatória, contentando-se em dizer que o faria quando da apresentação das alegações derradeiras.

3.º) Não requereu uma prova sequer, tendo, inclusive, deixado de comparecer à audiência em que foi inquirida testemunha arrolada pela acusação.

4.º) Apresentou alegações finais meramente formais que, nem de longe, se equiparam a uma peça ao menos razoável de defesa». (Fls. 213/214).

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Valim Teixeira, é pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: O paciente, com outros menores, empreenderam furto em residência, mediante arrombamento.

No interrogatório negou a participação no fato e declarou não ter advogado, pelo que lhe foi nomeado defensor dativo (fl. 106).

Este, na defesa prévia, não requereu produção de provas, nem estava obrigado a fazê-lo, pois tratando-se de réu que nega a autoria, o ônus da prova transfere-se obviamente para a acusação.

Por outro lado, como bem destaca o acórdão recorrido, dispensável é a presença do defensor no ato do interrogatório, quando neste não se produz a confissão.

O defensor apresentou alegações finais, na linha da negativa da autoria, pedindo absolvição e não estava obrigado a requerer prova negativa.

Assim, do exame dos autos, concluo que, no caso, pode ter havido defesa deficiente, sem demonstração de prejuízo, não ausência de defesa, que anularia a instrução (Súmula 523 do STF), como bem se decidiu.

Nego provimento.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 107 — PR — (Reg. nº 89.0008122-5) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Assis Toledo. Recte.: Sílvio Camargo Farias. Recdo.: Tribunal de Alçada Criminal do Paraná. Advs.: Drs. Majeda Denise Mohd Popp e outros. Pacte.: Sílvio Camargo Farias.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 13-9-89 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Mins. Edson Vidigal, José Dantas, Flaquer Scartezzini e Costa Lima. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. JOSÉ DANTAS.



RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 130 — SP

(Registro nº 89.8636-7)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade*

Recorrente: *Celso Rehder de Andrade*

Recorrido: *Tribunal de Justiça de São Paulo*

Paciente: *Cícero Osana da Conceição (Réu preso)*

EMENTA: Processual Penal. Prisão preventiva. Réu foragido.

A circunstância de haver o réu, após o delito de homicídio qualificado, se ausentado do distrito da culpa, dá ensejo a que se decrete a sua prisão preventiva, para assegurar a aplicação da lei penal, uma vez provada a existência do crime e indícios suficientes de autoria.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 12 de setembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Recorre o advogado Celso Rehder de Andrade de acórdão da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que indeferiu ordem de *habeas corpus* impetrado em favor de Cicero Osana da Conceição, visando a anular prisão preventiva contra o mesmo, decretada pelo Juiz de Direito da Vara Distrital de Aguai, em face da sua indicição como autor do delito do art. 121, § 2º, II, e IV, do Código Penal.

Manifestação do Ministério Público pelo improvimento do recurso.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): A fundamentação da medida de força aplicada ao paciente repousa na necessidade da mesma para a instrução, e para que não se frustre a aplicação da lei, posto que, tão logo praticado o delito, veio o paciente a evadir-se do distrito da culpa, o que se apresenta suficiente à custódia provisória, como tem entendido a farta jurisprudência.

Acentue-se que, quando prestadas as informações, em 7 de abril do ano em curso, foi acentuado que já se achava concluída a instrução, posto que, ouvidas as testemunhas da denúncia e restando ouvir apenas algumas da defesa, mas já com audiência designada para o dia 20 do mês, a eviden-

ciar, como reconhecido no v. acórdão recorrido, que prestes se achava a sentença de pronúncia ou de impronúncia, oportunidade em que o MM. Juiz poderia reexaminar da conveniência de revogar ou não a prisão preventiva.

Não há, portanto, constrangimento ilegal, pelo que voto no sentido de negar provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 130 — SP — (Reg. nº 89.8636-7) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Recte.: Celso Rehder de Andrade. Recdo.: Tribunal de Justiça de São Paulo. Pacte.: Cícero Osana da Conceição (réu preso).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 12-9-89 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Anselmo Santiago (Juiz do TRF/1ª Região, convocado), William Patterson, Carlos Thibau e Costa Leite. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.



RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 141 — SP

(Registro nº 89.0008686-3)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal*

Recorrente: *Valdemar Rodrigues de Santana*

Recorrido: *Tribunal de Justiça de São Paulo*

Paciente: *Valdemar Rodrigues de Santana (Réu Preso)*

Advogado: *Dr. Manoel da Rocha Miranda Filho*

EMENTA: Criminal. Habeas Corpus. Citação editalícia. Nulidade processual.

Legítima a citação editalícia com a regular afixação do edital no átrio do fórum, quando não houver verba disponível para sua publicação pela impensa, o que não implica em nulidade do processo.

Recurso de habeas corpus a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas

constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 30 de agosto de 1989 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Os bacharéis Manoel da Rocha Miranda Filho e Célia Regina Ribeiro da Rocha Miranda impetraram pedido de *habeas corpus* junto ao Supremo Tribunal Federal em favor de Valdemar Rodrigues de Santana, condenado, por sentença de primeiro grau, a onze anos e oito meses de reclusão, como incurso nas sanções do art. 157, § 3º, *in fine* (duas vezes) c/c o art. 70, *caput*, todos do Código Penal. Alegaram constrangimento ilegal contra o paciente aos argumentos que:

O decreto de prisão preventiva está desfundamentado e é desnecessário por se tratar de réu primário com residência fixa, ocupação certa e possuir bons antecedentes;

É nula a citação por edital, pois não foram esgotados todos os meios disponíveis para a citação pessoal do ora paciente;

É nulo o edital de citação, por não ter sido publicado na imprensa local.

A douta Procuradoria-Geral da República opinou às fls. 422/424.

Sendo relator o ilustre Ministro Néri da Silveira, decidiu a Primeira Turma do Egrégio Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, em razão da competência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para apreciar a impetração, pois as nulidades apontadas no *writ* não foram apreciadas pelo Colegiado Estadual. Acrescentou, ainda, o eminente Relator em seu voto de fls. 429/430:

«O conhecimento de apelação do Ministério Público que visava ao reconhecimento de concurso material e de um co-réu, Rubens Fontoura, que buscava a absolvição (em relação ao qual foi o processo desmembrado), não retira a competência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para apreciar a impetração» (é nosso o grifo).

Sendo assim, se constrangimento existe contra o paciente, parte de autoridade a que não alude o inciso I, letra h, do art. 119, da Constituição Federal.

Isto posto, sugerimos o não conhecimento do pedido e a remessa dos autos ao Tribunal apontado como coator, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo».

Em despacho de fl. 435, o Exmo. Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo indeferiu a liminar, solicitando informações do Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo, e deu vista à Procuradoria-Geral de Justiça.

Informações vieram às fls. 438/439, esclarecendo que os autos originais encontram-se no Tribunal em razão de pedido revisional impetrado pelo paciente.

Às fls. 441/445, o Ministério Público do Estado de São Paulo ofereceu parecer pela denegação da ordem.

A decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, de fls. 449/450, negou a ordem por unanimidade, dizendo não avistar qualquer constrangimento ilegal. Aduz, ainda:

«E a solução adequada para o caso é mesmo a denegação. Como salientou o digno juiz, o paciente foi procurado em mais de uma oportunidade nos dois endereços existentes nos autos, Rua das Ameixiras, nº 12, bairro do Taboão, e Av. Prestes Maia, 111, Jardim das Nações, porém sem êxito. Certificaram os oficiais, nas diligências, que não haviam localizado tais números (fls. 160, 187 v. e 365v.). Procedeu-se então à citação por edital, com regular afixação do edital no átrio do fórum, devendo-se a não publicação pela imprensa à falta de verba para tal fim, o que não implica em nulidade, como se tem decidido. Foi ainda o impetrante procurado nos estabelecimentos prisionais do Estado, nada se apurando sobre seu paradeiro. É reiterado na jurisprudência que a citação editalícia se legitima com a só afixação do edital, quando o juízo não dispõe de verbas para o custeio de sua publicação na imprensa local (RTJ 69/659 e 88/455). No tocante à falta de fundamentação no decreto da preventiva, a questão fica inteiramente prejudicada e desvaliosa pelo fato da prisão efetivada por força da sentença condenatória».

Inconformado interpõe Recurso Ordinário, junto ao Supremo Tribunal Federal, contra o acórdão denegatório. Pleiteia a soltura do paciente e a anulação do processo a partir da citação.

Contra-razões às fls. 464/466, pedindo o improvimento do recurso.

A douta Procuradoria-Geral da República em seu parecer de fls. 479/480 conclui pelo improvimento do recurso, ressaltando: «a competência para julgamento deste recurso é do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, II, a, da CF)».

Em decisão de fls. 482, o eminente Ministro Sydney Sanches determinou a remessa dos autos a este Superior Tribunal de Justiça, competente para o processamento e julgamento do pedido, nos termos dos arts. 105, II, a, da Constituição Federal de 1988, c/c o art. 47 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Manifestando-se às fls. 486, a Subprocuradoria-Geral da República pede vênia para reportar-se ao seu pronunciamento de fls. 479/480, reiterando a opinião ali exposta.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Sr. Presidente, apesar do volume dos autos, num total de 487 páginas, não restou caracterizada a irregularidade de citação por edital do ora recorrente.

Conforme registrado no acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, relator o Desembargador Garrigós Vinhaes, «o paciente foi procurado em mais de uma oportunidade nos dois endereços existentes nos autos, Rua das Ameixeiras, nº 12, bairro do Taboão, e Av. Prestes Maia, 111, Jardim das Nações, porém sem êxito.

Certificaram os oficiais, nas diversas diligências, que não haviam localizado tais números (fls. 160, 187v. e 365v.). Procedeu-se então à citação por edital, com regular afixação do edital no átrio do fórum, devendo-se a não publicação pela imprensa à falta de verba para tal fim, o que não implica em nulidade, como se tem decidido. Foi ainda o impetrante procurado nos estabelecimentos prisionais do Estado, nada se apurando sobre seu paradeiro. É reiterado na jurisprudência que a citação editalícia se legitima com a só afixação do edital, quando o juízo não dispõe de verbas para o custeio de sua publicação na imprensa local.

Esgotados então todos os meios para a localização do réu, restou apenas a citação por edital, recurso perfeitamente válido nessas circunstâncias.

Acolhendo os fundamentos do Parecer de fls. 479/480, nego provimento ao recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 141 — SP — (Reg. nº 89.0008686-3) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal. Recorrente: Valdemar Rodrigues de Santana. Recorrido: Tribunal de Justiça de São Paulo. Paciente: Valdemar Rodrigues de Santana (Réu preso). Advogado: Dr. Manoel da Rocha Miranda Filho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 30-8-89 — 5ª Turma).

Votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator, os Srs. Ministros José Dantas, Flaquer Scartezzini, Costa Lima e Assis Toledo. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 194 — RO

(Registro nº 89.9115-8)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau*

Recorrente: *Nelson Secaf*

Recorrido: *Tribunal de Justiça de Rondônia*

Paciente: *Nelson Secaf*

Advogados: *Drs. Alberto Zacharias Toron e outros*

EMENTA: Processual Penal.

I — Coisa julgada.

Incide a coisa julgada se o paciente, processado criminalmente pelos mesmos fatos delituosos em dois juízos diferentes, em um deles foi absolvido por decisão transitada em julgado.

Uma vez constatada a existência do bis in idem, o trânsito em julgado da decisão absolutória impede não somente o seu reexame (coisa julgada formal) como também a possibilidade de ser instaurado novo processo contra o mesmo réu, pelo mesmo fato, ainda que surjam provas esmagadoras que lhe comprometam a responsabilidade, já que, no Direito Brasileiro, não se admite a revisão pro societate. (Confira-se Tourinho Filho, in «Processo Penal», 4º volume, página 241, 10ª edição, Saraiva).

II — Empate na votação.

Se, por ausência ou impedimento de um dos componentes da Turma, houver empate na votação de habeas corpus ou recurso de habeas corpus, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente (RISTJ, art. 181, § 4º).

III — Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por desempate, conceder o *habeas corpus*, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 10 de outubro de 1989 (data do julgamento).

Ministro CARLOS THIBAU, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Inconformado com o r. aresto denegatório de *habeas corpus* originário da Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, recorre Nelson Secaf, visando à reforma da referida decisão, para que seja reconhecida a ofensa à coisa julgada por fato criminoso semelhante àquele de que fora absolvido, ou decretada a nulidade da sentença condenatória, quer por inobservância ao disposto no art. 384, do CPP, quer pela ausência da individualização das penas cominadas a delitos diversos (fls. 320/343).

Em suas razões, alega o recorrente: — que foi julgado duas vezes, pelo mesmo fato, uma em São Paulo, em que restou absolvido, em sentença transitada em julgado, e outra em Vilhena, Rondônia, onde foi condenado pela prática do crime de tráfico de entorpecentes; que o julgamento ocorrido em São Paulo incluiu expressamente suas atividades em Rondônia, incidindo, assim, a coisa julgada; que a sentença, ao condená-lo pela prática do crime previsto no art. 13 da Lei de Tóxicos, sem observância do disposto no art. 384 do CPP, feriu a garantia constitucional da ampla defesa, em decorrência da condenação por fato novo, não articulado na denúncia; que, apesar de ter sido condenado pela prática de 3 delitos (art. 12, § 1º, inciso I; § 2º, inciso II, e art. 13, da Lei 6.368/76), o juiz sentenciante não individualizou a pena correspondente a cada um dos crimes, mas fixou simplesmente a pena-base de 8 anos de reclusão para todas as infrações.

Parecer da douta SGR, às fls. 357/362, pelo provimento parcial do recurso, para ser excluído da condenação o crime do art. 13 da Lei de Tóxicos, oportunizando-se ao magistrado de 1º grau a individualização das penas correspondentes às infrações restantes.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): O *habeas corpus* foi julgado duas vezes pelo E. Tribunal *a quo*. Na primeira, o pedido não foi conhecido, sob o fundamento de não comportar o remédio aprofundado exame de provas (fls. 151/154). Na segunda, por determinação da Suprema Corte (RHC 66.711-2), a matéria de direito foi examinada e a ordem denegada (fls. 311/318).

Daí o presente recurso ordinário.

Para verificação da ocorrência de ofensa à coisa julgada há necessidade de uma análise comparativa entre a conduta típica atribuída ao paciente no processo julgado em São Paulo e no de Rondônia.

Os fatos estão assim descritos na denúncia oferecida pelo RMP de São Paulo:

«Notícia o incluso inquérito policial, que por volta de 6:00 horas do dia 27 de fevereiro de 1985, no interior de sua residência, situada na Rua Dráusio, 758, Bairro do Butantã, nesta Capital, *Wilfredo Gonzales Ruiz* (fl. 21), foi preso em flagrante, quando ali guardava, para entrega a consumo de terceiras pessoas, 2.545,2 Kg. (dois quilogramas, quinhentos e quarenta e cinco gramas e dois decigramas) de cocaína, substância entorpecente e que determina dependência física e psíquica, o que fazia sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Dita substância o indigitado a mantinha acondicionada em envelopes, distribuídos, por sua vez, em três pacotes, envoltos por papel/jornal, dois dos quais em um criado-mudo, no quarto, ao lado direito da cama, considerando-se a posição de quem nela se sentasse encostado à cabeceira; e um outro, algo semelhante aos dois primeiros, no portalmulas do automóvel «Monza», placa UM-2998-SP, de propriedade do indiciado, que se encontrava estacionado na garagem da casa. A enorme quantidade da droga, assim como os fatos a seguir descritos, são eloqüentes externadores da intenção de traficância.

Noticiam, ainda, os autos, que cerca de dez dias antes, nesta Capital, o indiciado supra deu a *Nelson Secaf* (fl. 139) a importância em dinheiro de Cr\$ 62.000.000,00 para que este adquirisse 20 tambores de 200 litros cada um de éter sulfúrico purificado, matéria-prima destinada à preparação da cocaína, o que este realmente fez. Assim, ambos, psicologicamente vinculados e com identidade de propósitos, adquiriram, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de forma indevida, portanto, de empresa ainda não devidamente esclarecida, aqueles 2.000 litros de éter sulfúrico purificado, de fabricação da Rhodia S/A — Especialidades Químicas, que seriam empregados na transformação de cocaína. De forma igualmente indevida, e assim associados, os indiciados guardaram aquela substância, que se encontrava acondicionada em 20 tambores de cor amarela, na casa ocupada por dois filhos de Nelson, situada na Avenida Lino de Almeida Pires, 682, nesta Capital.

É dos autos, ainda, que no final de janeiro deste ano, por encomenda de *Camilo Rivera Gonzalez* (fl. 141) — Wilfredo efetuou, também, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, indevidamente por isso, transação comercial com a Sociedade Química Rio Indústria e Comércio Ltda., sediada na Cidade de Cruzeiro, neste Estado, na pessoa de seu representante legal, Oliver Mauro Viteli Carvalho, operação que se realizou na residência de Wilfredo, pela qual este, por encomenda de Camilo, adquiriu 20 tambores, de 200 litros cada um, de éter, matéria-prima com a mesma destinação já aludida no parágrafo anterior, pagando, efetivamente, ao senhor Oliver a importância de Cr\$ 72.000.000,00 em dinheiro, consumando-se, aí, a aquisição.

Dos autos em geral, e, em particular, do interrogatório de fls. 6 a 11 e 134 e das declarações de fl. 126, tem-se como certo que em data não precisamente delimitada, mas ocorrida entre meados e fins do ano de 1984, nesta Capital, os três indiciados aqui mencionados se associaram, entre si, para, de forma reiterada e indevida, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar e guardar matéria-prima destinada à preparação de substância entorpecente e que determina dependência física e psíquica, especificamente a cocaína. Na distribuição dos encargos entre os componentes do bando cabia, basicamente a Wilfredo o fornecimento do dinheiro para as operações, assim como providenciar documentação (notas fiscais) para o transporte das matérias-primas. Nelson se encarregava, precipuamente, de fazer pesquisas de mercado, efetuar as compras, e guardar as substâncias até que se lhes desse a destinação. As atribuições de Camilo se concentravam, basicamente, no transporte das matérias-primas, via de regra, para a sua fazenda denominada «Fazenda Guaporé» em Cerejeiras — Rondônia, na Região Amazônica. As matérias-primas mencionadas neste parágrafo são especialmente o éter, o éter sulfúrico purificado, a acetona e o hexano, este último geralmente usado como substituto dos primeiros, por ser mais barato, sendo que todos eles são empregados como solvente orgânico onde se imerge as folhas da coca ou «epadu», com o que estas liberam o alcaloide necessário à produção da cocaína. O vulto da empresa da quadrilha em tal atividade criminosa se denota por dela se haver ocupado, com grande destaque a imprensa falada e escrita nos últimos dias.

Assim, denunciam-se a Vossa Excelência os indiciados supra-incursos todos no art. 14, c.c. art. 12, § 1º, I, ambos da Lei 6.368/76, bem como no art. 12, § 1º, I c.c. art. 18, III (associação) da mesma lei, e Wilfredo, a quem se imputa por duas vezes a segunda tipificação legal, incurso, ainda, no art. 12 *caput* da susodita lei, tudo em concurso material conforme a norma do art. 69 do Código Penal, requerendo instaure-se contra todos eles o devido processo legal, citando-os, interrogando-os, ouvindo-se as testemunhas abaixo arroladas e prosseguindo nos demais atos processuais até final sentença» (fls. 20/23).

A denúncia oferecida em Vilhena narra os fatos da seguinte maneira:

«Dirigidos e organizados pelo denunciado *Camilo* e assessorados pelos advogados *Nelson* e *Jorge Secaf*, estes e os demais denunciados associaram-se em quadrilha ou bando para adquirirem, transportarem e guardarem matéria-prima, mais especificamente éter, acetona e hexano com a finalidade de produzirem, empacotarem e traficarem no País e no exterior além de comercializarem cloridrato de cocaína (cocaína).

2. Tais atividades tiveram início nesta cidade e municípios no segundo semestre de 1984, quando os denunciados *Ocimar* e *Camilo* após tratativas intermediadas pela imobiliária Vilhena, adquiriram de Olimpio Marini a Fazenda Santa Cruz no município de Cerejeiras — RO, através de contrato pela importância de Cr\$ 500.000.000, onde iniciaram naquele local a construção de um laboratório destinado à preparação e obtenção de cocaína e de uma pista de pouso para aviões utilizados no tráfico cuja administração das obras foi entregue ao denunciado *Guy Sidney Vogt*.

A Gerência desta fazenda foi entregue aos denunciados *João Cardenas*, vulgo «paraguaio» e *Delmiro de Tal*. Estes por sua vez eram assessorados pelos denunciados *Nego* e *Amazonense* também conhecido por «Amazonas».

3. Após a aquisição da fazenda aderiu ao grupo o denunciado *Jonas*, vulgo «baianinho», que como motorista recebeu de Camilo e Ocimar as chaves do caminhão Mercedes-Bens 608 pertencente ao grupo, iniciando o transporte de madeira, material de construção e tambores de matéria-prima para a fabricação de cocaína, desta cidade até a fazenda Santa Cruz.

4. No dia 08 de outubro de 1984, Camilo adquiriu nesta cidade do Sr. Antonio Romano Junior o lote urbano nº 13 da quadra 27, setor 2, com a residência situada na avenida Capitão Castro nº 4511 (fls. 40/54, Proc. 208/85) em nome de Jonas Costa de Jesus, através de contrato de compra e venda no valor de Cr\$ 40.000.000, imóvel este que mais tarde entrou na transação de outra fazenda (Nova Zelândia).

5. No dia 16 de novembro de 1984, nesta cidade, Camilo adquiriu de Adolpho Termi Sabião, uma área de terras de 24 ha. denominada «Che Valemi» com diversas benfeitorias e semoventes (fl. 63) em nome de *Glória Sanches Garcia*, amante de Camilo, através do contrato de compra e venda no valor de Cr\$ 350.000.000 com a finalidade de servir de residência do casal, ponto de apoio para a quadrilha e construção de um aeroporto.

6. No mesmo dia, também nesta cidade, adquiriu de José Carlos Pinheiro e Avani Cordeiro Pinheiro os lotes nºs 10 e 11, setor A1, quadra 9 (fl. 64), também em nome de *Glória Sanches Garcia*, através do contrato de compra e venda no valor de Cr\$ 5.000.000 cada lote, pagos no ato.

7. No dia 04 de dezembro de 1984, nesta cidade, com a interveniência de Jonas, o «baianinho», Camilo adquiriu de Ismael dos Santos e sua esposa Iracelli Ribeiro dos Santos, o imóvel rural denominado Fazenda Nova Zelândia, com todos os seus pertences (fls. 71/75) também em nome de *Glória*, através do contrato de compra e venda no valor de Cr\$ 693.000.000 entrando no negócio a casa e terreno que estavam em nome de Jonas.

Neste local Camilo iniciou a construção de outra pista de pouso destinada a servir de ponto de apoio para o tráfico praticado pelo bando mafioso.

Após a ocupação pelo grupo a fazenda serviu de ponto de desembarque e embarque de éter, acetona e hexano trazidos do Estado de São Paulo por vários veículos dirigidos por motoristas entre os quais o denunciado *Antonio Nunes*. O embarque e desembarque sempre era feito à noite em diversas oportunidades sob o comando de Camilo, Alberto, Alvaro e Jonas, ficando os tonéis temporariamente armazenados em um barraco. O transporte para Colorado do Oeste, para o porto de Cabixi e fazenda Santa Cruz, ponto final da operação, era realizado em diversos veículos de propriedade da quadrilha e em aviões utilizados para o mesmo fim e pilotados por Glória e pelos denunciados *Rui Cleber Gomes Braz* e *Frederico Ruiz* como também pela testemunha *Frederico Carlos Escher Neto*, piloto autônomo contratado.

8. No porto de Cabixi, os tonéis eram embarcados na balsa de propriedade dos denunciados *Gabriel Francisco de Carvalho* e *Moacir Santino de Castro* que, auxiliados por «Caira» efetuavam o transporte até a fazenda Santa Cruz

A viagem era acompanhada por um pistoleiro armado membro da quadrilha que guarnecia os tonéis contendo éter e hexano.

A mercadoria era recebida na fazenda pelos denunciados *Amazonas* e *Paraguaio*.

Os denunciados *Gabriel*, *Moacir* e *Caira* efetuaram também o transporte utilizando uma voadeira. A operação durou até o período que antecedeu o carnaval.

9. No início de dezembro, o advogado *Nelson Secaf*, membro do grupo, procurou o escritório *Vocal* nesta cidade para constituir uma empresa da qual fariam parte *Rui Cleber* e *Guy Sidney*.

No dia 13 de dezembro de 1984, assessorados por *Nelson*, foi constituída a firma integrada pelos sócios *Rui Cleber Gomes Braz* e *Jonas Costa de Jesus* sob a denominação de «*Agro Pecuária Guaporé Comércio e Indústria Ltda.*» com sede na *Avenida Marginal*, sem nº, nesta cidade, que não chegou a funcionar para as finalidades propostas (laudo fl. 199) mas que servia como serviu para encobrir e acobertar as atividades ilícitas da quadrilha.

Saliente-se que no parágrafo único da cláusula primeira do contrato social (fl. 106) estava previsto o funcionamento da sociedade até no estrangeiro. A gerência e administração da sociedade foi entregue ao denunciado *Antonio Wei Shu Hwei*, o «china».

No mesmo dia *Nelson Secaf* adquiriu à vista de *Sulmaq* — *Sul Rondoniense de Máquinas e Móveis Ltda.* diversos móveis (fl. 123)

para colocação na Agro Pecuária Guaporé, escritório-sede da quadrilha, bem como comprou da Teleron o telefone prefixo 321-3227 (fl. 102).

No escritório trabalhavam além de «china» os denunciados Jonas, «Garapo» e um tal de José que inclusive faziam pacotes de cocaína em papel laminado próprio para proteção do cloridrato em viagem.

O denunciado Jorge Secaf Neto efetuava naquele local os pagamentos de aluguéis, funcionários, etc. bem como no dia 7 de fevereiro de 1985, recebeu do advogado Urano Freire de Moraes diversos substabelecimentos de procurações (fls. 90/101) para as utilizar segundo as instruções de Camilo do qual era também procurador.

10. No dia 27 de fevereiro de 1985, por volta das 6:30 horas a Polícia Federal através de seus agentes, realizou com auxílio da Polícia Militar de Rondônia operação na Fazenda Nova Zelândia, onde logrou encontrar e apreender três armas e oito tambores plásticos contendo éter e acetona (fl. 11), ali colocados por ordem de «baianinho», Alvaro e «Glorinha», bem como o trator CBT utilizado constantemente, para transporte e reboque dos caminhões que transportavam éter e acetona.

11. Na mesma ocasião e horário na chácara «Che Valemí», nesta cidade, residência de Camilo, outra equipe policial apreendeu notas fiscais e vários documentos que registravam e comprovavam a aquisição de tonéis de acetona e outros produtos, vários veículos utilizados no transporte da matéria prima bem como prendeu em flagrante Glória Sanchez Garcia e Jonas Costa de Jesus, administrador da chácara e motorista.

Mais tarde, no mesmo local, continuando nas buscas, a Polícia Federal apreendeu 29 tambores de 200 l de hexana, pacotes de bandejas em PVC, destinadas ao acondicionamento da cocaína, conforme autos de apreensão de fl. 60 (vide proc. 208/85, fls. 31/34, em apenso) que se encontravam armazenados em um depósito.

12. É certo que os produtos químicos transportados eram utilizados com grande escala na transformação da pasta base de cocaína, que por sua vez remetida ao exterior resultava em grandes lucros para Camilo e sua «gang», que com tal resultado econômico adquiriu com o produto do crime o invejável patrimônio seqüestrado e/ou apreendido, que consta nos autos.

Posto isto, todos os denunciados, estando incursos nas penas do art. 12, § 1º inciso I, § 2º; inciso II c/c o artigo 14 da Lei nº 6.368 de 21-10-76 e com o artigo 69 do Código Penal Brasileiro (concurso material) bem como a causa de aumento do art. 18 da Lei nº 6.368 de

21-10-76; agravado em relação aos denunciados Camilo, Nelson e Jorge Secaf Neto nas penas do art. 62, I, II do Código Penal Brasileiro, requer após o recebimento e autuação desta denúncia, sejam os réus citados para o interrogatório e, enfim para se verem processar até final julgamento, sob pena de revelia, notificando-se as testemunhas para virem depor em juízo, sob as cominações legais» (fls. 190/194).

Embora haja um distanciamento de tempo entre as atividades atribuídas a Nelson Secaf, em São Paulo e Rondônia, parece-me que as duas denúncias narram contra este paciente os mesmos fatos, ou melhor, o mesmo comportamento delituoso, senão vejamos.

Em primeiro lugar, observe-se que a prisão em flagrante de indiciados nos dois processos ocorreu a partir de 27-2-85, em São Paulo e Rondônia, após uma fulminante diligência da Polícia Federal em vários Estados, denominada «Operação Excentric», sendo as duas denúncias oferecidas no mesmo mês de março daquele ano.

Só no Estado de São Paulo foram instauradas, em razão dessa operação, diversas ações penais contra a mesma quadrilha de traficantes, havendo o MM. Juiz da 25ª Vara Criminal da Comarca da Capital avocado todos esses processos, por entender prorrogada sua competência em razão da prevenção, assinalando:

«*in casu*, embora os diversos réus tenham sido detidos em lugares diversos, o fato delituoso é o mesmo, estando as condutas entrelaçadas por um nexó que aconselha a junção de processos, propiciando-se uma perfeita visão do quadro de todos os fatos» (fl. 48).

O E. Tribunal de Justiça de São Paulo, a propósito, no julgamento da apelação também concordou em que:

«Os fatos apurados nos diversos processos estão intimamente relacionados e caracterizariam, examinados conjuntamente, uma só atuação delituosa, com envolvimento direto de todos os acusados, permitindo, em tese, o levantamento do vínculo associativo entre eles.

Havendo inviduosa conexão probatória entre todos os processos, não se pode nem mesmo entender os motivos que levaram a polícia a instaurar diferentes inquéritos, o que se deu talvez em decorrência de as prisões dos implicados haverem sido cumpridas em locais e momentos separados, no tempo e no espaço» (fls. 95/96).

A despeito de haver o MM. Juiz de Vilhena repellido a preliminar de litispendência dos dois processos, argüida pela defesa, parece-me que o paciente, nos dois juízos de primeira instância, foi condenado pelo mesmo comportamento delituoso, salvo em relação à compra do éter sulfúrico, em São Paulo, de que foi absolvido em segunda instância.

É ler-se, na sentença condenatória do MM. Juiz de São Paulo:

«Os elementos de prova dos autos, inclusive dos processos apensados, permitem concluir que o referido réu era um dos associados de Wilfredo no empreendimento.

Assim é que, na fase policial, disse do seu relacionamento com diversos estrangeiros, muitos envolvidos com tóxicos, embora procurando dizer que foram prestados serviços profissionais, como advogado que é, tendo, inclusive, tratado de uma transação envolvendo uma fazenda de Camilo, exatamente o imóvel em Rondônia, para onde eram levadas as substâncias químicas necessárias para a fabricação da cocaína.

Esclareceu, ainda, que não conhecia Willy, que é o outro nome usado por Wilfredo e, mesmo assim, embora advogado, «aluga» ao mesmo um imóvel de sua propriedade, sem contrato escrito.

Contudo, está evidente que ambos tinham um relacionamento mais estrito, inclusive com um freqüentando a casa do outro, e que o imóvel no bairro do Jabaquara foi cedido por Nelson a Wilfredo, eis que agiam de comum acordo e eram associados (cf. fls. 286/290).

O relato judicial de Nelson é conflitante com o de Wilfredo (Cf. fls. 434/436 e 437/438), cada qual procurando arrear a própria responsabilidade deixando o outro arcar com as conseqüências, mas, o denunciado não conseguiu demonstrar a sua inocência, que não é tão cristalina como pretende acreditar.

Realmente, disse que atendeu ao pedido de Camilo e foi examinar documentação em Rondônia, viajando com a própria esposa, tudo mostrando que havia um certo relacionamento entre os dois, e com Wilfredo.

(...)

imóvel de sua propriedade, onde residiam seus filhos, um deles que é inclusive policial, além de terem apreendido, em outro local, outros tambores com outra substância, prontos para serem transportados para uma fazenda de propriedade de Camilo, exatamente a fazenda que Nelson foi «examinar a documentação»...

O acusado negou a propriedade desse produto, imputando a posse a Wilfredo, que teria locado o imóvel, enquanto que Wilfredo igualmente negou a posse, a propriedade, até a locação...

Não houve qualquer negativa, contudo, sobre a apreensão dos tambores contendo éter na residência em questão, detalhe que é importante, pois é sabido que a substância química é uma das utilizadas para a transformação das folhas de «coca» ou «epadu» em cocaína...

E, se o material não era de Wilfredo, de Nelson, dos filhos da vítima, o que estaria fazendo na casa de propriedade de Nelson, colocado em local visível aos moradores, nos fundos da residência, junto à edícula?

Caberia a Nelson demonstrar que não tinha qualquer relacionamento com o material apreendido, e tal prova não foi feita não bastando o depoimento de sua empregada doméstica para ilidir a sua responsabilidade, pois não iria Wilfredo participar diretamente do transporte dos tambores, quando, a seu serviço, tinha diversos empregados.

Aliás, a respeito, sintomáticos os depoimentos dos serviços de ambos os denunciados, demonstrando uma estreita relação com os respectivos patrões, que são estimados, com autênticos «capos mafiosos»...

A prova testemunhal coletada relata que havia entre Nelson e Wilfredo um relacionamento, não exclusivamente profissional (cf. fls. 519/529), fornecendo indícios suficientes de que Nelson estava associado com Wilfredo e com Camilo, cabendo-lhe dar base legal às atividades criminosas, principalmente orientação para aplicação do numerário obtido criminosamente, além de fazer pesquisas de mercado, efetuar compras e guardar substâncias adquiridas, necessárias e imprescindíveis para a preparação da cocaína.

Neste sentido as apreensões realizadas, os laudos periciais e os depoimentos colhidos na fase inquisitorial, que estão corroboradas pela prova testemunhal coletada durante o contraditório, provas essas que fornecem indícios suficientes para o enquadramento penal do denunciado, não havendo quaisquer dúvida que estava associado com Wilfredo, Camilo e outros, com a finalidade de praticarem o delito previsto no artigo 12 da Lei nº 6.368/76.

Assim, a caracterização do crime do artigo 14 da Lei especial se satisfaz com o simples fato de associação de duas ou mais pessoas, constituindo um sodalício criminoso, com o fim de cometer delito previsto na Lei Antitóxicos, bastando, para tanto, a intenção de agir independentemente da prática criminosa.

Mas, na hipótese dos autos, até a prática criminosa ficou patenteada, assim como a habitualidade, pois na residência de Nelson foram encontradas substâncias químicas destinadas ao refino da cocaína, e, na casa de Wilfredo, o produto final...

Por outro lado fica arredada a figura delituosa descrita no artigo 12, § 1º, inciso I, da Lei Antitóxicos, porque o material apreendido não é matéria-prima, mas, sim, material necessário e imprescindível para a preparação e transformação, e produção de cocaína, tipificando-se o delito descrito no artigo 13 da mesma Lei, como ficou anteriormente demonstrado.

Fica igualmente arredada, para ambos os denunciados, a imputação prevista no artigo 18 da Lei Antitóxicos, porque já incidente a norma do artigo 14 da mesma Lei» (fls. 58/62).

Assim é que, embora denunciado em São Paulo pelos delitos dos arts. 12, § 1º, I, 14 e 18, da Lei de Tóxicos, o paciente foi condenado pelos arts. 13 e 14, em concurso material.

Ao apreciar a apelação, a Corte Estadual resolveu absolvê-lo, não sem deixar de considerar regular a classificação empregada pelo MM. Juiz, *in verbis*:

«Entendem, da mesma forma, não ocorrer nulidade na parte da classificação dada na sentença aos fatos delituosos, ou seja, não tendo sido Wilfredo e Nélon denunciados nas penas do art. 13, mas do art. 12, § 1º, nº I, da Lei nº 6.368/76, acabaram condenados naquelas, o que teria constituído surpresa, desatendida a determinação do art. 384, do Código de Processo Penal. É que não se pode perder de vista que o delito do art. 13, aludido, está integralmente descrito na denúncia e a classificação adotada não representou surpresa ou ilegalidade, a recomendar a anulação do feito, sabendo-se como se sabe, que o réu não se defende da classificação final datilografada na denúncia, mas de sua narrativa fática. Em tais casos, pode o julgador, desde que haja a descrição mencionada, o que significa imputação válida, dar a final a definição que lhe parecer adequada.

A matéria perde, todavia, todo seu interesse na espécie, porque, como se vai verificar mais adiante, os réus serão absolvidos dessa acusação, por absoluta inadequação da figura típica.

Por essa mesma razão, inadmitem, ainda, a preliminar de ofensa ao princípio da isonomia de tratamento entre os réus, proposta na apelação de Nélon Secaf.

Afastadas, portanto, as preliminares, passam ao exame do mérito.

Colhe-se dos autos, efetivamente, sem a menor sombra de dúvidas, que, no transcurso de ruidosa operação, agentes da Polícia Federal foram surpreender o ora apelante Wilfredo Gonzalez Ruiz no interior da sua mansão, no Bairro do Butantã, nesta Capital, tendo, no interior de seu quarto, dentro de um criado-mudo ou de uma cômoda, e no porta-luvas do carro de seu uso, um «Monza», pacotes contendo total de 2.542,2 gramas de cocaína, que evidentemente se destinava ao comércio.

Prosseguindo-se nas investigações e diligências, conseguir-se-ia, sem demora, prender os demais réus: o antigo advogado Nélon Secaf e seus dois filhos Nélon Secaf Junior e Eduardo Secaf, sob fortes suspeitas de comprometimento com Wilfredo, cujos interesses eram advogados pelo primeiro, considerado seu amigo, e porque

em local de casa de sua propriedade, em que moravam seus filhos, havia vinte tambores contendo éter sulfúrico, e o motorista Afonso Pedro da Silva, quando se preparava para transportar para uma fazenda, em Rondônia, por ordem de Wilfredo e de Camilo Rivera, vinte e um tambores de «H-Hexano», substâncias essas destinadas à fabricação de cocaína.

A esse respeito, a prova é cristalina, pesem embora os muitos protestos de inocência dos acusados, valendo lembrar-se que Nélson Secaf Júnior e Eduardo Secaf foram absolvidos por inexistência de provas de sua vinculação com a quadrilha, encontrando ressonância seus muitos protestos de inocência. A apelação Ministerial, dessarte, no atinente a eles, é improvida.

Não há motivo algum para duvidar-se, como se acenou na apelação de Wilfredo, da veracidade do encontro daquelas porções de cocaína em sua residência. É exato que ele, já no auto de sua prisão em flagrante, disse ficara surpreso diante daquelas apreensões, procurando fazer crer que de nada sabia. Mas, em sua tranqüila versão, em que não foi confesso, em demonstração inequívoca de que não sofreu castigos físicos ou constrangimentos ilegais, aceitou que comprara para Camilo Rivera cento e vinte tambores de éter da Gamaquímica e que, poucos dias antes, fornecera sessenta e dois milhões de cruzeiros a Nélson Secaf para aquisição de mais vinte tambores, para revenda a quem se interessasse e que deveriam ser os mesmos apreendidos na casa em que moravam os filhos desse comprador e co-réu.

Nélson Secaf, por seu lado, cuidou toda vez aparecer como advogado e pessoa de confiança de Wilfredo, negando, no entanto, atuação com ânimo associativo ou mesmo ocasional para fabricação ou venda de tóxicos. Procurou, enfim, mostrar-se como inocente, não passando sua colaboração de prestação de serviços profissionais, embora desempenhando funções relevantes no exame de documentação de negócios de Camilo Rivera e de Wilfredo ou a percepção de grandes somas em dinheiro, homem de irrestrita confiança que era de seus constituintes.

Nele crendo a maioria, sua apelação é provida, para conceder-se-lhe a absolvição, vencido o relator que a acolhia parcialmente, para reduzir a pena a três (3) anos e seis (6) meses de reclusão e cem (100) dias-multa, à razão de Cr\$ 250. É que, não obstante alguns indícios que o incriminam, entenderam que não poderia ser considerado sócio de Wilfredo, na fabricação do tóxico, a despeito de a locação de sua casa a este afigurar-se gesto precipitado ou mesmo imprudente. Por isso já pagou, sofrendo as agruras do processo e ficando preso durante um bom tempo. Sua participação na sociedade criminosa é possível e até mesmo provável, mas não resultou

cumpridamente demonstrada, impondo-se nesse ponto, o reconhecimento do *non lique*.

No mais, a matéria de mérito foi larga e acertadamente considerada no parecer da douta Procuradoria da Justiça, adotado, em quase todos os seus tópicos, no presente acórdão, também na parte em que se sugere a absolvição de Wilfredo e de Nélon das acusações de ofensa ao art. 13, da Lei nº 6.368/76. Se indubitoso que o éter e o H-Hexano se destinavam à fabricação de cocaína, o fato não se enquadra na letra do mesmo dispositivo, que não pode sofrer interpretação ampliativa, parecendo que houve, no caso, cochilo do legislador. É que, na verdade, ditas substâncias não podem erigir-se em matérias-primas para aquele fim. Vale, nesse ponto, transcrever-se a lição de Vicente Greco Filho do teor adiante: «Matéria-prima é a substância de que podem ser extraídos ou produzidos os entorpecentes ou drogas que causem dependência física ou psíquica. Não há necessidade que as matérias-primas tenham já de per si os efeitos farmacológicos dos tóxicos a serem produzidos, basta que tenham as condições e qualidades químicas necessárias para, mediante transformação, adição, etc., resultarem em entorpecentes ou drogas análogas («Tóxicos», pág. 87).» (Fls. 97/100).

Como se verifica, independentemente do enquadramento penal dado pelo MM. Juiz de Rondônia, na sentença, a divergência básica nas imputações dirigidas ao paciente consiste apenas em que, no processo de São Paulo, ele foi acusado de receber de Wilfredo Gonzales Ruiz certa importância em dinheiro para comprar tambores de éter sulfúrico purificado, o que teria feito, guardando esse produto químico em sua residência.

Quanto aos demais fatos que lhe são atribuídos há identidade de condutas, embora descritas de modo diverso nas duas denúncias, e que o Tribunal de Justiça de São Paulo, como se viu, cuidou de afastar em seu acórdão. A acusação nuclear feita ao paciente nos dois processos foi a de se associar a quadrilha de traficantes de entorpecentes.

Assim é que, se no libelo de São Paulo, o Ministério Público atribuiu ao paciente a incumbência precípua de:

«... fazer pesquisas de mercado, efetuar as compras e guardar as substâncias até que se lhes desse destinação».

Em Rondônia, foi-lhe imputada a assessoria do grupo e a aquisição de:

«... diversos móveis (fl. 123) para colocação na Agro Pecuária Guaporé, escritório sede da quadrilha...»,

bem como a compra de um telefone.

Por isso é que o MM. Juiz de Vilhena resumiu a conduta típica do paciente da seguinte maneira:

«Nélon Secaf, sob o pretexto de dar assessoria jurídica aos negócios de Camilo Rivera engajou-se acirradamente às atividades li-

gadas ao delito, participando decisivamente, em concurso de pessoas com Camilo na preparação da infra-estrutura que visava estabilizar o império da droga na Amazônia. Tanto é assim que, inclusive, adquiriu telefone em seu próprio nome (fl. 96, autos nº 208/85) para instalação na «Empresa Agro Pecuária Guaporé», como ele próprio reconhece, inclusive em suas alegações finais de fls. 1984/1986.» (fls. 120/121).

Ora, sendo o delito de quadrilha ou bando um delito permanente, constituindo, como assinala Carrara («Programa», § 3.039, notas), uma agressão permanente contra a sociedade, no tocante à extensão objetiva da coisa julgada, esta incide sobre um só «estado delituoso que persiste e cujo momento consumativo se protraí no tempo» (Frederico Marques, «Elementos de Direito Processual Penal», volume III, Forense, página 86).

E mesmo sob o ângulo do concurso aparente de normas que o acórdão do TJ de São Paulo sugere, não é demasiado lembrar o ensinamento de Frederico Marques no sentido de que:

«... a sentença condenatória ou de absolvição impede nova ação penal, mesmo que a imputação tenha sido examinada exclusivamente sob o ângulo de apenas uma dessas normas». (obra citada pág. 85).

Para concluir, tenho por existente o *bis in idem* e trago à colação, por oportuna, a lição de Tourinho Filho de que:

«Na esfera penal, se a sentença foi absolutória, o trânsito em julgado impede não só o seu reexame (coisa julgada formal) como também a possibilidade de ser instaurado novo processo contra o mesmo réu, pelo mesmo fato, ainda que surjam provas esmagadoras que lhe comprometam a responsabilidade. É que, no Direito Brasileiro, não se admite a revisão *pro societate*». (in «Processo Penal», 4º volume, página 241, 10ª edição, Editora Saraiva).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para reformar a decisão recorrida e conceder o *habeas corpus*, anulando a sentença condenatória em relação ao paciente Nelson Secaf, que absolvo.

É como voto.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE: Pedi vista dos autos para melhor examinar o fundamento de ofensa à coisa julgada.

A exemplo do que fez o eminente Relator, procedi ao cotejo das denúncias apresentadas contra o paciente, concluindo, igualmente, que ambas atribuíram ao paciente a mesma conduta delituosa.

Assim sendo, acompanho Sua Excelência, concedendo a ordem.

VOTO VISTA

O EXMO SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Lembro que, ao julgar o HC, o egrégio Tribunal de Justiça de Rondônia o indeferiu, por entender que a pretensão não poderia ser apreciada pela via escolhida, dado que demandaria profundo exame da prova.

Contudo, o colendo Supremo Tribunal Federal, examinando o recurso, então interposto, conclui que, de relação à ausência de justa causa para a ação penal, correta se apresentava a decisão recorrida, mas, no que tange aos demais fundamentos da impetração, por envolverem questões de direito, possível se apresentava o desate em *habeas corpus*.

Traçou, então, a Excelsa Corte, parâmetro para que o Tribunal de origem examinasse as questões de direito argüidas, da seguinte maneira:

a) Quanto à alegação de ofensa à coisa julgada, mediante a averiguação da identidade dos fatos julgados em São Paulo e aqueles deduzidos na ação penal que teve curso em Rondônia, mediante a análise dos fatos, «sem importar como se teriam passado realmente».

b) De relação a *mutatio libelli*, não envolvendo reexame da prova, cabe decidir no *habeas corpus*

c) E a falta de individuação da pena, em relação a cada uma das infrações penais definidas na sentença, não excede as lindes da via escolhida.

O Tribunal de origem, apreciando essas questões, as afastou, para negar a ordem.

Daí o presente recurso, para este Superior Tribunal de Justiça.

O eminente Relator, Sr. Ministro Carlos Thibau, reconhece a existência de coisa julgada, a impedir o desenvolvimento válido do processo que se busca anular, por entender que os fatos que motivaram a ação penal julgada em São Paulo e os descritos na denúncia oferecida em Rondônia constituem uma só e mesma ação delituosa.

Acompanhado pelo Sr. Ministro Costa Leite, pedi vista para que pudesse proferir o meu voto, de sorte a prosseguir o julgamento, o que agora faço.

Seguindo o roteiro traçado pelo acórdão do Supremo Tribunal Federal, examino, por partes, as alegações dos fundamentos do recurso.

Coisa julgada — A denúncia oferecida em São Paulo acusa o recorrente, Nelson Secaf, da prática dos delitos dos artigos 12, § 1º, I, e 14 combinados com o art. 18 III, da Lei 6.368, de outubro de 1976 e os fatos, em relação ao mesmo, são assim resumidos:

a) Nelson Secaf, o recorrente, recebeu de Wilfredo Gonzales Ruiz a importância em dinheiro de sessenta e dois mil cruzeiros, para a aquisição de 20 tambores, de 200 litros cada um, de éter sulfú-

rico purificado. Comprada essa matéria-prima para o preparo de cocaína, Nelson a mantinha em depósito em casa que era ocupada por dois filhos seus, na Av. Lino de Almeida Pires, em São Paulo, Capital, onde foram apreendidos em 27 de fevereiro de 1985.

b) Em data não precisa, mas verificada «entre meados e fins do ano de 1984, ainda na Capital de São Paulo, os dois acima mencionados e mais Camilo Rivera Gonzales se associaram, para a aquisição de matéria-prima destinada à preparação de substância entorpecente, especificamente a cocaína. E descreve a cota de participação de cada um nesse negócio, situando a de Néelson, o recorrente, em «fazer pesquisas de mercado, efetuar as compras e guardar as substâncias até que se lhes desse a destinação».

Já a denúncia que deu início à ação penal em Rondônia, na Comarca de Vilhena, acusa Néelson Secaf pela prática dos delitos dos arts. 12, § 1º, I, e § 2º, II, e 14 da Lei nº 6.368/76 e os fatos, em relação ao mesmo, são resumidos como se segue:

a) Dirigidos por Camilo Rivera Gonzales, com a assessoria de Néelson Secaf, reuniram-se os mesmos com mais 18 participantes, em quadrilha, para a aquisição de matéria-prima, mais especificamente, éter, acetona e hexano, «com a finalidade de produzirem, empacotarem e traficarem no País e no exterior, além de comercializarem cloridrato de cocaína».

b) Após narração dos atos preparatórios de aquisição de uma fazenda, de constituição de uma empresa e sua instalação em Vilhena, com a participação do recorrente no exame de documentação e de preparo dos atos constitutivos da mesma empresa, narra que, no dia 27 de fevereiro de 1985, foram apreendidos 8 tambores de 50 litros cada um de éter sulfúrico, dois ditos de igual capacidade de acetona na Fazenda Guaporé, de propriedade de Camilo, enquanto que na chácara «Chez Valini» em Vilhena, se apreendiam 29 tambores de 200 litros cada, de hexano e documentos relacionados com as aquisições, além de pacotes de bandejas em PVC, destinadas ao acondicionamento da cocaína».

Vê-se daí que os fatos não são rigorosamente os mesmos, senão apresentando-se independentes, ao menos em relação aos produtos apreendidos, ainda que se possa afirmar que a quadrilha seria a mesma de que cuida o processo já julgado em São Paulo, apenas com um número significativamente maior de participantes, pois enquanto em Rondônia são vinte os denunciados, em São Paulo, apenas dois deles se teriam associado com Wilfredo Ruiz, que não está na descoberta em Vilhena, o que perde relevância, visto que, tanto em um quanto no outro processo, foi desconsiderado o delito do art. 14 da Lei de Tóxicos.

Mas, os fatos informativos do tipo do art. 12, § 1º, I, da lei indicada se apresentam autônomos e diferentes entre si, seja pela divergência de qua-

lidade e quantidade verificadas entre as matérias-primas apreendidas, seja pelo local em que se encontravam depositadas.

Poder-se-ia dizer da existência da conexão probatória, visto como seria possível a influência da prova de uma na da outra ação, a aconselhar a reunião dos processos, para um só julgamento.

Mas, com os elementos contidos nos autos deste *habeas corpus*, nem isto se apresenta possível afirmar com certeza, o que somente poderia ser alcançado mediante profundo exame da prova, a indicar a ocorrência da situação prevista no item III do art. 76 do Código de Processo Penal.

Assim, decidida a questão competencial, no sentido da inexistência da conexão, quando regularmente posta no processo, não seria aqui apropriado o reconhecimento de conexão probatória e, menos, de invalidade do processo ainda não definitivamente julgado.

Argumenta o recorrente com a unicidade da ação desenvolvida, ora dizendo do caráter progressivo dos delitos de tóxicos, com apoio em jurisprudência que cita, ora que se verificaria a ocorrência de continuidade delitiva, a ensejar o reconhecimento da existência de coisa julgada, impeditiva do reexame em outro, daquilo que já fora decidido no primeiro processo.

Mas, não se trata de crime progressivo, os revelados pelas ações em causa, porquanto o conceito que nos vem de Nelson Hungria é de que o crime progressivo

«...ocorre quando, da conduta inicial que realiza um tipo de crime, o agente passa a ulterior atividade, realizando outro tipo de crime, de que aquele é elemento constitutivo (reconhecida a unidade jurídica, segundo a regra do *ubi mejor, minor cessat*)» (Comentários-For-Vol I-pág. 222).

Aqui, não há como afirmar que a ação anterior, do mesmo tipo de crime revelado pela ulterior, seja elemento constitutivo deste, a indicar a inexistência de unicidade do delito.

E para se afirmar da existência de continuidade delitiva, de modo a se ter, segundo as «condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes», a que se refere o art. 71 do Código Penal, duas objeções se apresentam suficientes à rejeição da possibilidade de se reconhecer a existência da coisa julgada: a) a primeira, porque para se dizer da ocorrência de continuidade delitiva entre as ações aqui noticiadas necessário seria descer a profundo exame da prova sobre as aludidas condições legais, o que seria fugir aos parâmetros fixados pelo acórdão do Supremo Tribunal Federal, como vimos a princípio; b) a segunda objeção seria, vencida que pudesse ser a primeira, a de que reconhecida a continuidade, o julgamento de uma ação delituosa, não implica em julgamento das ações antecedentes não postas ou das subseqüentes desconhecidas do julgador.

A propósito, A. J. da Costa e Silva já advertia, para o problema: ao cuidar de crime continuado, para remeter ao direito processual a solução:

«Interessante a controvérsia relativa à eficácia da coisa julgada sobre os crimes, só posteriormente descobertos, praticados antes. Mas o assunto pertence mais ao domínio do direito processual». (Código Penal — Vol. 1 — pág. 307).

2º O Código de Processo Penal, a respeito, contempla, em seu art. 110, §

«Art. 110.»

§ 2º A exceção de coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto da sentença».

Espíndola Filho observa:

«Mas, para que se possa falar em caso julgado pela sentença definitiva, anteriormente proferida em outro processo, é preciso que, nos termos do art. 110, § 2º, do Código de Processo Penal, o processo, que se intenta invalidar, verse sobre o mesmo fato, que constitui objeto principal de tal sentença». (Cód. de Proc. Penal Bras. Anotado, Vol. II — pág. 262).

Sem que haja identidade entre a causa de pedir em ambos os processos, possível não se apresenta o reconhecimento de coisa julgada. E aqui não se vislumbra essa identidade, posto que os fatos que informam as ações denunciadas como criminosas se apresentam diferentes, como vimos.

Teríamos, ao exame desses fatos diversos, para reconhecer coisa julgada, de ir a limites não autorizados pela lei processual, ou seja, ultrapassar o que fora objeto do julgamento em São Paulo, para estender sua eficácia a objeto distinto, que não foi posto perante o respectivo julgador.

Com tais considerações, peço vênha para divergir dos votos já proferidos e rejeitar a argüição de ofensa à coisa julgada.

Mutatio Libelli — A sentença, ao decidir por ver configurado o delito do art. 13 da Lei nº 6.368/76, que não foi contemplado na denúncia, ainda que implicitamente, efetivamente mudou o libelo, sem adotar a providência recomendada no art. 384, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

A denúncia descreve a apreensão de matéria-prima, para a produção de cocaína, segundo o conceito mais abrangente, adotado pela doutrina e pela jurisprudência e a sentença, ao condenar o recorrente pela prática do delito do art. 12, § 1º, I, da lei específica, admitiu plenamente a acusação.

Embora noticiada nos autos a existência de objetos que seriam utilizados no preparo da droga, tais as bandejas de PVC e mesmo material de embalagem, que até poderia ensejar nova definição jurídica ao fato, não poderia a sentença considerar a circunstância como aperfeiçoando o tipo do art. 13, sem que baixasse o processo para aditamento da denúncia, com abertura, se efetivado o mesmo aditamento, à defesa, segundo a regra processual acima indicada.

Como assim não fez, tenho que deva ser acolhido o fundamento correspondente da impetração, para se ter por nula a sentença, de modo a que outra seja proferida, com respeito à acusação.

Individualização da pena — aqui também tem razão o recorrente, porquanto não há como admitir a aplicação, englobadamente, de pena-base, em relação a todos os delitos da denúncia, pois que se há de exigir que a sentença considere cada uma das acusações, dizendo a quantidade de pena aplicada em função de cada um dos delitos reconhecidos como praticados, com a respectiva fundamentação, para, em operação posterior, encontrar o total da condenação.

Isto posto, meu voto é no sentido de dar parcial provimento ao recurso, para conceder, em parte, a ordem de *habeas corpus*, anulando a sentença, para que outra seja proferida, tendo presente os termos da acusação originária ou, eventualmente, o aditamento da denúncia que vier a ser feito, individualizando a pena aplicada em razão de cada um dos delitos reconhecidos, com a devida fundamentação.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 194 — RO — (Reg. nº 89.9115-8) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau. Recorrente: Néelson Secaf. Recorrido: Tribunal de Justiça de Rondônia. Paciente: Néelson Secaf. Advs.: Drs. Alberto Zacharias Toron e outros.

Decisão: A Turma, «após os votos dos Srs. Ministros Relator e Costa Leite concedendo o «*habeas corpus*», o Sr. Ministro Dias Trindade concedeu parcialmente a ordem, tendo sido acompanhado pelo Sr. Ministro Anselmo Santiago. Em razão do empate, foi aplicada a regra estabelecida no § 4º, do art. 181, do Regimento Interno, pela qual prevaleceu a decisão mais favorável ao paciente, conforme os votos dos Srs. Ministros Relator e Costa Leite» (10-10-89).

Não participou do julgamento o Sr. Ministro William Patterson. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS THIBAU.



RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 201 — RJ

(Registro nº 89.9266-9)

Relator: O Exmo. Sr. Ministro Flaquer Scartezzini

Requerente: Roberto Palheiro

Requerido: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Paciente: Roberto Palheiro

Advogado: Nilo Cesar Martins Pompílio da Hora

EMENTA: Habeas Corpus. Excesso de prazo.

Havendo cumprimento rigoroso dos prazos processuais e se a morosidade no andamento do feito se deu exclusivamente por culpa da defesa dos acusados que não se pronunciou na data aprazada, tal retardamento não pode ser aproveitado em seu próprio benefício.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 4 de setembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: O Dr. Nilo César Martins Pompílio da Hora impetrou, perante o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ordem de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, em favor de Roberto Palheiro, alegando estar o ora paciente sofrendo constrangimento ilegal por excesso de prazo injustificado na formação da culpa no processo a que responde perante o Juízo da 1ª Vara Criminal de Jacarepaguá-RJ, por crime de seqüestro e dois homicídios qualificados, sendo um consumado e outro tentado.

Após as informações do Dr. Juiz à fls. 21/22 e parecer da ilustrada Procuradoria de Justiça às fl. 32/32v, pela denegação da ordem, a Colenda Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça-RJ indeferiu o pedido, sob o entendimento de que os prazos fixados em lei para encerramento de prova acusatória não são fatais, e, na hipótese, diante da falta de maiores esclarecimentos e do anúncio de que a próxima audiência se realizará dentro de poucos dias, não há evidência de constrangimento ilegal por excesso de prazo (fls. 34/35).

Inconformado recorreu a defesa, aduzindo, em síntese, que o atraso demonstrado não contou com qualquer parcela de contribuição do paciente sendo de inteira responsabilidade do juízo de primeiro grau, razão por que insiste na concessão da ordem (fls. 40/44).

Nesta superior instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República assevera que face o dia designado para realização da prova de defesa, 13 de julho, se algum retardamento vinha sofrendo o feito, trata-se, agora, de si-

tuação superada, devendo, inclusive, haver sido encerrado, com a prolação da respectiva sentença. Todavia em se tratando de processo com elevado número de acusados, justificável se apresenta o possível atraso que tenha sofrido na sua tramitação (fl. 56).

Retornando os autos a esta Eg. Corte, solicitei, via telex, informações ao MM. Juízo da 1ª Vara Criminal de Jacarepaguá-RJ, sobre a fase em que se encontra o feito atualmente (fl. 55).

O MM. Juízo *a quo*, informou às fls. 57/58, que as defesas dos réus, inclusive a do paciente, até a presente data não apresentaram seu arrazoado final, pelo que, se ocorre eventual atraso, este só pode ser atribuído à própria negligência do paciente, por seus patronos.

Relatei.

VOTO

EMENTA: *Habeas Corpus*. Excesso de prazo

Havendo cumprimento rigoroso dos prazos processuais e se a morosidade no andamento do feito se deu exclusivamente por culpa da defesa dos acusados que não se pronunciou na data apazada, tal retardamento não pode ser aproveitado em seu próprio benefício.

Recurso improvido.

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Sr. Presidente, no presente recurso de *habeas corpus* impetrado em favor de Roberto Palheiro, se aduz, como escopo, para o provimento do recurso, excesso de prazo injustificado na formação da culpa.

Para não haver qualquer prejuízo às partes, solicitei, via telex, informações complementares ao MM. Juiz que presidiu o feito vindo às mesmas no sentido de que, se atraso houve, deve-se este exclusivamente à própria negligência do paciente.

Com efeito, a resposta ao telex enviado é datada de 22 de agosto do corrente ano e afirmam que o MP já ofereceu alegações finais em julho próximo passado, encontrando-se o processo com vista à defesa, que até a data das informações não se tinha pronunciado.

Se a irregularidade, porventura existente, foi provocada por culpa do recorrente, não pode aproveitar-se dela para beneficiar-se; logo, com essas considerações, nego provimento ao recurso ora impetrado.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 201 — RJ — (Reg. nº 89.9266-9) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Recte.: Roberto Palheiro. Recdo.: Tribunal de Jus-

tiça do Rio de Janeiro. Pacte.: Roberto Palheiro. Adv.: Nilo Cesar Martins Pompílio da Hora.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (5ª Turma, 4-9-89).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Costa Lima, Assis Toledo e José Dantas. Ausente o Sr. Ministro Edson Vidigal. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.



RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 232 — SC
(Registro nº 89.0009660-5)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*

Recorrente: *Leoberto Baggio Caon*

Recorrido: *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*

Paciente: *Ivo Carminatti*

EMENTA: Habeas Corpus. Delegado de Partido Político. Crime previsto no código penal. Arguição de inépcia da inicial, incompetência da Justiça comum e foro privilegiado inexistentes.

Invasão de domicílio e ofensa à integridade corporal de outrem, são delitos tipicamente penais (arts. 150 e 129, CP), não havendo como se fixar a competência da Justiça Eleitoral pelo fato de terem sido praticados por Delegado de Partido Político em dia de eleições.

Não é inepta a denúncia que, embora sucinta, contém quantum satis, elementos propiciadores à ampla defesa e a um juízo de valor.

Inexiste preceito constitucional e norma do estatuto da OAB que conceda foro privilegiado a advogado.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de setembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Trata-se de recurso de *habeas corpus* interposto ao v. acórdão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que denegou a ordem originariamente impetrada em favor de Ivo Carminatti, que está sendo processado juntamente com outros dois acusados, por infração aos artigos 129, 150 e 29, todos do C. Penal, porque, *verbis*:

«No dia 15 de novembro de 1988, por volta das 19:00 horas, os três denunciados, sob a alegação de serem fiscais do PMDB, invadiram, com violência e contra a vontade expressa do proprietário, a residência da Sra. Idalina Silvestre Barato, para se apropriarem de diversos impressos da campanha eleitoral de seu filho.

A vítima, ao tentar impedir aquela atuação, foi agredida por Osvaldo Hulse Neto, causando-lhe ferimentos e luxação em sua mão direita, fato comprovado pelo médico Dr. Antônio Carlos Althoff.

Frise-se ainda que José Paulo Goulart segurou o guarda particular da residência, para que este não impedisse aquela invasão e a agressão» (exordial acusatória de fls. 22/23).

Alegam os recorrentes que a denúncia é inepta; que o Juízo da 1ª Vara Criminal de Criciúma é incompetente para o processamento e julgamento de feito, por tratar-se de processo afeto à Justiça Eleitoral; e que o paciente possui foro especial, em razão do estabelecido no art. 133, da nova Carta Magna, eis que se delíto algum praticou, foi no exercício da profissão.

Objetivam, também, o trancamento da ação penal ou a exclusão do paciente da relação processual.

Nesta Superior Instância, os autos mereceram parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República no sentido do improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: *Habeas Corpus*. Delegado de partido político. Crime previsto no Código Penal. Arguição de inépcia da inicial, incompetência da Justiça comum e foro privilegiado in-existent.

Invasão de domicílio e ofensa à integridade corporal de outrem são delitos tipicamente penais (arts. 150 e 129, CP),

não havendo como se fixar a competência da Justiça Eleitoral pelo fato de terem sido praticados por Delegado de Partido Político em dia de eleições.

Não é inepta a denúncia que, embora sucinta, contém, *quantum satis*, elementos propiciadores à ampla defesa e a um juízo de valor.

Inexiste preceito constitucional e norma do estatuto da OAB que conceda foro privilegiado a advogado.

Recurso improvido.

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI (Relator): Sr. Presidente, pesa sobre o paciente crime de invasão de domicílio e ofensa à integridade corporal de outrem, praticados em co-autoria (arts. 150 e 129, c/c 29 do CP).

Os fundamentos trazidos como embasadores do recurso são os mesmos do pedido original, como são idênticas as argumentações aduzidas em prol da anulação do processo ou do trancamento da ação penal: inépcia da denúncia, incompetência do juízo e falta de justa causa.

Às fls. 22/23, consta a denúncia aos indiciados, da qual destacamos o seguinte trecho:

«No dia 15 de novembro de 1988, por volta das 10:00 horas, os três denunciados, sob a alegação de serem fiscais do PMDB, invadiram, com violência e contra a vontade expressa da proprietária, a residência da Sra. Idalina Silvestre Barato, para se apropriarem de diversos impressos da campanha eleitoral de seu filho. A vítima, ao tentar impedir aquela atuação, foi agredida por Osvaldo Hulse Neto, causando-lhe ferimentos e luxação em sua mão direita, fato comprovado pelo médico Dr. Antônio Carlos Althoff. Frise-se ainda que José Paulo Goulart segurou o guarda particular da residência, para que este não impedisse aquela invasão e a agressão.»

Quanto ao primeiro fundamento, inépcia da denúncia, se bem que não seja esta um primor de peça acusatória, temos entendido que não há que se falar em inépcia quando ela contenha *quantum satis* os necessários esclarecimentos, de forma a possibilitar ao acusado conhecimento pleno do fato delituoso que lhe é imputado, permitindo-lhe defender-se amplamente e fornecer ao julgador elementos para um perfeito juízo de valor.

Quanto à ausência de justa causa.

É certo que os fatos se deram em dia de eleições do ano de 1988, e que o ora recorrente era Delegado de Partido (PMDB). No entanto, pelo que consta da denúncia, não há qualquer crime político na ação dos indiciados. Há, isto sim, delitos comuns, que coincidentemente ocorreram num dia de eleição. Não há na legislação eleitoral nenhuma tipificação correlata com a conduta dos implicados para que pretendam sejam crimes eleitorais. Existem, sim, fatos descritos como típicos do Código Penal. É, a toda evidên-

cia, desprovida de acerto a pretendida incompetência da Justiça Criminal para o feito.

Não sendo, como já frisei, crime de natureza eleitoral, competente o juízo da Vara Criminal de Criciúma-SC para apreciar o feito.

No que toca ao foro privilegiado, igualmente sem guarida o pleito do paciente. Certo é que a Carta Política de 1988, em seu art. 133 dispõe que: «O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei». Mas, se tal preceito alude o advogado como sustentáculo da Justiça, longe está de, pela prerrogativa da função, conceder-lhe foro privilegiado. Muito menos inexistente, no estatuto da OAB, qualquer preceito a transmutar a competência.

A fundamentação de justa causa, como premissa para o pedido de trancamento da ação, não se presta a ela, o remédio heróico, a não ser que a ausência de criminalidade resulte, evidentemente, do próprio fato, independentemente de apreciação de provas capazes de se produzirem somente no decorrer da instrução criminal.

Por todos estes motivos, nego provimento ao recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 232 — SC — (Reg. nº 89.0009660-5) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Recte.: Leoberto Baggio Caon. Recdo.: Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Pacte.: Ivo Carminatti.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (5ª Turma — 18-9-89).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Costa Lima, Assis Toledo, Edson Vidigal e José Dantas. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.



RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 310 — SP

(Registro nº 89.0010845-0)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *Decio Vieira de Mello*

Recorrido: *Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*

Paciente: *Decio Vieira de Mello*

Advogado: *Dr. Francisco Lobo da Costa Ruiz*

EMENTA: Criminal. Estelionato. Operação imobiliária. Denúncia.

Justa causa. Como tal se conceitua a descrição do fato típico, com indicação indiciária da materialidade e da autoria, e cuja descriminalização, a título de mero ilícito civil, requer exame maior da prova, incompatível com o sumaríssimo do *habeas corpus*.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 11 de outubro de 1989 (Data do Julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

Eis como o recurso foi relatado perante a Eg. Segundo Turma do Supremo Tribunal Federal, para o qual fora interposto nos idos de novembro de 1988:

«O SENHOR MINISTRO ALDIR PASSARINHO (Relator): Décio Vieira de Mello impetra *habeas corpus* pleiteando o trancamento da ação penal, sob o fundamento atipicidade do delito que lhe foi imputado. Indeferido o *writ* pelo C. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, recorre para esta Corte, na sustentação de que não pode prevalecer o entendimento do acórdão, segundo o qual a denúncia possui o *fumus boni juris* capaz de legitimar a ação penal, eis que descreve fato penalmente típico qual seja: prática de estelionato. É que, sustenta o recorrente, na denúncia não há descrição de fato típico penalmente punível e, de qualquer sorte, o fato não caracteriza ilícito penal.

O parecer da douta Procuradoria-Geral da República é pelo improvimento do recurso». — fl. 88.

Após a devida declinatória, nesta instância se manifestou o Subprocurador-Geral da República, Dr. Josias Alves, reportando-se ao anterior pronunciamento da douta Procuradoria-Geral da República, por via de parecer deste teor:

«Décio Vieira de Mello, pleiteando o trancamento da ação penal sob o fundamento atipicidade do delito que lhe foi imputado, recorre ordinariamente de acórdão do Tribunal de Alçada Criminal

do Estado de São Paulo, ao fundamento de que a denúncia possui o *fumus boni juris* capaz de legitimar a ação penal, eis que descreve fato penalmente típico, qual seja: prática de estelionato.

A irresignação não tem como prosperar.

A denúncia acostada à fl. 47, imputa ao Recorrente a prática da seguinte ação delituosa:

Entre os meses de março e setembro de 1986, na cidade de São Paulo, com efeito os denunciados, agindo combinadamente, o primeiro como proprietário da Empresa Brasileira de Planejamento Agrário Ltda. (Rua Barão de Jaceguai nº 1.626, Campo Belo) e o segundo como o seu corretor de imóveis, praticaram as ações delituosas, adiante especificadas, consistentes em haverem anunciados à venda áreas rurais no município de Miracatu, SP, mostrando aos interessados glebas planas e dotadas de curso d'água, quando, na verdade, as áreas que lhes estavam sendo vendidas eram muito acidentadas e sem cursos d'água.

Feitos os anúncios pela imprensa e diante do comparecimento dos interessados, Vicente Casseta, sempre em articulação com o co-denunciado, levava-os até à área de terra em referência, no município de Miracatu, mostrando-lhes unicamente uma gleba, com as características favoráveis acima referidas, quando de fato estavam os compradores a adquirir outras menos valiosas.

Observa-se pela descrição feita pelo Promotor Público a existência do delito previsto no art. 171 do estatuto repressivo. A questão atinente a existência de dolo de natureza civil e não penal, importa exames acusando de todo o conjunto probatório o que é inviável no âmbito estreito do *mandamus*.

Declarou, no particular, o acórdão impugnado: Ora, certas diferenças na mercadoria oferecida e vendida, mesmo em se tratando de terrenos, enseja a dirimência da controvérsia pela lei civil; porém, o negócio em si, pode ferir a tutela penal, quando o sujeito é posto em erro e adquire uma coisa por outra, com efetivo prejuízo, configurado, destarte, o estelionato. Pode, como é claro e insofismável um negócio ferir ao mesmo tempo duas objetividades jurídicas diferentes: a civil e a penal.

Por outro lado, tem essa Excelsa Corte lecionado, com bastante vigor interpretativo, que se o fato descrito na denúncia é crime em tese, e se essa descrição não está divorciada das provas apuradas no procedimento inquisitório que lhe serviu de lastro, não há como trancar-se a ação penal.

À vista do exposto, opina o Ministério Público Federal pelo improvidamento do recurso.

Brasília, DF, 30 de março de 1989 — *Maria Eliane Menezes de Farias*, Procuradora da República.

Aprovo: *Aristides Junqueira Alvarenga*, Vice-Procurador-Geral da República» — fls. 84/86.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, no tema de trancamento da ação por falta de justa causa, está posto no acórdão que a denúncia oferecida contra o paciente se bastou em descrição do estelionato típico e na indicação dos suficientes indícios da materialidade e da autoria.

Daí que, resistir a essa assertiva, louvando-se em que a operação imobiliária descrita, se acaso danosa, se conteria nos limites do ilícito civil, sem conotação criminal alguma, certamente que em tais termos o recurso antecipa-se ao cumprimento da prova. Na verdade, saber-se até onde aquela operação revestiu-se de dolo tipificante, ou não, imprescinde de indagações caracteristicamente fatuais, desenvolvidas em nível evidentemente probatório da descriminalização da indução em erro ou do ardid com que agiram o vendedor e seu corretor, nestes termos da denúncia:

«Entre os meses de março e setembro de 1986, na cidade de São Paulo, com efeito, os denunciados, agindo combinadamente, o primeiro como proprietário da Empresa Brasileira de Planejamento Agrário Ltda. (Rua Barão de Jaceguai nº 1.626, Campo Belo) e o segundo como o seu corretor de imóveis, praticaram as ações delituosas adiante especificadas, consistentes em haverem anunciado à venda áreas rurais no município de Miracatu, SP, mostrando aos interessados glebas planas e dotadas de cursos d'água, quando, na verdade, as áreas que lhes estavam sendo vendidas eram muito acidentadas e sem cursos d'água.

Feitos os anúncios pela imprensa e diante do comparecimento dos interessados, Vicente Casseta, sempre em articulação com o co-denunciado, levava-os até à área de terra em referência, no município de Miracatu, mostrando-lhes unicamente uma gleba, com as características favoráveis acima referidas, quando de fato estavam os compradores a adquirir outras, menos valiosas.» — fl. 47.

Por último, veja-se que os precedentes arrolados pelo recorrente, sobre dizerem de descriminalização de semelhantes ofertas imobiliárias, disseram-no na via apelatória, e não em antecipado pronunciamento meritório deveras vedado à via sumária do «writ».

Reporto-me, pois, aos fundamentos do próprio acórdão recorrido, nos seguintes tópicos:

«Ainda, que feitos os anúncios pela imprensa e diante do comparecimento dos interessados, o co-acusado, corretor, Vicente Casseta, sempre em articulação com o co-denunciado (este paciente da impetração), levava-os até as áreas de terra em referência, mostrando-lhes unicamente uma gleba, com as características favoráveis acima referidas, quando de fato estavam os compradores a adquirir outras menos valiosas.

E de fato, os anúncios publicados e inseridos pelo próprio impetrante noticiam a venda de áreas de terras abrigando as características enunciadas pelo libelo acusatório: terreno plano, com córregos, nascente e luz (fl. 16).

Também é certo que a referida publicidade vem subscrita pelo corretor, ausente o nome da empresa pertencente ao paciente. Acontece, que os compromissos firmados pelas partes, trazem a responsabilidade da empresa, conforme consta de seu enunciado (fl. 17).

Ora, certas diferenças na mercadoria oferecida e vendida, mesmo em se tratando de terrenos, enseja a dirimência da controvérsia pela lei civil; porém, o negócio em si, pode ferir a tutela penal, quando o sujeito é posto em erro e adquire uma coisa por outra, com efetivo prejuízo, configurando, destarte, o estelionato. Pode, como é claro e insofismável um negócio ferir ao mesmo tempo duas objetividades jurídicas diferentes: a civil e a penal.

Assim, possui a denúncia, o *funus boni juris*, abrigando todos os requisitos de admissibilidade para o seu processamento, descrevendo, em tese, fato típico. O demais, refere-se à procedência ou improcedência da acusação, inclusive no que se relaciona com a irresponsabilidade do paciente pelos atos praticados pelo seu corretor, circunstâncias que só poderão ser dirimidas a final.

Ora, a anexação de declarações passadas por parte das vítimas apontadas na denúncia, revela que se espera o exame de fundo da questão, através da valoração das provas carreadas, questão que escapa aos limites do *habeas corpus*, só possível após regular processo, quando à luz do contraditório serão inquiridas testemunhas e vítimas, podendo trazer a acusação e a defesa os adinículos que entenderem necessários.» — fls. 67/69.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 310 — SP — (Reg. nº 89.0010845-0) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro José Dantas. Recorrente: Décio Vieira de Mello. Recorrido: Tribu-

nal de Alçada Criminal de São Paulo. Paciente: Decio Vieira de Mello. Advogado: Dr. Francisco Lobo da Costa Ruiz.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (Em 11-10-89 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Senhores Ministros Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Assis Toledo e Edson Vidigal. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.