

HABEAS CORPUS N.º 1.308 — RJ.

Relator — O Ex.^{mo} Sr. Min. Antônio Neder

Pacientes — Celso Costa e Manoel Emílio Jordão de Souza

Impetrantes — Alfredo Pinheiro e José Bonifácio Diniz de Andrade

Acórdão

Habeas corpus. Ausência de justa causa para a acusação. Dado que não se provou, nem sequer se demonstrou a inexistência de justa causa para a acusação, é de se negar o remédio.

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de *Habeas Corpus* n.º 1.308, do Estado do Rio de Janeiro, em que são partes as acima indicadas:

Acordam, por unanimidade de votos, os Ministros que compõem o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, em negar a ordem, na forma do relatório e notas taquigráficas de fls. 29/39, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 3 de maio de 1965. —
Cunha Vasconcellos, Presidente;
Antônio Neder, Relator.

Relatório

O Sr. Min. Antônio Neder: — Celso Sousa Costa e Manoel Emílio Jordão de Souza, pelos advogados Drs. José Bonifácio Diniz de Andrade e Alfredo Pinheiro, requerem *habeas corpus* ao Tribunal Federal de Recursos alegando ausência de justa causa para fundamentação da ação penal a que respondem no fôro da Comarca de Angra dos Reis, Estado do Rio, como acusados de haverem praticado os crimes definidos nos arts. 333 e 334 do C.P. (corrupção ativa e contrabando).

Os fatos estão descritos na inicial nos seguintes termos: “Histórico: — Os pacientes em virtude de inquérito administrativo oriundo do I.B.C., e a requerimento dêsse Instituto, foram denunciados, em companhia de Francisco Tôrres Dias e outros, como incurso nos arts. 333, corrupção ativa, e 334, contrabando ou descaminho, e os demais nos arts. 317 e 318, todos do Código Penal, porque, segundo a versão errônea da denúncia, na noite de 28 de dezembro de 1960 teriam dado início ao descaminho de 9.728 sacas de café, que, segundo a mesma, se encontravam irregularmente depositadas na Companhia Metropolitana de Armazéns-Gerais do Município de Angra dos Reis, Estado do Rio, afirmando ainda que essa operação ilícita teria durado cêrca de 36 horas, prolongando-se até as primeiras horas de 30 do mesmo mês, quando teria terminado com a exportação das referidas sacas pelo pôrto de Angra dos Reis, sem o pagamento dos direitos alfandegários devidos, portanto, oferecidas vantagens indevidas a funcionários e fiscais da Agência do I.B.C. daquele pôrto para facilitarem o descaminho das referidas 9.728 sacas de café.

A denúncia, *data venia*, além de aberrante sob todos os aspectos jurídicos, é inverídica, pois está em completa contradição, em completo desacôrdo, em completo desencontro com a documentação existente nos autos do inquérito administrativo do I.B.C., que provam e comprovam que os pacientes, que eram ao tempo mero gerente e fiel da filial da Cia. Metropolitana de Armazéns-Gerais, em Angra dos Reis, cuja matriz é na cidade do Rio de Janeiro, em absoluto praticaram, nem mesmo podiam praticar os crimes que lhe são imputados; senão vejamos: os pacientes, como sempre faziam e era de rotina, na qualidade de fiéis da filial de Angra dos Reis, da mencionada Cia. Metropolitana de Armazéns-Gerais, recebiam cafés para armazenagem e davam saídas de cafés de acôrdo com as ordens escritas de entregas ou endossadas em branco, recebidas das firmas proprietárias de cafés ali depositados, tudo de acôrdo com as instruções da matriz e com ciência dela através das ordens e mapas que posteriormente eram enviados.

Assim, como se verifica da certidão n.º 2, em 7 de dezembro de 1960 receberam da firma Camargo & Coelho a ordem de entrega n.º 2.192 com endosso em branco para a entrega de 9.728 sacas de café de propriedade da dita firma, que se achavam depositadas naquela filial, ao portador da ordem, Sr. José Maria Campos, que como se constata da certidão n.º 2, providenciou a retirada do armazém da Cia. Metropolitana de Armazéns-Gerais, ocasião em que, segundo sua carta transcrita da cer-

tidão n.º 3, revendeu ditas 9.728 sacas de café retiradas da filial da referida Cia. ao Sr. Zoltan Juskovik Justin, de origem estrangeira, negociante de café, em trânsito pelo Brasil, que se encontrava na época hospedado no Copacabana Palace Hotel.

As certidões n.ºs 2, 3 e 4 provam e comprovam cumpridamente que as 9.728 sacas de café saíram da filial da Cia. Metropolitana de Armazéns-Gerais por ordem expressa da firma Camargo & Coelho, que as vendeu ao Sr. José Maria Campos, que foi quem providenciou a retirada das mencionadas sacas de café da filial da Cia.

A mencionada ordem de entrega n.º 2.182 foi, como se vê da certidão n.º 4, que transcreve a carta da Cia. endereçada ao Instituto Brasileiro de Café, enviada ao dito Instituto.

A certidão n.º 5 comprova o envio dos mapas ao I.B.C. da entrada e saída de cafés da filial da Cia. em Angra dos Reis, num dos quais consta a saída das 9.728 sacas de café da firma Camargo & Coelho, a qual negociou-as com José Maria Campos, que por sua vez as vendeu ao Sr. Zoltan Juskovik Justin.

Nestas condições, e diante do exposto que representa a expressão da verdade comprovada pelas certidões inclusas, pergunta-se; qual ou quais os crimes cometidos pelos pacientes, que só cumpriam ordens, para serem denunciados como incursos nos arts. 333 e 334 do Código Penal?

Como, pois, enquadrá-los nos artigos acima referidos de have-

rem cometido os crimes que lhes imputam?

Quais os atos por êles praticados para serem incriminados como praticantes de corrupção ativa e de descaminho? Corrupção ativa de quem?

Descaminho de que, se para o cumprimento das ordens de entregas de cafés, não havia necessidade, nem de visto ou da presença de qualquer fiscal do I.B.C., e os pacientes não possuíam quaisquer quantidades de café para venderem ou contrabandearem ou descaminharem sem pagarem os direitos alfandegários devidos?

O valor jurídico e probante da ordem de entrega n.º 2.132, assinada pela firma Camargo & Coelho, com endosso em branco a favor do Sr. José Maria Campos — que elídi qualquer prova em contrário — inocentam os pacientes da prática de quaisquer crimes e mui especialmente dos que foram injustamente denunciados.

François Gorphe, sem dúvida um dos mais conceituados tratadistas da prova, escrevendo a respeito da mesma em matéria criminal, acentua que embora se afirme a abolição no direito francês das provas legais, subsistem vestígios dela. E mostra como por prudência se conserva, em princípio, a exigência de um escrito para comprovar as convenções e compromissos e que essa regra civil, da prova preconstituída, se aplica a tôdas as jurisdições, excepto a do júri, acrescentando: “Tal norma tem como corolário a de que não cabe provar mediante testemunhas ou por presunções contra o conteúdo de um documento ou além de sua letra: a

prova escrita deve prevalecer” (*Della Appreciacion de las Pruebas*) trad. argentina, 1955, págs. 20/21.

No caso em aprêço há um documento escrito, firmado pela firma possuidora das 9.728 sacas de café, autorizando os pacientes a entregarem ao portador da ordem de entrega as 9.728 sacas de café, armazenadas na filial de Angra dos Reis, de que eram fiéis.

Ê mais do que sabido que o documento escrito fixa a declaração de vontade, e se sobrepõe às palavras *flatus vocis*. O seu valor jurídico e probante não pode ser anulado por controvertidos testemunhos ou por presunções. Ê o caso dos autos. Os pacientes jamais poderiam ter sido denunciados como incurso nos arts. 333 e 334 do Código Penal, só porque, cumprindo uma ordem escrita de entrega de café, entregaram ao portador da ordem, Sr. José Maria Campos, 9.728 sacas de café depositadas na filial de Angra dos Reis, pertencentes à firma Camargo & Coelho, expedidora da ordem de entrega, tanto mais que as despesas de armazenagens foram tôdas pagas antes da retirada das 9.728 sacas de café dos armazéns da filial, e não eram exigidas a presença dos fiscais do I.B.C., muito menos a autorização dêstes para que os cafés ali depositados tivessem livre trânsito dentro do território nacional.

Tal exigência só se torna necessário e exigível quando se trata de saídas de cafés para embarque no pôrto com destino ao exterior. As 9.728 sacas de café não foram exportadas pelo pôrto de Angra dos Reis, pois nos autos do inquê-

rito, ao que parece, nada consta a respeito.

A ordem de entrega das 9.728 sacas de café não fazia nenhuma menção de que o café se destinava a embarque para o exterior. Ao contrário, conforme consta da certidão n.º 4, as 9.728 sacas de café foram entregues com saída na praça.

Ademais, quando os cafés saem para embarque para o exterior, terão que ser preenchidas certas formalidades exigidas pelos regulamentos do I.B.C. e Alfândega, fiscalizados por um fiscal que fica no armazém, e outro no cais de embarque fiscaliza e confere tudo, bem como os da Alfândega, que em absoluto admitem o embarque para o exterior de mercadorias sem os comprovantes do pagamento dos direitos Alfandegários devidos.

No caso, como não se tratava de café a ser exportado, nada tinham os fiéis do armazém que fazer senão a entrega das referidas 9.728 sacas de café, sem mais preâmbulos ou exigências. Se no entanto ditas 9.728 sacas de café foram porventura posteriormente contrabandeadas ou descaminhadas para outros destinos, ditos fiéis, ora pacientes, nada têm a ver com o fato, nem nenhuma responsabilidade lhes cabe se realmente isso se teria dado, conjectura, aliás, que os autos, tanto do inquérito administrativo do I.B.C., como os do processo criminal pròpriamente dito, não fazem a mínima referência ou indicação.

Portanto, denunciá-los, por crime de corrupção ativa e descami-

nho de 9.728 sacas de café, além de absurdo é ilógico.

Absurdo porque como poderiam, e a título de que iriam corromper fiscais do I.B.C. para facilitarem o descaminho do que não possuíam, porquanto as 9.728 sacas de café, armazenadas na filial de Angra dos Reis, pertenciam a Camargo & Coelho, que deu ordem por escrito para que entregassem ao Sr. José Maria Campos?

Se eles assim tivessem procedido, a firma ou a pessoa a quem a mesma deu ordem para ser entregue as 9.728 sacas de café seriam as primeiras a reclamarem dêles a entrega de ditas 9.728 sacas de café, e nesse caso teriam praticado também o crime de apropriação indébita, capitulado no art. 168 do Código Penal.

Como não praticaram nem uma coisa nem outra, dita firma nada reclamou dêles, nem podia reclamar, porque os pacientes nada mais fizeram do que cumprirem uma ordem de entrega de cafés que estavam ali armazenados, regularmente, e não de forma irregularmente como quer a denúncia."

O MM. Dr. Juiz da Comarca de Angra dos Reis informou o seguinte: "Ex.^{mo} Sr. Ministro. Atendendo ao telegrama de V. Ex.^a, datado de 15 do fluente mês, expedido por determinação de V. Ex.^a, nos autos de *habeas corpus* n.º 1.308, impetrado a favor de Celso Sousa Costa e Manoel Emílio Jordão de Souza, tenho a honra de lhe esclarecer o seguinte:

"Por determinação do Presidente do Instituto Brasileiro do Café

foi aberto, aos 6-6-61, inquérito administrativo para apurar irregularidades que teriam ocorrido na agência do referido Instituto, localizada nesta cidade.

Por êsse inquérito foi concluído, aos 11-9-63, pelo Presidente da Diretoria do Instituto Brasileiro do Café, haverem ocorrido diversas irregularidades na agência do mencionado Instituto, nesta cidade, que motivaram a aplicação de penalidades administrativas a diversos funcionários, e a existência de delitos capitulados na lei penal.

Em razão disso, os autos do mencionado inquérito foram enviados ao Dr. Promotor de Justiça desta Comarca, que depois de examiná-los encaminhou-os, por ofício, à Delegacia de Polícia dêste Município, solicitando a qualificação e identificação datiloscópica de vários elementos, dentre êles os pacientes do *habeas corpus* que ora informamos, por entender ser dispensável a instauração de inquérito policial, ex vi dos arts. 27, 39, § 5.º, e 46, § 1.º, todos do Código de Processo Penal, para a formalização da denúncia, já que dos quatro volumes de que se compõe o inquérito administrativo supracitado, encontrava os elementos necessários à apresentação da mesma.

Tendo, posteriormente, a Delegacia de Polícia dêste Município remetido os mesmos autos, a êste Juízo, e tendo sido dada vista dêles ao Dr. Promotor de Justiça, êste, aos 19-10-64, apresentou denúncia contra Celso Sousa Costa, Manoel Emílio Jordão de Souza e José Maria Campos, como incurso nos arts. 333 e 334 do

Código Penal; Francisco Tôrres Dias, por infração dos arts. 317 e 318 do Código Penal, e Antônio Ramos Rodrigues, como incurso no art. 318, do Código Penal, tudo como se infere da cópia anexa.

“Recebida a denúncia por êste Juízo aos 20-10-64, foram interrogados os réus Manoel Emílio Jordão de Souza, Francisco Tôrres Dias, Celso Sousa Costa e José Maria Campos.

Como não houvesse atendido ao chamamento que lhe foi feito, por edital, para ser interrogado, êste Juízo, no dia primeiro de fevereiro pretérito decretou a prisão preventiva do réu Antônio Ramos Rodrigues.

Acha-se o processo, agora, em fase de realização do sumário.

Acreditando haver prestado as informações desejadas por V. Ex.^a, sirvo-me da oportunidade para apresentar-lhe os meus protestos da mais elevada estima e distinta consideração.” (as) *Orlando Caldeiras Santos — Juiz de Direito*”.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Antônio Neder: — Cuida-se de verificar, no caso agora apreciado, se a acusação feita aos pacientes pelo M.P. da Comarca de Angra dos Reis tem assento, ou não, em justa causa.

Dá-se, contudo, que o conhecimento da justa causa, no campo do processo penal, para decidir da procedência ou improcedência de acusação, importa em conhecer o fato típico, tal como o defina o padrão legal no seu texto. Importa, numa palavra, em verificar a existência do crime, sua estrutura,

ou cada um dos elementos que o consubstanciam. Importa em verificar a ação tipicamente antijurídica, culpável e adequada que teria produzido o resultado punível.

No caso dos autos o que se fez até o momento foi instaurar o processo da ação penal mediante denúncia.

Não se fez a instrução criminal, não se produziu prova.

Como conhecer, então, o fato?

Sem que se tenha o fato por provado, não se pode cogitar de justa causa, a não ser em casos excepcionais. Quando, porém, o fato típico há de ser provado e demonstrado por testemunhas, justo é que só se tenha êsse fato por configurado depois da inquirição das testemunhas.

No caso, os Drs. Advogados impetrantes alegam que falta justa causa para a ação penal, e passam a analisar o que têm como sendo o fato típico, mas êsse fato não se acha provado ou demonstrado nos autos.

Como, então, valorizar um fato não provado, e considerá-lo inidôneo para a instauração da ação penal?

Há que distinguir a hipótese prevista no art. 43, I, do C. P. P., da que é prevista no art. 648, I, dêsse Código.

Na primeira, isto é, para o recebimento da denúncia, é suficiente que o fato narrado no seu texto constitua crime.

Na segunda, isto é, para a ausência de justa causa, necessário é que o fato narrado e provado, “judicialmente provado em

instrução criminal contraditória, ou por outro meio”, não constitua crime.

Há diferença, e substancial, entre a narração de um fato que, abstratamente considerado, fundamenta a denúncia, e o fato, judicialmente provado, que constitua crime ou não o constitua.

É que a denúncia não se estriba em prova cabal, plena, mas na notícia do crime, que o que se contém na investigação, feita pela autoridade policial ou outra.

E a justa causa só merece apreciada em face de prova plena, cabal, discutida.

Dado que nestes autos não se tem prova cabal, discutida, do fato imputado aos pacientes, não há como cogitar dêsse fato, para, em processo de *habeas corpus*, excluí-los da denúncia, ou, o que é o mesmo, trancar, em relação a êles, a ação penal.

Nego a ordem.

Decisão

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Por unanimidade de votos, negou-se a ordem. Os Srs. Mins. Hugo Auler, Djalma da Cunha Mello, Godoy Ilha, Oscar Saraiva, Amarílio Benjamin e Armando Rollemberg votaram de acôrdo com o Sr. Min. Relator. O Sr. Min. Hugo Auler encontra-se como ocupante temporário da vaga ocorrida com a aposentadoria do Sr. Min. Cândido Lôbo. Não tomou parte no julgamento o Sr. Min. Henrique d'Ávila. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Cunha Vasconcellos*.

HABEAS CORPUS N.º 1.316 — GB.

Relator — O Ex.^{mo} Sr. Min. Djalma da Cunha Mello

Paciente — José Saulo Pereira Ramos

Impetrantes — Vicente Ráo e outros

Acórdão

Habeas corpus. Constrangimento ilegal decorrente do recebimento de uma denúncia em que, num crime que se diz levado a efeito com pluralidade de agentes, não se descreveu qual o procedimento criminoso do paciente, meios utilizados, malefícios produzidos, modo de execução, motivos determinantes, local e tempo correlatos, bem assim corpo de delito e razões de convicção ou presunção.

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de *Habeas Corpus* n.º 1.316, do Estado da Guanabara, em que são partes as acima indicadas:

Acorda o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plenária, por maioria, em conceder a ordem para o fim pedido, na forma do relatório, votos e resultado do julgamento de fls. retro, que ficam fazendo parte integrante do presente. Custas de lei.

Brasília, 23 de agôsto de 1965.
— *Cunha Vasconcellos*, Presidente;
— *Djalma da Cunha Mello*, Relator.

Relatório

O Sr. Min. *Djalma da Cunha Mello*: — Transações duvidosas do mercado cafeeiro nacional, levadas a efeito entre 1960 e 1963, e envolvendo a responsabilidade do Presidente da República, Ministros de Estado, Comissão Executiva de Assistência à Cafeicultura, diretores do Instituto Brasileiro do Café e negociantes do produto, causaram perplexidade, estarreceram a opinião pública, e

ao ponto de se constituir Comissão Parlamentar de Inquérito para averiguar o que ocorrera, para acautelar interesses do País, para propugnar, se fôsse o caso, repressão.

Esteiado nas conclusões dessa devassa, e em outros elementos increpatórios, o 22.º promotor público da Guanabara denunciou por peculato uma parte dos que de qualquer modo interferiram ou colaboraram naquelas operações comerciais, isto é, a sete ex-diretores do Instituto citado e a 12 diretores de firmas compradoras e revendedoras de café, sendo a acusação acolhida pelo Juiz, fato motivador do pedido de *habeas corpus* em explicação, em referência.

Figura de impetrante e paciente no processo o Dr. José Saulo Pereira Ramos, ex-diretor da Companhia Comercial Paulista de Café, COMAL, uma das firmas incumbidas de intervenção no mercado cafeeiro. No que o afeta, não vê justa causa para a ação penal. Quer vê-la trancada, quer que o despacho de recebimento da denúncia seja cassado pelo

writ. Embora advogado, e ao que parece provector, está acompanhado, no requerimento que nos apresenta, por três colegas, todos três destacados na profissão. Os nomes respectivos bastam como elogio: J. Canuto Mendes de Almeida, José Frederico Marques e Vicente Rao. Não perderam, os quatro, um ensejo, por menos alentado que fôsse, de apresentar o paciente como pessoa que prestou à COMAL, mesmo como diretor, apenas serviços profissionais, e isso ao tempo em que estava a mesma de quarentena, já estava essa sociedade a defender-se perante a Comissão Parlamentar de Inquérito. Para corroborar êsse ponto de vista, para sedimentá-lo, invocam o art. 71, do nôvo Estatuto da Ordem dos Advogados, e se reportam aos documentos de fls. 35 e 38. Ei-los, na parte de interêsse para o julgamento: "... o Sr. Presidente esclareceu aos demais diretores que deveriam ficar definidas as funções na diretoria, do Dr. José Saulo Pereira Ramos, nomeado interinamente, por indicação dêle, Presidente, na reunião anterior de 20 de junho de 1963. Esclareceu que o Dr. José Saulo Pereira Ramos, como era do conhecimento dos demais diretores, desde o início do ano prestava seus serviços profissionais à Companhia, na qualidade de consultor-técnico em economia cafeeira, e como advogado, nos casos em que era consultado. Sua indicação para diretor, em caráter interino, visava, apenas, a dar-lhe podêres para, nessa qualidade, coordenar a defesa da Companhia na campanha que contra ela vinha sendo mo-

vida. Suas funções ficavam, portanto, limitadas aos seguintes atos: coordenação da defesa da Companhia, podendo nesse trabalho escolher advogados do Departamento Jurídico ou indicar a contratação de advogados fora da Companhia; contratar publicidade com os órgãos ou com agências especializadas. O Sr. Presidente acrescentou que outros atos a serem praticados pelo nôvo diretor, se necessário, deveriam ser por êle, Presidente, autorizados expressamente através de carta ou através de contratos independentes que faria com o Dr. José Saulo Pereira Ramos, caso houvesse necessidade da emprêsa dêle solicitar outros serviços, quer como técnico, quer como advogado. Informou, ainda, o Sr. Presidente, que a Companhia estava sendo objeto de acusações numa Comissão Parlamentar de Inquérito sobre café, e que o Dr. José Saulo Pereira Ramos ficaria, também, com a função de assessorar os demais diretores que viessem a ser convidados a depor naquele órgão do Parlamento Brasileiro. Fazendo uso da palavra, o Dr. José Saulo Pereira Ramos esclareceu que iria colocar todo o seu empenho para bem conduzir a tarefa específica que lhe fôra confiada, dizendo que deixaria o cargo de diretor, para o qual fôra indicado interinamente, tão logo a CPI do café encerrasse seus trabalhos, prazo previsto para dezembro próximo. Como todos os diretores confirmassem as decisões do Sr. Presidente, as condições do nôvo diretor, e nada mais havendo a tratar, encerrou-se a reunião,

lavrando-se esta ata, sendo assinada por todos os presentes.”

Também se apresenta a denúncia como peça inepta, fugidiva, ao que escrito no art. 41, do Código de Processo: “A denúncia não define o fato que, mesmo em tese, pudesse constituir crime, e para o qual tivesse o paciente concorrido comissiva ou omissivamente. À falta desta definição, o paciente está incluído na acusação genérica: “executando cada um a parte que lhe cabia na urdidura geral”.

O ilustre Juiz criminal, Dr. João de Luna Magalhães, prestou informações. Comportam relêvo, na mesma, êsses trechos: “O fato típico está capitulado na denúncia, no art. 312, do Código Penal — peculato — e foi cometido na forma continuada de que trata o art. 51, § 2.º, do mesmo Código. Como verá V. Ex.^a pela certidão da denúncia em anexo, o paciente, que é o 16.º denunciado, é acusado de partícipe da trama criminoso entre os dirigentes da COMAL, Companhia Comercial Paulista de Café, e da Wasin S.A., Importação e Exportação, e o Instituto Brasileiro do Café, IBC, fazendo parte do grupo da COMAL e integrando ostensivamente a sua Diretoria desde 20 de junho de 1963, conforme ata da reunião da referida Diretoria, existente nos autos, fornecida pela Junta Comercial do Estado de São Paulo.”

“No caso concreto do paciente, que é advogado, e foi indicado para a diretoria pelo co-réu 8.º denunciado, Mário Simonsen, Presidente da COMAL em 20 de junho de 1963, a sua posição fica perfeitamente explicada na arti-

culação pelos itens XV e XVI da denúncia, pois que, em sessão de 4 de junho de 1963, 16 dias antes havia sido constituída uma Comissão Parlamentar de Inquérito, na Câmara dos Deputados, pela Resolução n.º 24, para apurar a fraudes no IBC, entre os quais avultam as da COMAL.”

“Quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a êste cominadas. O concurso de alguém não se realiza, portanto, de forma diretamente típica. Basta que concorra de qualquer modo para a prática de um crime para que sua conduta, embora atípica, se torne delituosa. Diz a doutrina, por isso, que a norma do art. 25 realiza a tipificação indireta ou mediata da conduta, em virtude de enquadramento de subordinação ampliada. É a norma de extensão do art. 25, do Código Penal, ao tornar relevante para o Direito Penal qualquer modo de conduta que transforma em típica uma conduta de per si atípica. Vê-se, pois, que no concurso eventual, ao lado de uma conduta principal ou típica, outra ou outras existem que se tornam típicas por extensão ou enquadramento mediato. Frederico Marques (José) *Estudos de Direito Processual Penal*, pág. 153/154. O autor do projeto do nosso atual Código Penal, festejado mestre Néelson Hungria, também esclarece que: “Já não se exige, como na antiga doutrina, um “acôrdo prévio”, um *pactum sceleris*, ou mesmo um instantâneo entendimento recíproco entre os concorrentes: a procedência que excede os requisitos da participação criminoso. Suficiente é a voluntária adesão

de uma atividade a outra, pouco importando que seja ignorada, ou até mesmo recusada por quem a recebe.” Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal* — Vol. I — Tomo 2.º, pág. 408. O mestre ainda esclarece que a cooperação prestada mediante simples presença é das mais importantes, classificando-a de participação material direta: “Segundo distinção tradicional, a participação pode ser reta ou indireta (em relação à execução do crime). Participação material direta é a cooperação imediata no ato de exceção (ainda que prestada apenas mediante presença encorajadora ou solidarizante, ou para o fim de simples vigilância preventiva contra possíveis contratempos). Aos partícipes, em tal caso, se chamam executores ou cooperadores imediatos. Autor, Obra, vol. citados, pág. 405.”

“Como para a denúncia bastam indícios, e no dizer de Espínola Filho “... não é na denúncia nem na queixa que se devem fazer as demonstrações de responsabilidade do réu, o que deve reservar-se para a apreciação final da prova, quando se concretiza (ou não) o pedido de condenação”, não tive dúvida em receber a denúncia oferecida pelo Ministério Público, nos termos do despacho de que também remeto certidão a V. Ex.^a, bem como da cota do Dr. Promotor, e mais do referido Comunicado 60/100, da carta de autorização à COMAL, por entender que a denúncia preenche todos os requisitos legais e relata fatos graves que tipificam o crime de peculato, previsto no art. 312, do Código Penal, com

prejuízos consideráveis para o Tesouro Nacional, entre os quais avulta o da exportação de 1.250.000 sacas, sob o contróle e orientação da firma de que fazia parte o paciente, que ingressou na Diretoria da COMAL, como advogado, depois de instaurada a CPI para apurar as escandalosas fraudes com o IBC, a que a mesma vinha-se dedicando havia vários anos.”

Vieram com êsse informe certidões da denúncia e do despacho impugnado.

Elucidado que a denúncia encaixilha o paciente nestes termos: “O 9.º denunciado, Jorge Wallace Simonsen, e dêste ao 19.º inclusive, Hernani Azevedo Silva, Cleomar Gonçalves, Waldemar Soares Leal, Aldo da Silva Bittencourt, Alceu Barros de Toledo, Fábio Barros de Toledo, José Saulo Pereira Ramos, Wallace Simonsen, Luiz Zenha Guimarães, companheiros de diretorias da COMAL e da Wasin, e com o 8.º denunciado, constituindo a maioria absoluta, e, às vêzes, a totalidade do capital social dessas sociedades, cooperaram com êle e com os demais denunciados pertencentes ao grupo do IBC, participando das deliberações, assinando correspondência, recebendo as comunicações do IBC, executando cada um a parte que lhe cabia na urdidura geral, sucedendo-se e substituindo-se reciprocamente e beneficiando-se como diretores e donos do capital social, dos recursos ilícitos produzidos pela ação criminosa, e deixando de impedir, na esfera de suas atribuições, que se consumassem tais crimes, participando por atos comissivos e por

comportamentos omissivos das fraudes e demais crimes referidos na denúncia.”

Em seus outros itens não o menciona.

O Juiz criminal tem os itens III, IV, XI, XII e XVI, por integrantes do item XXVII. Vou, por essa razão, dizer o conteúdo desses itens: “III — A partir da segunda metade do ano de 1960, até o advento da revolução de 31 de março de 1964, sucessivos dirigentes do Instituto Brasileiro do Café, IBC, e os diretores e responsáveis pelo grupo internacional, se concertaram na maior articulação fraudulenta de que se tem notícia nos últimos tempos, visando ao enriquecimento ilícito de uns e de outros à custa do Patrimônio da União em cruzeiros, em café, e em divisas em moeda forte, pertencentes ao Tesouro Nacional, por meio de audaciosas manobras e práticas sucessivas de crimes continuados (Relatório da CPI).”

“IV — O esquema criminoso foi montado com a chamada Intervenção na Safra do Café 60/61, iniciada com o Comunicado . . . 60/100, do IBC, alterado pelo Comunicado 60/105 a que se seguiu, e que se desenvolvem até atingir a fabulosa quantidade de 6.466.359 sacas, a que acrescentaram mais 1.250.000 exportadas em regime especial, das quais . . . 500.000 foram desviadas, produzindo, só essa parte, o prejuízo ao Tesouro de cerca de US\$ 25,000,000.”

“XI — O funcionamento da Comissão Parlamentar de Inquérito, criada pela Resolução n.º 24, da Câmara dos Deputados, em ses-

são de 4 de junho, publicada no *Diário do Congresso Nacional* de 21 de junho de 1963, para apurar as fraudes no IBC, onde avultam as decorrentes da intervenção da COMAL, em vez de intimidar os criminosos, alvoroçou-os para o golpe final contra os cofres públicos e a economia cafeeira, já que algumas das negociatas, anteriores, e outras ainda, em curso, teriam que cessar, e engendraram então um plano para a exportação adicional de 1.250.000 sacas de café do estoque do IBC, sendo 750.000 para os Estados Unidos da América do Norte e 500.000 para a Europa, tendo como ponto de partida o pressuposto da necessidade do Brasil integrar a cota de exportação de 18.000.000 de sacas que lhe havia sido atribuída pelo Convênio Mundial de Café para o período de 10 de outubro de 1962 a 30 de setembro de 1963, sob pena, diziam Néelson Maculan e os dirigentes da COMAL, de ser reduzida a cota para o período seguinte.”

“XII — Armou-se o novo esquema sob a roupagem da defesa dos altos interesses nacionais, e a 22 de julho de 1963 a COMAL escreveu ao IBC a carta-proposta da exportação, que continha, entre outras coisas, o saque a prazo de 90 dias para as 500.000 sacas destinadas à Europa, e a comissão de 1,5% sobre o total das 250.000 sacas.”

“XVI — Estava preparada a negociata, mas para que o grupo pudesse locupletar-se com a totalidade do valor das 500.000 sacas, havia o problema da Carteira de Câmbio. Foi então que Néelson

Maculan, Presidente do IBC, resolveu contornar a situação, e, no dia 21 de agosto de 1963, oficiou ao Diretor da Carteira de Câmbio do Banco do Brasil, solicitando a compra, por aquela Carteira, das cambiais emitidas pela COMAL, a prazo de 90 dias de vista, correspondentes às 500.000 sacas que a COMAL estava exportando para a Europa, ficando o IBC como garantidor da boa liquidação da operação.”

É o relatório. Estou pronto a complementá-lo onde se entender preciso, e se efetivamente fôr preciso.

Voto

O Sr. Min. Djalma da Cunha Mello: — Já mostrei, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 1.321, em que fui voto vencedor, que os dirigentes do Instituto Brasileiro do Café exercem funções estatais, e podem, por conseguinte, responder a processo por peculato, por crime contra a Administração do País e seu Erário. Fi-lo interpretando e cotejando os arts. 312 e 327, do Código Penal, coadjuvado, no passo, pelos textos do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, e leis que o suplementam.

Essencial, para caracterizar crime de peculato, a presença, na apropriação ou desvio de valores, de funcionário público, ou melhor, falando mais amplamente, de qualquer pessoa que tenha a seu cargo funções estatais, pouco importando que os demais agentes não tenham êsse requisito.

Ils doivent répondre pour le tout, in solidum. Leur responsabilité est la même et fixée par la

gravité du délit (Georges Vidal, *Cours de Droit Criminal*, 7^{ème} ed. n.º 406.)

Na pluralidade de agentes não se mede vulto, profundidade, relevância do papel de cada qual, nem se distingue o funcionário público do empregado particular, ou de quem não tem profissão lícita. Respondem todos, nos mesmos termos e condições, pelo dano à coisa pública. Correm a mesma sorte (vide art. 580, do Código de Processo). Ficam sujeitos às mesmíssimas penas, conforme se afere do art. 25, do já invocado Código Penal, assim redigido: “quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas mesmas penas a êste cominadas.”

Assim, e ainda que se subestime o papel das firmas interven-toras no mercado do café, podia o paciente, advogado e diretor, de uma dessas firmas, figurar em denúncia por crime do tipo referido.

Havia, entretanto, justa causa para increpá-lo? É o que vamos verificar: a ação penal questionada foi proposta contra 19 pessoas, sendo sete ex-dirigentes daquele Instituto, todos nas condições do prefalado art. 327, do Código Penal, e 12 dirigentes ou ex-dirigentes de firmas interventoras no mercado cafeeiro.

Exsurge, entre os do segundo grupo, entre os 12, o paciente. Está focalizado no item XXVII do libelo.

Promotor e Juiz reportam-se aos itens III, IV e XI até XVI, como integrantes da incriminação constante dêsse item XXVII.

A denúncia, ainda mais onde ocorre pluralidade de agentes, deve indeclinavelmente narrar tôdas

as circunstâncias do fato criminoso, ou seja, referir com minúcia a ação transitiva, as pessoas envolvidas e, no atinente a cada agente, os meios utilizados, malefícios produzidos, modo de execução, motivos determinantes, local e tempo correlatos; descrever o corpo de delito e dar as razões de convencimento ou presunção.

É o que nos ensina João Mendes, no seu *Processo Criminal* (3.^a ed., vol. II, pág. 195), obra clássica, familiar a todos nós, e creio que desde a Academia.

E se quisermos comparar a êsse veio, opulento, do direito judiciário nativo, com o minério alienígena correspondente, aí estão, noutra jazida muito rica, o *Tratato de Manzini* (vol. IV, ed. 1932, págs. 7/8), as mesmas sábias ponderações, embora explanadas de modo mais compacto, concentrado.

Essa cautela, sábia, dos doutrinadores, foi relegada pelo promotor. Nada se disse, na denúncia, de claro, de determinado, de objetivo, sôbre a co-participação do paciente nesse pretenso peculato.

No entanto, a lição dos doutrinadores não podia ser apostasiada, pois que constitutiva de exigência inarredável do Código de Processo, art. 41: “a denúncia conterà a exposição do fato criminoso com tôdas as suas circunstâncias...”

E se tornara reclamo de texto mais alto, de hierarquia máxima, o § 25, do art. 141, da Lei Básica: “é assegurada aos acusados plena defesa...”

Não é êsse dispositivo *leerlaufend*. É a asseguaração, cabal, infosismável, do direito constitucional de defesa, no processo penal.

E como entender satisfeita a determinação constitucional se o acusado vem ao Juízo criminal, lê o libelo e não sabe com suficiência de que o censuram, por que o apodam?

Que valôres desviou, ou de que valôres se apropriou o paciente? Que atos omissivos ou comissivos seus contribuíram para que alguém se apropriasse de valôres ou os desviasse? Onde, quando, de que modo, por que meios e com que vantagens?

Não disse a promotoria!

Enquanto isso o paciente positiva, com documentos não impugnados, que prestou à firma interventora COMAL serviços profissionais, só serviços profissionais, e isso ao tempo em que essa pessoa jurídica de direito privado já estava malsinada pelo estardalhaço das gazetilhas, e sob o crivo de uma Comissão Parlamentar de Inquérito.

Foi diretor, na COMAL, com efeito. Mas diretor de uma seção jurídica, com atribuições específicas, explícitas, exclusivas, de advogado, de consultor e orientador jurídico de uma defesa.

Eis por que o digo: (relê atos da COMAL, presentes nos autos e em parte transcritos no relatório).

Admita-se, *ad argumentandum*, que êsse diretor de serviço jurídico, que êsse *togatus*, no trato do interesse de seus clientes, haja usado de chicanas, de alicantinas, tenha mesmo falseado a coloração dos fatos: onde aí o peculato, a co-autoria num peculato, se na ocasião acudia precisamente a pretensos flibusteiros, já supostos peculatórios?

Apareceu o *patron* de que se trata quando os *cliens* já estavam de quarentena perante uma Comissão Parlamentar de Inquérito.

Quando Berrier se exacerbou, na labuta de exculpar a generais de Napoleão, alvos do ódio bourbônico, o Ministério Público de França, pressionado pela monarquia, acusou-o de infração deontológica perante o *batonnier* da Ordem, não se atreveu a responsabilizá-lo por co-autoria nos crimes que irrogados a êsses capitães?

Passados tantos anos, mais de século, pioramos. Ao menos aqui. E semelhante prática, de embarralhar clientes e patronos na ação possivelmente criminosa dos segundos, fará com que muitos caudídicos desertem dos pretórios. Nem todos descendem de Hércules, de Aquiles, em linha direta.

Convenhamos em que na outorga da iniciativa de ação penal não se confere ao promotor público ou de justiça, ao procurador da Coroa (onde houver), ou da República, um poder discricionário.

O ser humano mais altivo, airoso, mesmo aquêle *vir probus, integer vitae, scelerisque purus*, de que falava Horácio a Aristeu Fuscus, viveria em sobressalto onde o Ministério Público pudes-se impunemente servir de alcastruz a ruidosos e inconfessáveis libelos, a imputações tendenciosas.

Florian, nos seus *Elementos de Derecho Procesal Penal* (ed. 1934, Barcelona, pág. 386), fustiga o aspecto político de insegurança que envolve as denúncias incompletas, mostrando que as acusações vagas e elásticas de que a

História oferece exemplos numerosos no campo religioso, filosófico e político, são perigosas e nocivas à civilidade; dificultam a defesa e abrem margem ao arbítrio e ao abuso.

A cidadania não pode viver como os convivas daquela festa napolitana do duque de Broglie, que dançavam sôbre um vulcão.

Refletindo experiência e anseios da sua época, o Marquês de São Vicente, o preclaro Pimenta Bueno, considerava um grave crime o Ministério Público incomodar levemente ou oprimir de modo injusto a um só cidadão que fôsse (*Apontamentos sôbre o Processo Criminal*, 5.^a ed., pág. 64).

E não só por facciosismo pode desfigurar-se, desvirtuar-se, a ação da promotoria. Inépcia, incúria, dão no mesmo, atribuindo a cidadãos de vida irrepreensível, ou quando nada sem antecedentes criminais, imotivadamente, pechas que profligam e que sentença alguma consegue desencardir, apagar de todo.

Na prática do processo criminal, na consideração de seus textos, a duração do indivíduo é uma unidade de medida temporal defeituosa. A humanidade é que deve ser a medida. Não é possível que o respeito à pessoa humana, aos direitos do cidadão, oscile como o papel-moeda, conhecendo a cada instante a deflação e a inflação, sobretudo a inflação.

Urge mais sagacidade nas sindicâncias e diligências, para que os concessionários não prossigam nédios, nefastos, nodosos, exibindo, num encorajamento ao crime, sua condição cumulária.

Mas vir a Juízo inquietar e incriminar sem provas, sem base, pode armar efeito, pode ainda não ser crime, mas leva, em troca da demagogia, um maior ceticismo à opinião pública, que jamais é seguramente informada, esclarecida, sôbre a causa das absolvições, e fica, por isso, em equívoco, no tocante ao conceito, à excelência moral dos Juizes e tribunais.

Remotando: o recebimento de semelhante denúncia corporifica um constrangimento ilegal, porque desatende ao Código de Processo, art. 41, e torna impraticável o direito amparado pelo § 25, do art. 141, da Constituição.

Dou, por isso, *habeas corpus* ao paciente.

Decisão

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Após o voto do Sr. Min. Relator concedendo a ordem, pediu vista o Sr. Min. Godoy Ilha, aguardando os Srs. Mins. Oscar Saraiva, Amarílio Benjamin, Armando Rollemberg, Antônio Neder, Hugo Auler e Henrique d'Ávila. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Cunha Vasconcellos*.

Voto

O Sr. Min. *Godoy Ilha*: — Acompanho o voto do eminente Relator.

A denúncia não fêz nenhuma incriminação concreta ao paciente, limitando-se a afirmar, depois da exposição dos fatos supostamente delituosos, ter sido o denunciado dêles participe pela sua condição de diretor da COMAL.

Já sustentei, em outros julgamentos ligados a êste *affaire*, que

a denúncia não satisfaz os requisitos estabelecidos pelo art. 41, do Código de Processo Penal. Em matéria penal não há a responsabilidade coletiva dos componentes da pessoa jurídica. Há que individualizar a participação de cada qual no delito a esta atribuído, impondo-se com maior rigor o preceito quando, no caso, se trata de co-autoria, sendo certo que o responsável principal pelos fatos expostos na denúncia foi o co-denunciado Mário Wallace Simonson que, segundo a peça acusatória, “é figura central de todos os crimes e fraudes descritas na denúncia; chefe de tôdas as sociedades referidas, seu principal acionista, seu presidente, no País e no exterior, e foi quem tramou e executou continuamente os crimes, e em participação com os demais denunciados...”

Impunha-se ao órgão da acusação especializar em que teria consistido êsse concurso, e, a respeito, já decidiu o Egrégio Supremo Tribunal Federal, em Acórdão unânime de 4-7-1956, no Recurso de *Habeas Corpus* n.º 34.261: “Não é possível imputar a alguém, simplesmente pela sua condição de sócio de firma comercial, e que pertença ao estabelecimento em que se verifica o próprio delito, como co-responsável direto por êle, sem sequer dizer como, por que forma, tenha para êle concorrido” (*Rev. For.*, 173/337).

Vem a lance a lição de um dos ilustrados impetrantes, o Prof. José Frederico Marques: “Na co-autoria, a denúncia, para não ser inepta, tem que esclarecer em que consistiu a participação ou concurso do acusado para a prática

do crime que é atribuído ao autor. De outra forma, a acusação será inepta porque tolhe e limita o exercício do direito de defesa” (*Estudos de Direito Processual*, págs. 149/151).

E, por isso, já assentou êste Tribunal que “é de rejeitar-se a denúncia, quando não se reveste dos requisitos do art. 41, do CPP, não se podendo estabelecer de sua exposição a relação de causa e efeito entre os fatos apontados e os possíveis responsáveis criminosos” (Acórdão da Segunda Turma no Rec. Criminal n.º 362). E esclarece o aresto que, com isso, não se tranca o processo criminal, eis que a todo tempo pode o Ministério Público, enquanto não prescrever o delito, renovar a denúncia, desde que se prove a participação dos indiciados nos fatos narrados.

Ocorre, ademais, outra relevante circunstância salientada pelo Sr. Min. Relator e devidamente comprovada nos autos, qual a de que a investidura do paciente na diretoria da empresa, em caráter interino, visou apenas a dar-lhe poderes para, na qualidade de consultor-técnico em economia cafeeira, e advogado, coordenar a defesa da Companhia precipuamente junto à Comissão Parlamentar de Inquérito, antes instalada, *ut* ata da reunião da Diretoria, realizada em 15 de julho de 1963, devidamente arquivada na Junta Comercial, esclarecido, naquela oportunidade, que “deixaria o cargo de diretor, para o qual fôra indicado interinamente, tão logo a CPI do Café encerrasse seus trabalhos”, o que realmente sucedeu.

Como consta, circunstanciadamente, da ata da reunião da Diretoria da Companhia Comercial Paulista de Café (COMAL), de 11 de março do ano seguinte, foi concedida a exoneração solicitada pelo paciente, cessados os motivos da sua investidura pelo encerramento da investigação parlamentar.

Nessa ata salientou-se “que a sua nomeação para diretor deuse, exclusivamente, para facilitar os trabalhos da defesa de uma daquelas lides extrajudiciais, com a finalidade específica e transitória de assessorar os demais diretores nos depoimentos que prestaram perante a Comissão Parlamentar de Inquérito sobre café”, assinando-se, ainda, não ter êle contas a prestar, pôsto que, “durante sua gestão, como diretor-interino, não teve nenhuma ingerência nos negócios da firma, não participando das atividades comerciais da sociedade.”

Expressiva a manifestação da quase totalidade dos membros da Comissão Parlamentar de Inquérito, a partir do seu eminente Relator, o Deputado Herbert Levy, como referiu o Relator, todos, a uma voz, exculpando o paciente de qualquer participação nos fatos por ela apurados.

Concedo, também, a ordem.

Voto (Vencido)

O Sr. Min. Amarílio Benjamin: — Srs. Ministros, tenho posição definida a respeito das matérias que vêm constituindo o fulcro dos *habeas corpus* que êste Tribunal está tomando conhecimento a propósito do chamado “escândalo do café”. Ao contrá-

rio de respeitáveis votos de outros Colegas, o que venho sustentando é que não é possível, na fase de denúncia, instalarmos um “juízo prévio” para concluirmos se o acusado é ou não criminoso. O nosso processo não comporta apreciação de tal profundidade. Se a denúncia atende, mais ou menos, aos requisitos do Código de Processo, não há por onde se pretender, fora do momento próprio, que a acusação improceda. Também já disse que, em relação à acusação, no caso *sub judice*, a denúncia atribui a todos os denunciados fatos típicos, em que estão envolvidos pelos laços de um conluio, pelo encontro de vontades, para um fim determinado.

Ora, se a denúncia assim acusou, é evidente que exigir-se que a denúncia faça, em relação a cada denunciado, indicação clara e precisa de como atuou, é exigir demais, sobretudo no sistema penal vigente, *data venia* dos especialistas que foram citados. No sistema penal em vigor a autoria envolve todos aquêles que tenham participado do delito; desapareceu, como já sustentei, e é notório entre os estudiosos, os mais modestos, a fórmula do velho Código Penal de 90, que impunha a determinação da ação de cada qual para se chegar à conclusão se era autor principal, ou não. Dir-se-á, como ouvi dizer, que há fatos atípicos, mas êsses fatos não foram, sôbre qualquer denunciado, os únicos determinantes da denúncia. No caso presente o que há de nôvo é a situação de ser o paciente também advogado; se o paciente é advogado, melhor a

sua situação do que a dos outros denunciados. Êle próprio, no sumário, há de reivindicar sua posição de advogado para esclarecer perfeitamente as ações que praticou como advogado, e as ações que praticou como diretor da Companhia, sobretudo acusado, que foi, de ter também participado e lucrado de tôdas as ações que, irregulares e criminosas, resultaram em prejuízo público e no enriquecimento indébito de muitas pessoas.

O Sr. Min. Godoy Ilha: — V. Ex.^a permite? Seria de aceitar a conclusão preconizada por V. Ex.^a, de o paciente poder se defender amplamente no curso da instrução criminal, se não houvesse o fato de já estar êle sujeito a prisão preventiva e ter tido seus bens arrolados e contas bancárias bloqueadas, a requerimento da Promotoria Pública. Veja-se a que chegaríamos, se se fôsse denunciar cada qual, separadamente; são dezenas de acusados.

O Sr. Min. Amarílio Benjamin: — Sou muito grato à intervenção de V. Ex.^a, principalmente porque reaviva, não só o seu voto, como também certas passagens do caso que estamos considerando. *Data venia*, entretanto, mantenho o meu ponto-de-vista, e em homenagem mesmo a V. Ex.^a é que replico, ligeiramente, à observação que me dirigiu. A acusação está assentada numa atribuição de atos típicos, praticados em conselho. Acho que a acusação tem mais razoáveis elementos de crédito, em seu favor, do que a prática criminosa existiu; desdoubrou-se na seqüência de fatos, providências e medidas que os de-

nunciados praticaram, em plena união de vistas. Quanto a estes sujeitos à prisão preventiva e a seqüestro, isso é matéria que não está sob consideração. A prisão preventiva, se o Juiz a decretar, cada qual examinará sua posição e o despacho para tomar a providência que melhor competir; quanto ao arresto ou seqüestro, apesar de se tratar de medida relacionada com processo criminal, é possível remediá-la ou substituí-la. Os ilustres advogados sabem, muito mais do que nós outros, devido à residência constante no Pretório.

Vou concluir meu voto, lembrando ainda um detalhe interessante: há, no inquérito parlamentar, depoimento prestado pelo paciente.

O Sr. Min. Godoy Ilha: — O paciente compareceu perante a Comissão de Inquérito única e exclusivamente na qualidade de assessor jurídico dos demais interessados, e todos os membros da Comissão, a uma voz, são unânimes em exculpá-lo de qualquer participação.

O Sr. Min. Amarílio Benjamin: — Mas, dizia eu, o paciente compareceu à Comissão de Inquérito e, lá, como assessor ou testemunha, depôs. Diretor, advogado ou testemunha, sofreu grave restrição. É que, sendo inquirido sobre determinada situação, deu esclarecimentos que são refutados com veemência, acusados de falsos. Examinei também essa situação. Se não fôr depoimento falso, por outra contingência, ainda é ação do participante para acobertar-se e aos seus companheiros.

O Sr. Min. Godoy Ilha: — A denúncia fundou-se, exclusivamente, nesse inquérito parlamentar, e neste não se consignou uma linha sequer contra o paciente nos fatos dito criminosos.

O Sr. Min. Amarílio Benjamin: — Obrigado. Prossigo então para concluir. Na base, portanto, das ligeiras observações que acabo de fazer, é que indefiro a ordem, como já o fiz em relação a outros casos.

Voto

O Sr. Min. Armando Rollemberg: — Sr. Presidente, em relação ao paciente, diz a denúncia: (lê)

Da leitura que vimos de fazer, verifica-se que a denúncia, em relação aos diretores da COMAL, não indicou fatos específicos praticados individualmente, salvo em relação a Mário Wallace Simonsen, e, em consequência, presumiu a participação dos mesmos nos fatos delituosos, pela circunstância de ocuparem cargos de direção na Sociedade.

Ora, conforme se verifica dos autos, o paciente José Saulo Pereira Ramos foi escolhido para diretor da COMAL, em caráter interino, e na ata respectiva se diz que lhe eram conferidos poderes para, nessa qualidade, isto é, na qualidade de diretor, coordenar a defesa da Companhia na campanha que contra ela vinha sendo movida. Suas funções ficavam, portanto, limitadas aos seguintes atos: coordenação da defesa da Companhia, podendo nesse trabalho escolher advogados do Departamento Jurídico ou indicar a contratação de advogados fora da

Companhia; contratar publicidade com os órgãos ou com agências especializadas. O Sr. Presidente acrescentou que outros atos a serem praticados pelo nôvo diretor, se necessários, deveriam ser, por êle, Presidente, autorizados expressamente através de carta ou de contratos independentes que faria com o Dr. José Saulo Pereira Ramos, caso houvesse necessidade da empresa dêle solicitar outros serviços, quer como técnico, quer como advogado.

Assim, Sr. Presidente, vê-se que na realidade o paciente foi contratado como diretor jurídico da empresa para dar à empresa assistência nas questões jurídicas e, em especial, para assessorá-la perante comissões parlamentares de inquérito da Câmara dos Deputados.

O Sr. *Godoy Ilha*: — Há um detalhe: é que sequer se alegou e comprovou que êle fôsse acionista da empresa.

O Sr. *Min. Armando Rollemberg*: — Muito agradecido a V. Ex.^a.

O Sr. *Min. Antônio Neder*: — Mas diretor, para ser diretor, não precisa ser acionista.

O Sr. *Min. Armando Rollemberg*: — Mas, Sr. Presidente, dizia eu: fôra êle escolhido como diretor-jurídico para prestar assistência jurídica, e, em tal condição, parece-me, não poderá ser tido...

O Sr. *Min. Antônio Neder*: — E como técnico em economia cafeeira.

O Sr. *Min. Armando Rollemberg*: — Chegarei lá... Não poderá ser tido como capaz de incriminar o paciente, vez que, no art. 71, do nôvo Estatuto da Or-

dem dos Advogados do Brasil, expressamente se dispõe: "A advocacia compreende, além da representação em qualquer Juízo ou tribunal, mesmo administrativo, o procuratório extrajudicial, assim como os trabalhos jurídicos de consultoria e assessoria, e as funções de diretoria jurídica."

Em conseqüência, frente à regra legal citada, os participantes de Diretoria Jurídica são advogados.

Para que se pudesse incriminar o paciente, na hipótese, seria necessário que fôsse apontado pela denúncia um outro fato, além da circunstância de ser diretor, e diretor encarregado do setor jurídico, que o pudesse incriminar.

Realmente, como lembrou o *Min. Antônio Neder*, o paciente é também técnico em café. Também para essa hipótese, parece, deveria haver da parte da denúncia a incriminação de fato que demonstrasse sua responsabilidade, não bastando a mera situação de diretor, vez que não se trata de um diretor comum, mas de um homem que foi levado à assessoria para prestar serviços de natureza técnica, especialmente jurídica, e, em particular, perante a Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara.

Em face de tal situação, Sr. Presidente, atendendo a que a denúncia, quando colocou em termos gerais ou juntamente com os demais diretores da COMAL o paciente, como responsável pela prática de crime, não veio demonstrar qualquer ato seu que realmente o pudesse incriminar, concedo a ordem.

Voto (Vencido)

O Sr. Min. Antônio Neder: — Srs. Ministros, os ilustres Professores Vicente Rao, José Frederico Marques, J. Canuto Mendes de Almeida, e o Dr. José Saulo Pereira Ramos (êste em causa própria), requerem *habeas corpus* em favor do último dêles, o nomeado Dr. José Saulo Pereira Ramos, doravante chamado paciente.

Alegam que o Sr. Dr. Promotor de Justiça da 22.^a Vara Criminal da Justiça do Estado da Guanabara ofereceu denúncia contra ex-diretores do Instituto Brasileiro do Café como incursos no art. 312, do Código Penal, combinado com o art. 51, § 2.º, dêsse Código (crime continuado de peculato praticado em co-autoria).

Alegam, ainda, que o Dr. Promotor de Justiça historiou a política administrativa do Instituto Brasileiro do Café a partir de 1960, e que vislumbrou nela a prática de crime, e que incluiu o paciente entre os denunciados como co-autor dêsse crime, mas que não descreveu a ação criminosa por êle praticada.

Esclareceu que o paciente é denunciado nos seguintes termos: "O 9.º denunciado, Jorge Wallace Simonsen, e dêste ao 19.º inclusive, Hernani Azevedo Silva, Cleomar Gonçalves, Waldemar Soares Leal, Aldo da Silva Bittencourt, Alceu Barros de Toledo, Fábio Barros de Toledo, José Saulo Pereira Ramos, Wallace Cochrane Simonsen Neto, John Wallace Simonsen, Luiz Zenha Guimarães, companheiros de diretorias da COMAL e da Wasin, e como 8.º

denunciado, constituindo a maioria absoluta, e, às vêzes, a totalidade do capital social dessas sociedades, cooperaram com êle e com os demais denunciados pertencentes ao grupo do IBC, participando das deliberações, assinando correspondência, recebendo as comunicações do IBC, executando cada um a parte que lhe cabia na urdidura geral, sucedendo-se e substituindo-se reciprocamente e beneficiando-se como diretores e donos do capital social, dos recursos ilícitos produzidos pela ação criminosa, e deixando de impedir, na esfera de suas atribuições, que se consumassem tais crimes, participando por atos commissivos e por comportamentos omissivos das fraudes e demais crimes referidos na denúncia."

Os fundamentos do pedido são os que vão em seguida transcritos: "... 3) A denúncia não define o fato que, mesmo em tese, pudesse constituir crime e para o qual tivesse o paciente concorrido comissiva ou omissivamente. À falta desta definição, o paciente está incluído na acusação genérica: "executando cada um a parte que lhe cabia na urdidura geral."

4) Da simples exposição dêste fato verifica-se que nenhum delito poderia ser imputado ao paciente, porque é êle advogado e sômente em 1963 passou a prestar serviços profissionais a uma das empresas citadas, a Companhia Comercial Paulista de Café, nos casos em que era consultado.

5) Em junho daquele mesmo ano, depois da instauração da CPI do Café, o paciente foi contratado precisamente para defender a empresa e seus diretores das acusa-

ções que contra êles eram formuladas naquele órgão do Parlamento Nacional, de cujas peças, avulsas, o Dr. Promotor utilizou-se, à guisa de instrução, para a denúncia ora oferecida.

6) Como na CPI os diretores da Companhia eram ouvidos na qualidade de testemunhas, e não de indiciados, a participação do advogado não poderia ser a do defensor, nos moldes técnicos da instrução criminal. Era-lhe, para maior eficiência da defesa, conveniente a interveniência nos debates, na qualidade de assessor dos depoentes.

7) Com o objetivo de melhor servir ao cliente, o paciente entendeu que deveria conduzir a defesa da empresa, naquela oportunidade, e unicamente perante aquela CPI, como diretor-jurídico, cargo para o qual foi, então, indicado em caráter interino e com funções específicas, limitadas ao trabalho da defesa da firma, conforme se vê na Ata da reunião da Diretoria, de 15 de julho de 1963, que fixou essas funções com absoluta clareza.

Além do caráter técnico-jurídico, dado às suas funções, a ata registrou o fato de que o paciente "deixaria o cargo de diretor, para o qual fôra indicado interinamente, tão logo a CPI do Café encerrasse seus trabalhos", o que demonstra, com redundância, a limitação dos seus serviços técnicos jurídicos à defesa perante o órgão parlamentar. Não bastasse isto, no mesmo documento (que é, intrinsecamente, um contrato de trabalho) ficou expresso: "O Sr. Presidente acrescentou que outros atos a serem praticados pelo nôvo

Diretor, se necessários, deveriam ser, por êle, Presidente, autorizados expressamente através de carta ou através de contratos independentes que faria com o Dr. José Saulo Pereira Ramos, caso houvesse necessidade da empresa dêle solicitar outros serviços, quer como técnico, quer como advogado."

8) Antes mesmo de concluídos os trabalhos da CPI do Café, encerrada a fase dos depoimentos, o paciente pediu demissão, conforme ficara constatado na ata citada. Fê-lo por escrito, a 10 de março de 1964, uma vez que cessara o motivo específico de sua indicação interina para o cargo. No dia 11 a diretoria da empresa reuniu-se e aceitou o pedido, ficando mais uma vez consignado em ata que o Dr. José Saulo Pereira Ramos foi contratado, como advogado e técnico em café, pela sociedade, a fim de assistir a Companhia nas várias lides extrajudiciais ou judiciais, em que esta se empenhasse em decorrência da campanha movida contra a sociedade. Sua nomeação para diretor deu-se exclusivamente para facilitar os trabalhos da defesa em uma daquelas lides extrajudiciais, com a finalidade específica e transitória de assessorar os demais diretores nos depoimentos que prestaram perante a Comissão Parlamentar de Inquérito sobre Café. Cessada a lide que determinou aquela nomeação, o Dr. José Saulo Pereira Ramos pediu demissão, nos termos da carta que o Sr. Cleomar Gonçalves exibiu aos demais diretores.

9) Diante do exposto, verifica-se que o fato referido na denún-

cia, com relação ao paciente, não constitui delito, pois não há crime no exercício da advocacia, e na prática de todos os atos legítimos em defesa do cliente. O novo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil define, no art. 71: “A advocacia compreende, além da representação em qualquer Juízo ou tribunal, mesmo administrativo, o procuratório extrajudicial, assim como os trabalhos jurídicos de consultoria e assessoria, e as funções de diretoria jurídica.”

10) O Juiz daquela Vara, ao aceitar a denúncia contra os 19 acusados, fê-lo globalmente, não excluindo o paciente, como o exige o disposto no art. 43, I, do Código de Processo Penal.

11) Assim, o paciente encontra-se sob coação ilegal, de acôrdo com o que preceitua o art. 648, I, do mesmo estatuto, pois não há justa causa para que lhe fôsse imputado crime, mesmo em tese. “Se faltam elementos objetivos, extrínsecos à ação ou à omissão, concomitantes ou sucessivos à execução do fato mesmo, sem os quais o fato não constitui crime ou contravenção e, pois, não é possível, o fato é abstratamente impossível, e não se poderia imaginar caso mais típico de *habeas corpus*” (Pontes de Miranda, *História e Prática de Habeas Corpus*, pág. 421.)

12) A denúncia narra fatos, que supõe criminosos, ocorridos a partir de 1960, e que teriam sido apurados em 1963 pela CPI do Café. Ora, o paciente jamais poderia ser suspeito de co-autoria desses fatos, se, como advogado, foi contratado somente em 1963,

precisamente para defender a empresa já então acusada, e passando, a partir do dia 20 de junho, a trabalhar na defesa perante o órgão parlamentar, instalado já a 4 de junho de 1963.

Ainda que fôssem crimes os fatos apontados na lamentável denúncia e imputados aos ex-diretores do IBC, o paciente não poderia haver incorrido em co-delinquência, na forma prevista pelo art. 25, do Código Penal, porque foi contratado para integrar a equipe de defensores da Companhia perante a CPI do Café, onde os fatos já eram objetos de acusação e, portanto, consumados. Consumado o crime, se houvesse, a participação não seria possível.

E quanto à sua “gestão” na diretoria jurídica durante a defesa na CPI, a ata de sua demissão deixou consignado: “o Dr. José Saulo Pereira Ramos, durante sua gestão como diretor-interino, não teve nenhuma gerência nos negócios da firma, não participando das atividades comerciais da sociedade.”

No que concerne ao paciente, o fato único é, pois, o de defensor da empresa, no exercício profissional da advocacia, mesmo quando, perante o *sui generis* órgão de instrução, que é a Comissão Parlamentar de Inquérito, teve de comparecer investido de funções de assessor ou diretor-jurídico da Companhia.

O fato do paciente aceitar a causa da empresa então acusada, praticando, dentro da lei, os atos de sua profissão no interesse de seu cliente, não constitui crime. A ausência da hipótese de crimi-

nalidade, no caso, se revela patente, manifesta, iniludível.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu: “Nenhuma dúvida, quanto a ser o *habeas corpus* remédio adequado para fazer cessar o processo, quando o fato imputado não é definido em lei como crime, pois o confronto do fato narrado na denúncia com a definição legal do crime, a fim de verificar se aquêle corresponde exatamente a esta, não depende de indagação, e há que se fazer desde logo, nos termos do art. 43, do Código de Processo Penal” (Recurso de *Habeas Corpus* n.º 29.606, de São Paulo.)

13) Não poderá, pois, sem grave ilegalidade, prosseguir o feito para indagar se o paciente, bacharel contratado para defender a empresa acusada na CPI do Café, possa, em tese, ter sido co-autor de supostos crimes de peculato praticados no Instituto Brasileiro do Café. O absurdo é flagrante. Os fatos se desencontram no tempo e não se ajustam nem por hipótese.

14) Em conclusão final: a denúncia é inepta, uma vez que não especificou quais os atos praticados pelo paciente, que devam configurar-se como forma e modo de participação nos fatos descritos na acusação.

Cuidando-se de co-autoria, cumpre ao acusador descrever, de modo bem específico, qual a conduta particular do denunciado que tenha assumido os caracteres de ilícito penal. É que o art. 25, do Código Penal, genérico e amplo ao definir a co-autoria, exige, por isso mesmo, que nos casos em que possa incidir, a acusação seja pre-

cisa, concreta e individualizada. Participar da diretoria de uma empresa ou sociedade constitui ato lícito. A ilicitude penal de tal conduta só ocorrerá em circunstâncias especiais e peculiares a cada caso, o que obriga, indeclinavelmente, o acusador a descrever com minúcias a participação que entende punível, mostrando, assim, de que modo a conduta normalmente lícita transformou-se, na hipótese, em conduta penalmente ilícita ou antijurídica.

Ora, a denúncia assim não foi elaborada. Ao revés, engloba, indevida e ineptamente, numa só imputação genérica, nada menos de 11 réus, os quais ficam, por isso, sem saber de que atos “co-autoria” estão sendo acusados.

O paciente, no entanto, graças às tarefas restritas e especiais que determinaram seu ingresso na Diretoria da Companhia Comercial Paulista de Café, pode, com facilidade, destruir a absurda acusação que a denúncia lhe dirigia, mostrando que, pelas características essenciais dessas tarefas, em hipótese alguma estaria em condições de ser apontado como co-autor de quaisquer dos fatos que a denúncia qualifica como delituosos, atribuídos aos acusados principais. Atuando no exercício de sua profissão, conforme demonstrou, sempre agiu, por isso mesmo, “no exercício regular de direito”, e ainda, em “estrito cumprimento de dever legal” (por força dos deveres que a profissão lhe impõe). Dessa maneira, sua atuação, como integrante interino da Diretoria da COMAL, escapa de qualquer coloração delituosa, pois o próprio Código Penal dis-

põe, no art. 19, n.º III, que não há crime quando se pratica o fato “em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.” Além de sua manifesta indiscriminação e indeterminação das ocorrências elementares, suprimidas referências a muitas de suas circunstâncias que seriam essenciais para ensejar possibilidade de defesa, furta-se o denunciante a dizer em que consistiu a participação, mesmo imprecisa, do paciente, na suposta prática de pretensos crimes.

Diante do exposto, os requerentes pedem a êsse Egrégio Tribunal que se digne mandar passar para a autoridade coatora, o MM. Juiz de Direito da 22.^a Vara Criminal do Estado da Guanabara, ordem de *habeas corpus* para fazer cessar o processo que contra êle é movido.”

A petição de *habeas corpus* está acompanhada dos seguintes documentos: a) cópia fotográfica de uma ata da diretoria da Companhia Comercial Paulista de Café, doravante chamada pela sigla COMAL, ata essa que dá notícia da investidura do paciente no cargo de diretor dessa sociedade; b) cópia fotográfica do anverso de uma fôlha do *Diário Oficial* do Estado de São Paulo, na qual se acha publicada outra ata da Companhia Comercial Paulista de Café, em que se noticia o afastamento do paciente do cargo de diretor dessa referida sociedade.

As informações da autoridade havida por coatora, o ilustre Dr. João de Juna Magalhães, Juiz de Direito da 22.^a Vara Criminal da Justiça da Guanabara, acham-se

redigidas nos seguintes termos: “Ex.^{mo} Sr. Ministro:

I — Tenho a honra de acusar o recebimento do seu telegrama do teor seguinte: “A fim instruir *Habeas Corpus* n.º 1.316, impetrado Tribunal Federal Recursos, favor José Saulo Pereira Ramos, brasileiro, casado, advogado, sob alegação inépcia denúncia contra paciente, solicito vossência, urgentemente necessárias informações. Saudações. Ministro Djalmá da Cunha Mello, Relator.”

II — O paciente, José Saulo Pereira Ramos, foi denunciado perante êste Juízo pelo representante do Ministério Público, em um processo que conta com 19 acusados. Dêstes, não recebi a denúncia, *si et in quantum*, em relação ao Sr. Néelson Maculan, que exerce presentemente o mandato de Senador da República, já tendo prestado ao Senado Federal as informações necessárias, no pedido de autorização para processá-lo.

III — Trata-se portanto de um caso de co-autoria, na forma do art. 25, do Código Penal: “Quem, de qualquer forma, concorre para o crime, incide nas penas a êle cominadas.”

O fato típico está capitulado na denúncia, no art. 312, do Código Penal, peculato, e foi cometido na forma continuada de que trata o art. 51, § 2.º, do mesmo Código.

IV — Como verá V. Ex.^a, pela certidão da denúncia em anexo, o paciente, que é o 16.º denunciado, é acusado de partícipe da trama criminosa entre os dirigentes da COMAL, Companhia Comercial Paulista de Café, e da Wasin S.A., Importação e Ex-

portação, e o Instituto Brasileiro do Café, IBC, fazendo parte do grupo da COMAL e em regime especial, das quais 500.000 sacas foram desviadas, produzindo, só essa parte, o prejuízo ao Tesouro de cerca de US\$ 25,000,000, ou, exatamente, US\$ 25,440,824.39.

V — A denúncia esclarece no item XXVII que: “O 9.º denunciado e dêste ao 19.º (o paciente é o 16.º), inclusive, companheiros de diretorias da COMAL e da Wasin, e com o 8.º denunciado, constituindo a maioria absoluta e, às vêzes, a totalidade do capital social dessas sociedades, cooperaram com êle e com os demais denunciados pertencentes ao grupo do IBC, participando das deliberações, assinando correspondência, recebendo as comunicações do IBC, executando cada um a parte que lhe cabia na urdidura geral, sucedendo-se e substituindo-se reciprocamente e beneficiando-se como diretores e donos do capital social, dos recursos ilícitos produzidos pela ação criminosa, e deixando de impedir, na esfera de suas atribuições, que se consumassem tais crimes, participando, por atos comissivos e por comportamentos omissivos, das fraudes e demais crimes referidos na denúncia.”

No caso concreto do paciente, que é advogado, e foi indicado para a diretoria pelo co-réu 8.º denunciado, Mário Simonsen, Presidente da COMAL em 20 de junho de 1963, a sua posição fica perfeitamente explicada na articulação pelos itens XI a XVI, da denúncia, pois que, em sessão de 4 de junho de 1963, 16 dias antes havia sido constituída uma Co-

missão Parlamentar de Inquérito na Câmara dos Deputados, pela Resolução n.º 24, para apurar as fraudes no IBC, entre as quais avultam as da COMAL.

Os itens XI e XII referidos, especialmente definem a razão da entrada de um “homem de palha” advogado na diretoria da empresa: “O funcionamento da Comissão Parlamentar de Inquérito, criada pela Resolução n.º 24, da Câmara dos Deputados, em sessão de 4 de junho, publicada no Diário do Congresso Nacional de 21 de junho de 1963, para apurar as fraudes no IBC, onde avultavam as decorrentes da intervenção da COMAL, em vez de intimidar os criminosos, alvoroçou-os para o golpe final contra os cofres públicos e a economia cafeeira, já que algumas das negociações anteriores, e outras ainda em curso, teriam que cessar e engendraram então um plano para a exportação adicional de 1.250.000 sacas de café do estoque do IBC, sendo 750.000 para os Estados Unidos da América do Norte e 500.000 para a Europa, tendo como ponto de partida o pressuposto da necessidade do Brasil integrar a cota de exportação de 18.000.000 de sacas, que lhe havia sido atribuída pelo Convênio Mundial do Café, para o período de 10 de outubro de 1962 a 30 de setembro de 1963, sob pena, diziam Néelson Maculan e os dirigentes da COMAL, de ser reduzida a cota para o período seguinte. Armou-se assim o nôvo esquema sob a roupagem da defesa dos altos interesses nacionais, e a 22 de julho de 1963 a COMAL escreveu ao IBC a car-

ta-proposta da exportação, que continha, entre outras coisas, o saque a prazo de 90 dias, para as 500.000 sacas destinadas à Europa, e a comissão de 1,5% sôbre o total de 250.000 sacas.”

Essa fraude adicional às da intervenção, só por si, causou ao Tesouro Nacional, segundo a denúncia, o prejuízo de US\$ 25.000.000.

Esta é a segunda informação: êste Juízo presta na mesma Ação Penal, a êsse Egrégio Tribunal; por coincidência, também para *habeas corpus* impetrado em favor de co-autor; o anterior, o *Habeas Corpus* de n.º 1.312, referia-se a um co-autor pertencente ao grupo do IBC. Agora, a um co-autor pertencente ao grupo da COMAL. Na co-delinquência eventual há a participação de mais de uma pessoa para a prática do crime, sem que tôdas, no entanto, tenham cometido atos previstos como típicos, na descrição legal da norma penal. Matar alguém é figura típica, pois o art. 121, do Código Penal, impõe uma sanção penal a quem realiza a ação de matar. Mandar matar, no entanto, não é figura prevista em nenhuma descrição típica. Em tal caso, porém, o que não executa a ação de matar (o chamado processo executivo do delito de homicídio) pode ser punido em virtude do que vem previsto no art. 25, do Código Penal: quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a êste cominadas.

O concurso de alguém não se realiza, portanto, de forma diretamente típica. Basta que concorra de qualquer modo para a prática de um crime para que sua

conduta seja criminal, por isso que a norma do art. 25 realiza a tipificação indireta ou mediata da conduta, em virtude de enquadramento de subordinação ampliada. É norma de extensão do art. 25, do Código Penal, ao tornar relevante para o Direito Penal qualquer modo de conduta que transforma em típica uma conduta de per si atípica. Vê-se, pois, que no concurso eventual, ao lado de uma conduta principal ou típica, outra ou outras existem que se tornam típicas por extensão ou enquadramento mediato. Frederico Marques (José) *Estudos de Direito Processual Penal*, págs. 153/154.

O autor do projeto do nosso atual Código Penal, o festejado mestre Néelson Hungria, também esclarece “que já não se exige, como na antiga doutrina, um “acôrdo prévio”, um *pactum sceleris*, ou mesmo um instantâneo entendimento recíproco entre os concorrentes: a procedência de uma combinação ou de um ajuste é circunstância que excede os requisitos da participação criminosa. Suficiente é a voluntária adesão de uma atividade a outra, pouco importando que seja ignorada ou até mesmo recusada por quem a recebe” (Néelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, V. I, Tomo 2.º, pag. 408).

O mestre ainda esclarece que a cooperação prestada mediante simples presença é das mais importantes, classificando-a de participação material direta: “Segundo distinção tradicional, a participação pode ser material ou psíquica (moral, intelectual), direta ou indireta (em relação à exe-

ção do crime). Participação material direta é a cooperação imediata no ato de execução (ainda que prestada apenas mediante presença encorajadora ou solidarizante, ou para o fim de simples vigilância preventiva contra possíveis contratemplos). Aos partícipes, em tal caso, se chamam executores ou cooperadores imediatos.” Autor, *Obra*, Vol. citados, pág. 405.

A denúncia é lastreada com inúmeros documentos requisitados pelo Ministério Público e nos autos de inquérito procedido pela Comissão Parlamentar de Inquérito criada pela Resolução n.º 24, da Câmara dos Deputados, em sessão de 4 de junho, publicada no Diário do Congresso Nacional em 21 de junho de 1963, cujas conclusões foram aprovadas pela referida Colenda Câmara, pela Resolução n.º 52, de 14 de maio de 1964, publicada no Diário do Congresso de 15 de maio de 1964.

Como para a denúncia bastam indícios, e no dizer de Espínola Filho, “... não é na denúncia, nem na queixa, que se devem fazer as demonstrações de responsabilidade do réu, o que deve reservar-se para a apreciação final da prova, quando se concretiza (ou não) o pedido de condenação”, não tive dúvida em receber a denúncia oferecida pelo Ministério Público, nos termos do despacho de que também remeto certidão a V. Ex.^a, bem como da cota do Dr. Promotor, e mais do referido Comunicado 60/100, da carta de autorização à COMAL, por entender que a denúncia preenche todos os requisitos legais e relata os fatos graves que tipifi-

cam o crime de peculato, previsto no art. 312, do Código Penal, com prejuízos consideráveis para o Tesouro Nacional, entre os quais avulta o da exportação de 1.250.000 sacas, sob o contróle e orientação da firma de que fazia parte o paciente, que ingressou na diretoria da COMAL como advogado, depois de instaurada a CPI para apurar as escandalosas fraudes com o IBC a que a mesma vinha se dedicando havia vários anos.

Esclareço finalmente a V. Ex.^a que o interrogatório do paciente está marcado para o dia 7 de junho próximo, às 9 horas da manhã.

Continuo à disposição de V. Ex.^a para qualquer outro esclarecimento, e aproveito o ensejo para apresentar-lhe os meus protestos de aprêço e consideração.”

Essas informações estão acompanhadas de certidão da peça inicial do processo, a denúncia.

Expostos, assim, os fatos e o direito invocado pelas partes, sabe-se que o crime de peculato pode ser cometido sob duas modalidades, como se vê do art. 312, do C.P.

A primeira é a que se consubstancia na ação de o funcionário público “apropriar-se” de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo; a segunda é a que se consubstancia no “desvio”, pelo funcionário público, em proveito próprio ou alheio, de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo.

O fato imputado ao paciente e outros é o seguinte, em linhas gerais: O IBC, autarquia da União, deliberou intervir no mercado cafeeiro para obter preço mais elevado do nosso principal produto de exportação; essa intervenção passou a ser feita por intermédio de empresas privadas ou sociedades comerciais do ramo; entre essas sociedades se encontrava a COMAL, de que eram diretores alguns dos denunciados, inclusive o paciente; essa sociedade comercial, a COMAL, ao intervir no mercado cafeeiro mediante compra de café e sua exportação, financiada a operação com dinheiro que a ela foi adiantado pelo IBC, ou se apropriou desse dinheiro e café, ou o desviou em proveito próprio, isto é, em proveito dos seus diretores, inclusive o paciente; de tal maneira isso se fez que o IBC sofreu prejuízo de 1.250.000 sacas de café do seu estoque, no valor de US\$ 1.481.762,40.

O fato, no seu contôrno, e visto à distância, é êsse.

Mas a denúncia o descreve minuciosamente, inclusive no tocante à participação do paciente, como adiante será demonstrado.

Eis a descrição do fato contido na denúncia: "O funcionamento da Comissão Parlamentar de Inquérito, criada pela Resolução n.º 24, da Câmara dos Deputados, em sessão de 4 de junho, publicada no *Diário do Congresso Nacional* de 21 de junho de 1963, para apurar as fraudes no IBC, onde avultavam as decorrentes da intervenção da COMAL, em vez de intimidar os criminosos, alvoroçou-os para o golpe final con-

tra os cofres públicos e a economia cafeeira, já que algumas das negociatas, anteriores, e outras ainda em curso, teriam que cessar, e engendraram então um plano para a exportação adicional de 1.250.000 sacas de café do estoque do IBC, sendo 750.000 para os Estados Unidos da América do Norte e 500.000 para a Europa, tendo como ponto de partida o pressuposto da necessidade do Brasil integrar a cota de exportação de 18.000.000 de sacas, que lhe havia sido atribuída pelo Convênio Mundial do Café, para o período de 10 de outubro de 1962 a 30 de setembro de 1963, sob pena, diziam Néelson Maculan e os dirigentes da COMAL, de ser reduzida a cota para o período seguinte.

Armou-se, assim, o nôvo esquema sob a roupagem da defesa dos altos interesses nacionais, e a 22 de julho de 1963 a COMAL escreveu ao IBC a carta-proposta da exportação, que continha, entre outras coisas, o saque a prazo de 90 dias, para as 500.000 sacas destinadas à Europa, e a comissão de 1,5% sôbre o total das 250.000 sacas.

O IBC, pelo ofício confidencial de 11 de agosto de 1963, assinado por Néelson Maculan, aceitou a transação, com algumas modificações, atribuindo à COMAL a comissão de 3%, iniciando-se a operação à tôda velocidade, como está confirmado pela COMAL em carta ao IBC, datada do dia seguinte, 10 de agosto de 1963.

Apesar da exportação estar em curso, havendo café embarcado desde o dia 6 de agosto de 1963, no dia subsequente houve uma

reunião com o Ministro da Fazenda, o representante do Ministro da Indústria e Comércio e o Presidente do IBC, Senador Nélson Maculan, em que o assunto foi debatido, ocultando-se na ata respectiva as relevantes circunstâncias de que já se estava processando a exportação, de que a firma beneficiada era a COMAL, e de que entre as condições estava o saque a prazo da COMAL contra praticamente ela própria, isto é, a Wasin.

Foi registrado, ao contrário, na ata feita, que não seriam admitidas refrações, e que seriam excluídas as firmas que estivessem em situação irregular com o IBC, definindo-se desde logo como tais as que houvessem entregue todo o café adquirido em operações de "intervenção" ou devolvido as importâncias adiantadas para essa operação, o que exatamente acontecia com a COMAL, que assim estaria excluída.

Aliás, sòmente a negociata das refrações constitui um capítulo à parte nas fraudes entre o grupo COMAL e o Banco do Brasil, em que os componentes da COMAL-WASIN receberam autorização indevida de câmbio no valor de US\$ 6.645.650,30, o que será matéria de outra denúncia.

Estava preparada a negociata, mas para que o grupo pudesse se locupletar com a totalidade do valor das 500.000 sacas, havia o problema da Carteira de Câmbio.

Foi então que Nélson Maculan, Presidente do IBC, resolveu contornar a situação, e, no dia 21 de agosto de 1963, oficiou ao Diretor da Carteira de Câmbio do Banco do Brasil solicitando a

compra, por aquela Carteira, das cambiais emitidas pela COMAL, a prazo de 90 dias de vista, correspondentes às 500.000 sacas que a COMAL estava exportando para a Europa, ficando o IBC como garantidor da boa liquidação da operação.

O Sr. Nélson Maculan, no dia seguinte, 22 de agosto, e depois de tudo isso, procedeu a uma reunião da Diretoria do IBC, em que "decidiu" operar a exportação de 1.250.000 sacas pela COMAL, contra o voto do Diretor Luiz Emanuel Bianchi, como se a operação não estivesse em andamento e o próprio Maculan não houvesse até se prontificado a ficar como fiador do saque a prazo, sem garantia bancária nem carta de crédito irrevogável, abertura de crédito documentário, ou qualquer outra garantia usual para tais operações, e não tivesse havido a reunião de 13 de agosto no Ministério da Fazenda. Essa ata foi assinada por Nélson Maculan, José Maria Teixeira Ferraz, Paulo Carneiro Ribeiro e Luiz Emanuel Bianchi, sendo que êste votou contra.

O Ministro da Fazenda, no mesmo dia 22 de agosto de 1963, juntamente com o Ministro da Indústria e Comércio, submeteram ao Presidente da República uma exposição de motivos em que "verberavam" a atitude do Presidente do IBC, tendo êsse expediente merecido um bombástico despacho do Presidente João Goulart, que mandou cancelar a operação, o que foi comunicado ao Presidente do IBC, Nélson Maculan, também no mesmo dia, por ambos os Ministros, num aviso

assinado conjuntamente, e que tomou o n.º GN-219 — Reservado — de 22 de agosto de 1963, do Ministério da Fazenda.

O Diretor da Carteira de Câmbio do Banco do Brasil, que veio suicidar-se posteriormente, por sua vez, foi notificado no dia 24 de agosto, pelo Ministro da Fazenda, por meio de um aviso reservado, de que a exportação das 500.000 sacas de café, para as quais o IBC havia pedido a compra das cambiais, estava cancelado, por ordem do Presidente da República.

O assunto deveria estar normalmente encerrado, porque a maior autoridade administrativa na esfera federal havia cancelado a exportação.

Como, porém, tudo não passava de *mise en scène*, em 31 de agosto de 1963 voltaram a reunir-se no Gabinete do Ministro da Fazenda, o próprio Ministro, o representante do Ministro da Indústria e Comércio, o Sr. Nélson Maculan, o Presidente do IBC, o Sr. Luiz Emanuel Bianchi, Diretor do IBC, e os assessores do Ministro da Fazenda.

Essa reunião concluiu inexplicavelmente por autorizar a exportação até 500.000 sacas de café, em caráter adicional, até 30 de setembro (exatamente as 500.000 sacas que a COMAL estava exportando), sem se referir, na ata, ao nome de qualquer firma, embora todos soubessem que se tratava da COMAL, assinando-se a seguir a referida ata, sem a indicação que Bianchi havia votado contra.

Vinte e quatro horas antes dessa reunião, isto é, a 30 de agosto,

a COMAL havia escrito ao IBC uma carta desistindo da comissão dos 3%.

O grupo COMAL-Wasin, de que é chefe o Sr. Mário Wallace Simonsen, tendo conseguido embarcar o café e liberar a documentação sem pagar um centavo, sacando a prazo contra a firma do próprio grupo mediante simples aceite dessa firma, ou seja, dêle mesmo, com desprezo de tôdas as garantias de praxe, negociou o café no estrangeiro, apropriou-se de US\$ 25.440.824,39, desviando-os em seu proveito, e quando chegou nas datas dos vencimentos dos saques não pagou ao Banco do Brasil, depois de ter prorrogado os primeiros vencimentos, causando ao Tesouro Nacional o prejuízo correspondente em dólares, e ao IBC, o equivalente em moeda nacional e em café.

Se isso não bastasse, ainda o IBC, pelo seu Diretor Nélson Maculan, apressou-se em pagar à COMAL a comissão integral dos 3% sobre o total de 1.250.000 sacas, no valor de US\$ 1.481.762,40, inclusive, portanto, sobre as 500.000 sacas que não foram pagas, apesar da COMAL ter desistido dessa comissão pela carta de 30 de agosto, fazendo assim o Sr. Nélson Maculan mais essa doação em café do estoque do IBC existente em Trieste através do escritório de Milão, em 6 de dezembro de 1963, no total de 35.179 sacas, o que equivale a mais um desvio em ouro. Também o Sr. Nélson Maculan procurou diminuir a responsabilidade financeira do grupo Mário Simonsen nessa fraude,

permitindo uma “compensação de crédito.”

Cumpra acentuar que nessa ocasião, 6 de dezembro, a Wasin International Inc., de Nova Iorque, já havia deixado de pagar os saques vencidos em 2 de dezembro, no valor de US\$ 1.803.512,20, entre outros.”

Vê-se, dos autos, que a Companhia Comercial Paulista de Café recebeu café do IBC, autarquia da União, e deixou de cumprir obrigações na comercialização do café, causando-lhe prejuízos de importância vultosa.

Vê-se, outrossim, que êsse prejuízo adveio: ou de “apropriação” do dinheiro e café por várias pessoas, tanto do IBC quanto da COMAL, inclusive o paciente e outros não denunciados, ou adveio de “desvio” do dinheiro e café praticado por várias pessoas, tanto do IBC quanto da COMAL, inclusive o paciente e outros não denunciados.

No tocante ao paciente, que é o que interessa ao julgamento desta ação, pergunta-se: onde, como, quando se deu essa apropriação ou êsse desvio?

Os ilustres impetrantes e o paciente encarregaram-se, êles próprios, de demonstrá-lo nos autos.

Vê-se da ata que se acha copiada nas fls. 35 e 36 dêste processo, ata essa que veio para os autos pelas mãos dos ilustres impetrantes, que aos 20 de junho de 1963 o paciente foi nomeado diretor-interino da COMAL, mas nesse documento, produzido pelos impetrantes, ficou esclarecido o seguinte, que transcrevo: “Dando início aos trabalhos, o Sr. Presidente esclareceu aos demais di-

retores que deveriam ficar definidas as funções na diretoria, do Dr. José Saulo Pereira Ramos, nomeado interinamente, por indicação dêle, Presidente, na reunião anterior, de 20 de junho de 1963. Esclareceu que o Dr. José Saulo Pereira Ramos, como era do conhecimento dos demais diretores, desde o início do ano prestava seus serviços profissionais à Companhia, na qualidade de consultor-técnico em economia cafeeira, e como advogado nos casos em que era consultado” (sic).

Aí está a prova de que o paciente, desde pelo menos o início do ano de 1963, vinha servindo na COMAL: a) como consultor-técnico em economia cafeeira; b) como advogado.

Pergunto agora aos eminentes Ministros que já concederam o *habeas corpus*: demonstrado que a COMAL, por seus diretores, juntamente com outros, ou se “apropriou” de café e dinheiro do IBC, ou “desviou” êsse café e êsse dinheiro para proveito de cada uma de suas pessoas ou de outrem; e demonstrado que essa “apropriação” ou êsse “desvio” verificou-se, como esclarecido na denúncia, na parte acima transcrita, na melhor das hipóteses, para o paciente, a partir de 22 de junho de 1963; e demonstrado, como se vê da ata invocada, que o paciente já prestava seus serviços profissionais de consultor-técnico em economia cafeeira, na COMAL, desde o início de 1963; e demonstrado que o paciente, pelo menos a partir de 20 de junho de 1963, já era um dos diretores da COMAL, pergunto eu aos eminentes Ministros: a) aí não está demonstrado o fato cri-

minoso atribuído ao paciente? *b)* aí não está indicada a circunstância de tempo em que êle teria cometido o crime em co-autoria? *c)* aí não está demonstrada a circunstância de lugar em que teria praticado a ação juntamente com outros?

Para que mais, se estamos apreciando a justa causa para a acusação, e não para a condenação?

Por que essa estranha doutrina de o Tribunal Federal de Recursos julgar vários crimes contra a Fazenda Pública em *habeas corpus* sem a instrução criminal? Por que essa aberrante doutrina?

O art. 41, do CPP expressa que a denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com tôdas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

Vê-se dêsse texto que os requisitos da acusação são os seguintes: *a)* exposição do fato criminoso com tôdas as suas circunstâncias; *b)* a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo; *c)* a classificação do crime; *d)* o rol das testemunhas (quando necessário).

Conterà a denúncia todos êsses requisitos?

É só fazer uma leitura, mesmo superficial, do seu texto, para responder afirmativamente.

Com efeito, os itens XI e seguintes da denúncia, como se vê do seu texto, não só expõe o fato criminoso com tôdas as suas circunstâncias, as de tempo, lugar e maneira de execução, como tam-

bém identifica o paciente, que é acusado nessa peça, como, ainda, classifica o crime e contém o rol das testemunhas.

Sem dúvida, a fase mais grave da ação de desviar dinheiro e café públicos em proveito próprio ou alheio, que é ação típica do crime de peculato definido no art. 312, do C.P., e imputada ao paciente e outros, foi praticada, como se vê da denúncia, a partir de 22-7-63 (circunstância de tempo), não só por diretores do IBC, como também por dirigentes da COMAL, dentre êstes figurando o paciente, Dr. José Saulo Pereira Ramos. Essa é a ação tipicamente anti-jurídica e descrita na denúncia de maneira completa. Doutro lado, a êsse tempo, ou melhor, desde o início de 1963, como esclarece a ata fotografada nos autos, e a êles vinda por mãos dos ilustres impetrantes, o paciente, Dr. José Saulo Pereira Ramos, era consultor-técnico em economia cafeeira e advogado da COMAL. Conseqüentemente, a participação criminosa do Dr. José Saulo Pereira Ramos na ação típica descrita na denúncia é admissível, abstratamente, tanto porque era êle consultor-técnico da COMAL em economia cafeeira, e nessa qualidade poderia ter opinado ou aconselhado a prática da ação criminosa acima referida, ou, talvez, executado essa ação; e também porque era advogado dessa sociedade, e como tal poderia ter prestado assistência jurídica aos demais autores do crime; mas assistência jurídica de profissional chamado a participar, como orientador, da ação criminosa, objetivando, com isso, os demais, a se

assegurarem da impunidade. Ora, se tudo isso é admissível abstratamente, por que excluir-se o paciente da denúncia e trancá-la em relação a êle? Não está aí a justa causa para a denúncia? Se justa causa para a acusação é a existência de crime, como decorre do art. 41, do C.P.P., evidente é a conclusão de que, no caso, essa justa causa emerge, sobranceira, dos autos. Porque o paciente, pela situação de consultor-técnico em economia cafeeira e advogado da COMAL, poderia ter participado da ação criminosa. Se participou, se não participou, é isso questão de prova na instrução criminal. O importante é que sua conduta, abstratamente considerada, configure ação criminosa, ajustando-se no tipo definido no art. 312, do C.P. Quanto a isto, dúvida nenhuma permanece no espírito do julgador.

A doutrina do nosso Código Penal sôbre co-autoria é que impõe êste entendimento, como bem o diz o eminente Prof. Francisco Campos, resumindo a dogmática na *Exposição de Motivos do Código*: "O projeto aboliu a distinção entre autores e cúmplices; todos os que tomam parte no crime são autores. Já não haverá mais diferença entre participação principal e participação acessória, entre auxílio necessário e auxílio secundário, entre a *societas criminis* e a *societas in crimine*. Quem emprega qualquer atividade para a realização do evento criminoso é considerado responsável pela totalidade dêle, no pressuposto de que também as outras forças concorrentes entraram no âmbito da sua consciência e vontade. Não

há nesse critério de decisão do projeto senão um corolário da teoria da equivalência das causas, adotada no art. 11. O evento, por sua natureza, é indivisível, e tôdas as condições que cooperam para a sua produção se equivalem. Tudo quanto foi praticado para que o evento se produzisse é causa indivisível dêle. Há, na participação criminosa, uma associação de causas conscientes, uma convergência de atividades, que são, no seu incidível conjunto, a causa única do evento e, portanto, a cada uma das forças concorrentes deve ser atribuída, solidariamente, a responsabilidade pelo todo.

Ficou, assim, repudiada a ilógica e insuficiente ficção, segundo a qual no sistema tradicional o cúmplice "acede" à criminalidade do autor principal. Perde sua utilidade a famosa teoria do autor mediato, excogitada para não deixar impune o cúmplice, quando o autor principal é um irresponsável. Por outro lado, os Juizes já não ficarão em perplexidade, como atualmente, para distinguir entre auxiliar necessário e auxiliar dispensável."

O consagrado criminalista que foi A. J. da Costa e Silva também ensinou a mesma lição (*Código Penal Anotado*, V. I, págs. 194 a 201.)

Outros autores podem ser lembrados, como Hungria, Frederico Marques, Basileu Garcia e Aníbal Bruno, todos a defenderem o mesmo princípio.

Note-se que a denúncia expõe fato que constitui crime continuado de peculato, e que a participação criminosa em qualquer dos

atos parciais que formam a sua típica unidade de ação constitui, por si só, co-autoria, independentemente da participação em todos êsses atos parciais.

Convenhamos em que o co-autor é autor. Porque a co-autoria pressupõe voluntária cooperação no executar o tipo que, em si mesmo, pode também ser cometido por agente ou autor único. Pressupondo consciente cooperação de vários, o subsequente realizar comum do fato se apresenta como execução, por divisão do trabalho, dêsse consciente cooperar. É que no nosso Código perdura o conceito de unidade do crime. Qualquer que seja o número de concorrentes, é crime é único.

Também o crime continuado tem caráter unitário. É crime único para todos os efeitos, inclusive no tocante à participação ou

co-autoria. Quem pratica um só dos atos parciais, ou ações parciais, concorre para a prática do crime, é seu co-autor.

Pelas razões expendidas, nego a ordem.

Decisão

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Prosseguindo-se no julgamento, a decisão foi a seguinte: Concederam a ordem para o fim pedido, por maioria, vencidos os Srs. Mins. Amarílio Benjamin, Antônio Neder e Hugo Auler. Os Srs. Mins. Godoy Ilha, Oscar Saraiva e Armando Rollemberg votaram de acôrdo com o Sr. Min. Relator. O Sr. Min. Hugo Auler encontra-se em substituição ao Sr. Min. Henrique d'Ávila. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Cunha Vasconcellos.

HABEAS CORPUS N.º 1.317 — RS.

Relator — O Ex.^{mo} Sr. Min. Hugo Auler

Paciente — Joaquim Alfredo da Silva Tavares

Impetrantes — Angelito A. Aiquel e outro

Acórdão

Habeas corpus para que o paciente não sofra ação penal por peculato, por isso que não se apontou na denúncia apropriação ou desvio de valores, em proveito próprio ou alheio, o que essencial na configuração dêsse crime.

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Petição de *Habeas Corpus* n.º 1.317, do Estado do Rio Grande do Sul, em que são partes as acima indicadas:

Acorda o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, por

maioria, em deferir o *writ*, em parte, ou seja, para que não se processe o paciente por peculato (art. 312 do Código Penal), na forma do relatório, votos e resultado do julgamento de fls. retro,

que ficam integrando o presente. Custas de lei.

Brasília, 31 de maio de 1965.

— *Henrique d'Ávila*, Presidente;
Djalma da Cunha Mello, Relator
(Art. 77, do RI).

Relatório

O Sr. Min. Hugó Auler: — Sr. Presidente. Os advogados Angelito A. Aiquel e Jamil A. Aiquel impetraram a presente ordem de *habeas corpus* com fundamento nos arts. 647 e 648, inciso I, do Código de Processo Penal, a favor de Joaquim Alfredo da Silva Tavares, que estaria sofrendo coação *sine causa iuris*, resultante do despacho do MM. Dr. Juiz de Direito da 7.^a Vara Criminal de Pôrto Alegre, no Estado do Rio Grande do Sul, através do qual foi recebida a denúncia oferecida pelo Ministério Público contra aquêlê paciente que, no exercício da Superintendência do Plano de Valorização Econômica da Região da Fronteira Sudoeste do País, teria incorrido na prática dos crimes previstos nos arts. 312, 315 e 319 do Código Penal. A denúncia, que, dessarte, deu origem à competente ação penal, imputa ao paciente a autoria dos crimes de haver desviado a importância de Cr\$ 5.000.000 em proveito de Josué Guimarães, Diretor da Agência Nacional; de ter entregue à Prefeitura de Bagé, naquele Estado, a quantia de . . . Cr\$ 10.000.000, pertencente à verba daquela entidade de direito público, dando-lhe assim aplicação diversa da estabelecida em lei; e de haver deixado de habilitar o mesmo órgão no espólio de Emílio

Suñeda Laydner que, anteriormente, se apossara provavelmente da importância de Cr\$ 3.981.000 pertencente à Superintendência do Plano de Valorização Econômica da Região da Fronteira Sudoeste do País. Contra esta imputação argüida pelo Ministério Público, são invocadas a falta de qualidade de funcionário público do paciente para ser sujeito ativo de crimes funcionais contra a pública administração, previstos no Capítulo I, do Título XI, do Código Penal; o fato de que o desvio das importâncias de Cr\$ 5.000.000 e de Cr\$ 10.000.000 teria sido feito em proveito da Agência Nacional e da Prefeitura de Bagé, e, portanto, em benefício do Estado, o que estaria excluindo as figuras típicas dos crimes previstos nos arts. 312 e 315 do citado diploma legal, e, quando não, nestes dois últimos atos, ocorreria a exculpação de que trata o art. 18 do Código Penal, eis que em ambos agiu por ordem do Presidente da República e, portanto, de autoridade hieràrquicamente superior; e, finalmente, que não teria incidido em dolo ao deixar de habilitar a Superintendência do Plano de Valorização da Região da Fronteira Sudoeste do País no inventário de que, em vida, praticaram um desfalque neste mesmo órgão estatal (docs. de fls. 2/13).

Instruindo a petição inicial, foram juntos os docs. de fls. 14/23 dêstes autos.

Liminarmente, solicitei informações ao MM. Dr. Juiz de Direito da 7.^a Vara Criminal de Pôrto Alegre, as quais até a presente data não vieram ter às minhas mãos.

Entretanto, estando presente em dos advogados para sustentar da tribuna a pretensão juridical unilateral contida no presente *writ of habeas corpus* e considerando-me apto a proferir o meu voto, dispense as informações na conformidade do art. 668 do Código de Processo Penal por isso que está suficientemente instruída a petição inicial e, em conseqüência, hei por bem pôr em mesa os respectivos autos para efeito de julgamento.

É o relatório.

Voto (Vencido)

O Sr. Min. Hugó Auler: — Sr. Presidente. Dêste modo empestadas as questões, não poderá ser aceita a tese de que o paciente, na qualidade de Superintendente do Plano de Valorização Econômica da Região da Fronteira Sudoeste do País, não poderá ser considerado funcionário público para ser sujeito ativo de crimes funcionais ou de função, ou seja dos delitos contra a administração pública em geral, compreendidos no Título I, do Capítulo XX, do Código Penal.

Com efeito, de um modo geral, funcionário público é todo aquêle que ocupa, mesmo transitòriamente, um cargo que se caracteriza pelo exercício de uma função pública do Estado. Neste sentido é a lição de Rafael Bielsa, para quem funcionário público é o que, em virtude de designação especial e legal e de modo contínuo, sob formas e condições determinadas em uma delimitada esfera de competência, constitui ou concorre para constituir, expressa ou exe-

cuta a vontade do Estado, quando essa vontade se dirige no sentido de realização de um fim público, quer se trate de uma atividade jurídica, quer se trate de uma atividade social: “*De funcionario publico el que, en virtud de una desigración especial y legal y de una manera contínua, bajo formas y condiciones determinadas en una delimitada estera de competencia, constituye o concurre a constituir y a expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de nu fin publico, ya sea actividad jurídica o social*” (*Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Ed. “El Ateneo”, 1947, tomo II, n.º 240, pág. 56). E Zanobiri dá uma definição mais genérica ao afirmar que funcionário público é todo aquêle que exerce uma função pública a serviço do Estado ou de outro ente público: “*Il funzionario è colui che ezercita una publica funzione al servizio dello Stato o di altro ente publico*” (*Corso di Diritto Aministrativo*, Milano A. Giuffrè, 1958, 6.ª edª, vol. III, pág. 246). É bem verdade que Caston Jeze afirma que o primeiro elemento essencial que permite reconhecer o funcionário público é o caráter permanente, normal, ordinário do emprêgo e da função, conferidos ao indivíduo, mas esclarece que justamente o que deve ser permanente é a função e não a duração do emprêgo, acrescentando que, geralmente, o agente vinculado a um emprêgo permanente tem por si mesmo uma duração permanente, não sendo todavia indispensável essa permanência na função e na ocupação: “*Um premier élé-*

ment qui permet de le reconnaître, c'est le caractère permanent, normal ordinaire, de l'emploi, de la fonction, conférée à l'individu". E mais adiante: "Ce qui doit être permanente, c'est la fonction et non latenure da l'emploi Ordinairement l'agent affecté à un emploi permanente a lui-même una ternure permanente (Les Principos Cénéraux du Droit Administratif, Paris, Ed. Manuel Giard, 1930, tomo II, pág. 234).

E não se há de trazer à colação a moderna doutrina francesa na ciência da administração, que exige como elemento necessário o caráter permanente do cargo e de sua ocupação, de que é exemplo a lição de André de Laubadère, segundo a qual a permanência é um elemento necessário à definição de funcionário público, pois ela diz respeito, concomitantemente, ao emprêgo e à ocupação, razão por que sômente poderá ser considerado funcionário público o que ocupa de maneira permanente um emprêgo por si mesmo permanente: "*La permanence est na élément nécessaire de la définition de fonctionnaire public. Elle concerne à la fois l'emploi et son occupation: est seulement fonctionnaire l'individu qui occupa de manière permanente un emploi lui-même permanente* (Fruité Élémentaire de Droit Administratif, Paris, L.G.D.J., 1953, n.º 1.925, pág. 658).

E a razão da repulsa a esta conceituação se impõe quando se não ignora que esta definição de funcionário público, segundo revela Jean Rivero, se deduz do art. 1.º da Ordenança de 4 de fevereiro de 1959, relativa ao esta-

tuto geral do funcionalismo: Tõda pessoa que, nomeada para um cargo permanente, foi titularizada em um grau da hierarquia das administrações: "*La définition de fonctionnaire se déduit de l'article 1er de l'ordonnance du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires: toute persona qui, nommée dans un emploi permanent, a été titularisée dans un grade de la rierarchie des administrations* (Droit Administratif, Paris, Dalloz, 1960, n.º 423, págs. 347/348). É que, no direito pátrio, funcionário público é a pessoa legalmente investida em cargo público, entendendo-se por cargo público o que é criado por lei, com denominação própria, em número certo, e pago pelos cofres da União, como se pode verificar do art. 2.º, da Lei n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952. Portanto, entre nós, basta a existência do cargo público criado por lei, com denominação própria, a investidura legal e a percepção de vencimentos pelos cofres da União, para que o indivíduo que fôr ocupá-lo, pôsto que transitõriamente, seja considerado funcionário público e esteja sujeito a todos os direitos e obrigações, e, em consequência, às sanções administrativas, civis e penais.

Na hipótese, o Plano de Valorização Econômica da Região da Fronteira Sudoeste do País é um órgão da pública administração, vinculado diretamente ao Poder Executivo, de acõrdo com o disposto na Lei n.º 2.976, de 28 de novembro de 1956, havendo o cargo de Superintendente, Padrão CC-1, sido criado no art. 16 do citado diploma legal. Dessarte, o

Superintendente do Plano de Valorização Econômica da Região da Fronteira Sudoeste do País é, no rigor da expressão, um funcionário público, por isso que investido regularmente em um cargo público, com denominação própria e número certo, criado por lei, pago pelos cofres da União, e no exercício de uma função pública a serviço do Estado. O fato de ser a Superintendência um cargo em comissão, haja vista para o art. 3.º de Regulamento aprovado pelo Decreto n.º 47.625, de 15 de janeiro de 1960, não modifica a conceituação, eis que não desnatura a noção de funcionário público o fato de não se revestir de permanência a respectiva ocupação.

Ademais, mesmo que não se tratasse de funcionário público na mais rigorosa acepção do termo, a verdade é que, ainda assim, para efeitos penais, o paciente, como Superintendente do Plano de Valorização Econômica da Região Fronteira Sudoeste do País, não perderia aquela qualidade funcional para ser sujeito ativo dos crimes previstos no Capítulo I, do Título XI, do Código Penal. É que o legislador houve por bem dar-lhe mais ampla definição ao afirmar que “considera-se funcionário público para os efeitos penais o que, embora transitóriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprêgo ou função pública”, no art. 327 do Código Penal. E como bem o diz Néelson Hungria, “adotando a noção extensiva, o nosso Código ainda lhe deu maior elasticidade, não exigindo, para a caracterização do funcionário público, nem mesmo o exercício pro-

fissional ou permanente de função pública. Pode dizer-se, como corolário do art. 327, que não é propriamente a qualidade de funcionário que caracteriza o crime funcional, mas o fato de que é praticado por quem se acha no exercício de função pública, seja esta permanente ou temporária, remunerada ou gratuita, exercida profissionalmente ou não, efetiva ou interinamente, ou *per accidens* (Comentários do Código Penal, Rio, Ed. Forense, 1959, vol. IX, n.º 156, pág. 401).

Eis as razões por que, tendo sido um funcionário público, pôsto que transitóriamente, o paciente foi sujeito ativo dos crimes funcionais em relação aos ilícitos penais que praticou no exercício da função.

Por outro lado, tenho para mim por provada *si et in quantum* o crime de peculato previsto no art. 312 do Código Penal, por isso que, salvo prova em contrário que não foi feita neste processo de *habeas corpus* e somente poderá ser objeto de defesa na instrução criminal, o paciente, na qualidade de Superintendente do Plano de Valorização Econômica da Região da Fronteira Sudoeste do País, através do cheque n.º 682.341 da Caixa Econômica Federal do Rio Grande do Sul, no valor de Cr\$ 5.000.000, emitido a 3 de dezembro de 1963, desviou esta parcela das verbas daquele órgão estatal em proveito alheio, ou seja a favor de Josué Guimarães, então Diretor da Agência Nacional, o que tanto basta para configurar o delito de que trata a invocada disposição legal. Aliás, o recibo daqueles dinheiros públicos não re-

vela ter o desvio sido feito em benefício desse último órgão da Presidência da República, visto como quem o passou não o fez em nome dessa entidade mas, pelo contrário, em seu nome pessoal. Esta conclusão tanto mais se impõe quanto menos se ignora que, ao contrário do recibo em comento, no que se refere à entrega de Cr\$ 20.000.000 foi feita empresa declaração de que a referida quantia em dinheiro de contado se destinava ao Ministério Extraordinário para a Coordenação dos Negócios de Exportação, atendendo à determinação do Sr. João Goulart, então Presidente da República, que teria autorizado o reembolso no prazo de sessenta dias aos cofres da Superintendência do Plano de Valorização Econômica da Região da Fronteira Sudoeste do País, e que foi liquidado pelo Sr. Ney Neves Galvão através do cheque n.º 331.135 contra o Banco da Província, em 29 de maio de 1964, aliás, depois da Revolução de 31 de março de 1964 (doc. de fls. 16). Nesta altura devo ressaltar que êste empréstimo irregular, envolvendo o estôrno de verbas públicas, passou desapercibido no inquérito policial militar, não obstante a sua consumação, eis que estaria a dominá-lo o princípio de que *factum infectum fieri naequiti*.

Dessarte, enquanto não fôr feita a prova de que a quantia de Cr\$ 5.000.000 reverteu a favor da Agência Nacional, hipótese em que o crime seria desclassificado para o art. 315 do Código Penal, o recibo passado por Josué Guimarães (doc. de fls. 15) e a simples confissão do paciente de que,

por ordem do Sr. Raul Rylif, então Secretário de Imprensa da Presidência da República, lhe adiantara aquela importância pertencente ao patrimônio da Superintendência do Plano de Valorização Econômica da Região da Fronteira Sudoeste do País, demonstram que o desvio se verificou em proveito do indivíduo e não da instituição.

Portanto, houve justa causa para a denúncia do paciente como incurso no art. 312 do Código Penal, eis que, *per definitionem*, o crime de peculato pode ser por desvio ou por apropriação. Na primeira hipótese, o agente, pôsto que sem o *animus rem sibi habendi*, emprega a coisa ou dinheiro de que tem a posse direta ou a posse indireta constituída pela disponibilidade jurídica sem detenção material ou pelo poder de disposição exercível mediante ordem, mandado ou requisição, ou a simples detenção *ratione officii*, em fim diverso para o que lhe estavam confiados o dinheiro e a coisa desde que integrados no patrimônio público; na segunda hipótese, o agente, invertendo o título da posse, passa a dispor dos dinheiros públicos *uti dominus*, Conf.: Néelson Hungria (Ob. cit., vol. IX, n.º 135, pág. 335). Como bem o diz Manzini, o elemento material do crime de peculato consiste no fato de o funcionário público ou encarregado de um serviço público que se apropria ou desvia dinheiro ou outra coisa móvel de que tem a posse em razão de seu ofício ou serviços: "*le elemento materiale del diritto di peculato consiste nel fatto del pubblico ufficiale o dell'incaricato di*

publico servizio che si appropriava o distrae denar o altra cosa mobile, di cui ha il possesso per ragione del suo ufficio o servizio. (Trattato di Dirritto Penale, Tomo, Ntet, 1935, vol. V, n.º 1.291, pág. 112). Na espécie, o paciente desviou sem *animus rem sibi habendi* a importância de Cr\$ 5.000.000, adiantando-a ou emprestando-a a terceiro particular e não a um outro órgão da pública administração, o que define o desvio de dinheiros públicos em proveito alheio, previsto no art. 312 do Código Penal. *Qui pecuniam publicam in nome alicuss ratirnerit, neo erogaverit.*

Por sua vez, não se pode negar a existência do crime de dar às verbas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei, previsto no art. 315 do Código Penal. Com efeito, as verbas concedidas ao Plano de Valorização Econômica da Região da Fronteira Sudoeste do País resultam de dotações orçamentárias, suprimentos ou contribuições das demais entidades ou pessoas interessadas na sua realização, juros de depósitos bancários e produto de operações de crédito, segundo o disposto no art. 8.º da Lei n.º 2.976, de 28 de novembro de 1956, sendo que estes recursos, mesmo quando aplicados na execução do respectivo programa de ação por diferentes setores da administração federal, deverão ter a supervisão daquele órgão a quem compete a coordenação, por força dos arts. 3.º e 4.º do citado diploma legal. Não tem, portanto, o Plano de Valorização Econômica da Região da Fronteira Sudoeste do País a função de carteira de empréstimo

ou de cessão de suas verbas à administração estadual ou municipal, eis que, juridicamente, se não pode argumentar com uma praxe, se ocorre realmente, manifestamente *contra legem*. Ademais, cabe ponderar que as respectivas verbas são destinadas, exclusivamente, a atender aos seguintes objetivos fundamentais como sejam o da valorização do homem da região, através de programas especiais de educação e cultura, de saúde, de serviço social, de habitação e de abastecimento; a valorização da terra e dos meios de produção, através do fomento agropecuário de eletrificação, da industrialização, dos investimentos, e das pesquisas e exploração; a valorização dos órgãos de execução e distribuição, mediante aperfeiçoamento das administrações locais e dos serviços de transportes, comunicações e planejamento, como se verifica do art. 1.º, letra a e e, do Decreto n.º 47.625, de 15 de janeiro de 1960, que regulamentou a Lei n.º 2.976, de 28 de novembro de 1956. E, finalmente, cumpre salientar que o Superintendente, com exceção do poder de examinar e encaminhar a prestação de contas, de que tem a exclusividade, é apenas um executor das resoluções do Conselho Deliberativo, não tendo competência para tomar, sem a audiência deste órgão, qualquer decisão pessoal, *ex vi* do art. 6.º, §§ 1.º e 2.º daquele último diploma legal.

Todavia, no exercício do cargo de Superintendente do Plano de Valorização Econômica da Região da Fronteira Sudoeste do País, o paciente, unilateralmente, sem ou-

vir o Conselho Deliberativo, resolveu dar às verbas públicas dêste órgão uma aplicação não prevista em lei quando emprestou a quantia de Cr\$ 10.000.000, à Prefeitura de Bagé, no Estado do Rio Grande do Sul, da mesma forma porque ilicitamente o fizera com relação à quantia de Cr\$ 20.000.000, ao Sr. Ney Neves Galvão, então Ministro Extraordinário para a Coordenação dos Negócios de Exportação, e com o que deu à verba pública de que tinha a disponibilidade uma aplicação diversa de qualquer uma das suas destinações prescritas no art. 4.º da Lei n.º 2.976, de 28 de novembro de 1956, e no art. 1.º do Decreto n.º 47.625, de 15 de janeiro de 1960. Trata-se, pois, da violação da norma jurídica contida no art. 315, do Código Penal, ou seja, do crime de emprêgo irregular de verbas públicas que são dinheiros especificamente destinados para determinados fins pelas dotações concedidas a certos serviços públicos ou de utilidade pública nas leis de orçamento e que, sob o *nomen juris* de estôrno de verbas, é incriminado no art. 10, inciso 3, de Lei n.º 1.079, de 10 de abril de 1950.

Entretanto, admitindo a prática de tais infrações penais, como sejam as dos arts. 312 e 315 do Código Penal, os impetrantes alegam a favor do paciente a exculpação de que trata o art. 18 do Código Penal, afirmando que êle os teria cometido por determinação do Sr. João Goulart, então Presidente da República, e, portanto, em obediência a ordem de autoridade hieràrquicamente superior. Mas a verdade é que não

há nos autos qualquer adminículo de prova de ter o paciente praticado tais atos ilícitos por ordem do ex-Presidente da República. A favor de sua mera alegação há apenas a sua palavra quando procura justificar o desvio de dinheiros públicos e o estôrno de verbas, feita no inquérito policial-militar mandado instaurar no Plano de Valorização Econômica da Região da Fronteira Sudoeste do País. E como se não ignora porque seja de sabença por demais trivial, ninguém poderá ser crido apenas sob palavra em Juízo Cível ou Penal. Ademais, cabe ponderar que, no que concerne à entrega da quantia de Cr\$ 5.000.000, ao Sr. Josué Guimarães, a ordem teria sido emanada do Sr. Raul Ryff, Secretário de Imprensa de Presidência da República, que não lhe era autoridade hieràrquicamente superior, não se justificando o atendimento pelo simples fato de ter sido ela, porventura, dada em nome do Sr. João Goulart, ex-Presidente da República por outro lado, no que tange à cessão de Cr\$ 10.000.000 à Prefeitura de Bagé, no Estado do Rio Grande do Sul, há apenas a palavra do paciente de que desviara êsses dinheiros públicos para a referida entidade municipal por instrução daquele ex-Presidente da República. Dessarte, não há nestes autos e, portanto, nos do inquérito policial-militar instaurado legítimamente com fundamento do art. 8.º do Ato Institucional de 9 de abril de 1964, que os incorporou sobranceiramente à Constituição Federal, qualquer prova de ter o paciente realmente praticado os crimes previstos nos

arts. 312 e 315 do Cód. Penal, em obediência a ordem de autoridade hierárquicamente superior, que é a exculpante do art. 18 do Código Penal.

Além do mais, a exculpação de que trata o art. 18 do Código Penal somente se impõe quando o agente de crime previsto na lei se constitui em executor de uma ordem que não seja manifestamente ilegal. É que, segundo Von Bar, sob o ângulo estritamente jurídico, o fundamento da impunibilidade de executor de ordem ilegal está no fato de que êle deve ser considerado exculpado por ter incidido em erro de direito, exculpação que a lei assegura como uma espécie de privilégio, justamente para o cumprimento de ordens legais, privilégio que decorre do fato da organização política subordinar geralmente o inferior à autoridade superior: "*Strang juristach betrachtet erachtet die Straflcsigkeit dos Beanteten muf Grund eines gesetzwidrigeu Befehls ale Entschulrigug eines Rechteirrtum, welche von Genets ala cine Art Privileg gowdrt, pens nôtig anch obna Verang, sichermustellen, sin Privileg, das sugleich sich davans ergibt, dass die Statsordnung den Untergchenen in allgemeinon der Autoritat des Vorgesetaten, unterstellt.*" (*Gesetz und Schuld in Strafrecht*, Berlin, 1909, III, pág. 115). Em consequência, se a ordem de superior hierárquico é, juridicamente, ilegal e o erro de apreciação de sua legalidade ou ilegalidade não se revestiu de excusabilidade, não há lugar para a exculpação. Pelo cometimento da

infração penal respondem tanto quem deu a ordem como o que, ao cumpri-la cegamente, lhe deu execução. Dessarte, a ordem de superior hierárquico, emanada em virtude de uma relação de direito administrativo, somente isenta de pena o executor, se não o fôr manifestamente ilegal, razão por que se há de outorgar à autoridade inferior uma certa faculdade de indagação da legalidade da ordem, não podendo êste último ser punido pela sua atitude ao opor-se ao cumprimento da ordem manifestamente ilegal. Como bem o disse De Marsico, a premissa desta solução é o princípio fundamental do Estado moderno: o da autoridade, fôrça centrípeta de tôda a sua atividade. Mas, ao mesmo tempo, o Estado é uma organização jurídica e não pode autorizar e obediência cega de todo inferior somente porque esteja nessa posição de inferioridade. Um excesso de poder de indagação viria lesar o princípio da autoridade: um excesso de dever de obediência violaria o princípio do direito: "*Premessa per la soluzione d'il principio fondamentale delle Stato modernosquello di autorità, forma centripeta di tutte le attività. Ma ad un tempo lo Stato à un'organiszazione giuridicos, e non può autorizzare l'obbedienza cioca di ogni inferiore, solo perchê tale. Un oceano del potere di sindacato agretelerabbe il principio di autorità: un accesso del dovere di obbedienza, quello del diritto.*" (*Diritto Penale*, Napoli, Ed. Dott E. Jovens, 1937, n.º 77, pág. 99).

Com efeito, é princípio rudimentar de Direito que a autori-

dade administrativa poderá, independentemente da declaração judicial de inconstitucionalidade, negar aplicação a uma lei manifestamente inconstitucional não só em face do princípio de hierarquia das leis como para assegurar a ordem jurídico-institucional. Como já o disse Ruy Barbosa, “se a legislatura se acha investida apenas em faculdades restritas, todo ato, que exorbite dêesses limites, é desautorizado *ultra viros*, isto é, exorbitante das forças do poder legislativo, e baldó, portanto, de vigor. Qualquer pessoa poder-lhe-á negar obediência, porque êsse ato é nulo de todo o ponto, e os tribunais, evidentemente, não lhe podem atribuir efeito” (*Os Atos Inconstitucionais*, Rio, Companhia Impressora, 1893, pág. 83). Assim, da mesma forma porque é írrito qualquer ato legislativo contra norma constitucional, também írrito e nenhuma é qualquer ordem do superior hierárquico manifestamente contrária à lei. Poder-se-á dizer que do mesmo modo por que na Constituição estão os limites das leis, estão nas leis os confins do princípio da autoridade. Não incorre, pois, em desobediência o inferior hierárquico que se recusa a cumprir uma ordem manifestamente ilegal pelo simples fato de que, se a cumprir, estará agindo contrariamente ao direito que, por sua natureza, se sobrepõe ao princípio da autoridade. Nesta hipótese, o inferior hierárquico tem, pelo contrário, a obrigação de não obedecer jesuiticamente *parinde ad cadaver* por isso que, segundo bem o diz Giuseppe Bettiol, a força da ordem está na sua legitimidade, ou seja,

na sua correspondência com a vontade da lei, razão por que uma ordem que seja ilegítima não deve ser executada pelo inferior que a tenha recebido: “*La forza dell’ordine sta nella sua legittimità, nella sua corrispondenza cicè alla volontà della legge, per cui un ordine che sia ilegittimo non dovrebbe mai essere eseguito dell’inferiore che le ha ricovuto.*” (*Diritto Penale*, Palermo, Ed. G. Priulla, 1962, pág. 268). Domina pois a matéria, o princípio enunciado por Hafter, segundo o qual se a ordem da autoridade superior visa à prática de um crime, executada pelo inferior, é absurda a opinião de que êste último não tenha agido contrariamente ao Direito. Em qualquer caso subsiste a injuridicidade objetiva: “*Zielt der Befehl des Vorgesetzten auf die Verubüing eines Deliktose ab, das der Untergabene ansführt, ao gehé dio Arnebmé, der Befehlsemptânger habe nicht nachtsvidrig gehandelt, gegen alle Vertunft. Die obiektive Eschtswidrighsit bestacht in jeden Fall.*” (*Lehytuch des Schgisisgrischen Strafrechts, Alegeneinen Teil*, Bera, Verlag Stümpli & Cia., 1936, pág. 180).

Ora, na hipótese *sub judice*, mesmo que o Sr. João Goulart, então Presidente da República, houvesse dado ordens para que o paciente, na qualidade de Superintendente do Plano de Valorização Econômica da Região da Fronteira Sudoeste do País, entregasse as quantias de Cr\$ 5.000.000 ao Sr. Josué Guimarães, da Agência Nacional, de Cr\$ 20.000.000 ao Sr. Ney Neves Galvão, então Ministro Extra-

ordinário dos Negócios de Exportação e de Cr\$ 10.000.000 à Prefeitura de Bagé, no Estado do Rio Grande do Sul, tais ordens teriam sido manifestamente ilegais porque constituíam ações punidas pela lei penal. Como afirma, em síntese, o insigne Costa e Silva, “a ordem é manifestamente ilegal quando excedente da competência do superior ou estranho a ela. Também o é quando se refira a uma ação punida pela lei penal. E mais, quando não se ache revestida das formalidades legais” (Código Penal, São Paulo, Companhia Editôra Nacional, 1943, vol. I, pág. 145). No primeiro caso, a ordem, se executada como o foi desgraçadamente, importou em uma determinação para que o inferior hierárquico cometesse o crime previsto no art. 312 do Código Penal, sendo que ela teria sido dada pelo então Secretário de Imprensa da Presidência da República, e, portanto, porque não tinha competência porque não era autoridade hierárquicamente superior. Nos demais casos, a ordem não só importava, como, em verdade, importou na prática pelo inferior do crime previsto no art. 315 do Código Penal, como também constituiu, em sua origem e em relação ao superior, a prática do crime de estôrno de verbas públicas constantes das leis de orçamento, previsto no inciso 3 do art. 10 da Lei n.º 1.079, de 10 de abril de 1950, ex vi dos arts 2.º e 4.º do mesmo diploma legal.

Nesta altura, relevem-me, pois, os eminentes Ministros a penitência que lhes impus, acompanhando-me neste ensartar de raciocí-

nios lógicos e de citações, mas a tanto fui obrigado, em face das teses sustentadas na petição do presente *habeas corpus* para demonstrar que, em todos os casos, se houve ordens de autoridade hierárquicamente superior, estas ordens foram manifestamente ilegais. E o foram porque evidentemente contrárias ao Direito, eis que o respectivo cumprimento importou, por sua natureza, na prática de ilícitos previstos na lei penal, razão por que, em tais hipóteses, constituiu no dever a desobediência à autoridade hierárquicamente superior. O princípio do respeito à ordem jurídica está, nesta hipótese, a sobrepor-se ao princípio da autoridade na pública administração.

Por tôdas essas razões é que não cabe, na espécie, o reconhecimento da exculpação de que trata o art. 18 do Código Penal.

Por derradeiro há a considerar a imputação feita ao paciente de haver deixado de praticar ato de ofício, como fôsse o de habilitar o Plano de Valorização Econômica da Região da Fronteira Sudoeste do País no inventário de Emílio Zuñeda Laydner que se apossara provavelmente de bens públicos no valor de Cr\$ 3.981.000, pertencentes ao referido órgão do Poder Executivo, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, o que constitui o crime de prevaricação, previsto no art. 319 do Código Penal.

Contra esta imputação é argüida a ausência da prova de dolo que é o elemento moral da infração penal em comento. É o dolo genérico, ou seja, a vontade livremente dirigida no sentido da ação

ou da omissão e o dolo específico representado pela satisfação de interêsse ou sentimento pessoal, e, portanto, de natureza patrimonial ou moral, compreendidos no enunciado do art. 319 do Código Penal. Todavia, o dolo é consciência e vontade, o que levou Giuseppe Maggiore a defini-lo como sendo a livre e consciente determinação da vontade dirigida no sentido de causar um evento contrário à lei penal: e porque os dois elementos da consciência e da vontade, quando diretos a um escôpo, são somados no conceito da intenção, poder-se-á dizer, adiante o ilustre penalista italiano ainda mais sinteticamente, que o dolo é a intenção de causar um evento autojurídico: "*Il dolo va dunque definito come la libera o conseiente determinazione del la volontà intesa a engionaze un evento in contracto alla legge penale. E pèrcher i due elementi della coscienza e della volontà, in quanto diretti a une scopo, si sescumque nel concetto d'intensione, nùo dirci, più sinteticamente ancora, che il dúle è l'intensione di cagionare un evento antigjuridico*" (*Principi di Diritto Penale*, Bologna, Ed. Nicola Zenichelli, 1937, vol. I, pág. 365). Mas a perquirição dessa consciência e dessa vontade, está subordinada ao exame da ocorrência de determinados fatos, de certos motivos e consequências da prática da infração penal, da razão de ser da conduta do agente, e daí a conclusão de que se trata, em última análise, de matéria de alta indagação que sòmente poderá ser averiguada na instrução criminal. Cabe fazer, pois, uma distinção entre a *imuntatio iuris* para efeito

da denúncia que irá servir de suporte ao processo criminal e a *imputatio iuris* que deverá constituir o fundamento da sentença de mérito a ser proferida na ação penal. E neste sentido é que deverá ser entendida a lição de Néelson Hungria que, ao referir-se à relação psíquica que vincula o agente ao evento criminoso, afirmou que "sòmente com a averiguação *in concreto* dêsse nexu subjetivo se pode atribuir ao agente, para o efeito de punibilidade, uma conduta desconforme com a ordem ético-jurídica, ou reconhecer sua incidência no juízo de reprovação que informe o preceito penal" (Ob. cit., vol. I, tomo II, n.º 72, pág. 112).

Sub specie iuris a exposição do fato, contida na denúncia que deu origem à ação penal, informa com todos os seus elementos constitutivos o crime previsto no art. 319 do Código Penal, o que tanto basta para que seja aceita liminarmente a imputação pois a averiguação da ocorrência, ou não, de dolo, é matéria que fica, por sua natureza, condicionada à apreciação das provas a serem produzidas no curso da instrução criminal.

Por todos êstes fundamentos hei por bem denegar, como denego o presente *writ of habeas corpus*.

Questão de Ordem

O Sr. Min. Hugó Auler: — Sr. Presidente. Neste momento levanto uma questão de ordem destinada a esclarecer as razões que me levaram a proferir, desde logo, o julgamento do presente *habeas corpus* nesta Sessão.

Há poucos dias o ilustre advogado do paciente, que viera de Pôrto Alegre, no Estado do Rio Grande do Sul, houve por bem procurar-me, em meu gabinete, para solicitar, verbalmente, o julgamento imediato do presente *writ*, independentemente das informações que já deveriam ter sido prestadas pelo MM. Dr. Juiz de Direito da 7.^a Vara Criminal da capital daquele Estado, alegando que considerava suficientemente instruída a petição inicial. E porque também se me houvesse afigurado perfeita a instrução de modo a permitir o meu julgamento, concordei com a pretensão do digno advogado, acedendo em julgar, desde logo, o presente *habeas corpus*, tanto mais quanto já havia firmado a minha convicção sôbre a respectiva pretensão unilateral e a tanto me permitia o art. 664 do Código de Processo Penal.

Por essas razões tenho para mim que, depois de haver proferido o meu voto de mérito, já não é mais possível dar novamente a palavra ao ilustre advogado que, da tribuna, já defendeu oralmente a sua pretensão jurídica unilateral.

Todavia, para que não possam dizer que eu seja infenso a qualquer liberalismo em matéria de ordem regimental, mormente quando se trata de um dos direitos mais sagrados da personalidade humana, como seja o direito individual de liberdade, não me oponho que seja concedida, novamente, a palavra ao ilustre advogado da impetração.

Questão de Ordem

O Sr. Min. Djalma da Cunha Mello: — Acabo de ouvir que o Relator recebeu documentos novos. Deve referi-los ao Tribunal, se úteis ao esclarecimento do pedido de *habeas corpus*, adiando-se o julgamento.

O Sr. Min. Henrique d'Ávila (Presidente): — Está em discussão a proposta do Sr. Min. Djalma da Cunha Mello de que se suste o julgamento e se o reinicie na próxima Sessão, levando em consideração as informações fornecidas em fotocópia pelo nobre advogado.

Voto (Preliminar-Vencido)

O Sr. Min. Hugó Auler: — Sr. Presidente. Tenho para mim que constitui uma anomalia em matéria processual, acolher-se a preliminar para o efeito de ser ordenada a juntada de documentos e feito nôvo pedido de informações do MM. Dr. Juiz *a quo*, depois de já ter sido iniciado o julgamento do mérito através do proferimento de meu voto, denegando a presente ordem de *habeas corpus*, impetrada com fundamento art. 648, I, do Código de Processo Penal.

Na verdade, Sr. Presidente, quando coloquei em mesa os autos dêste *writ of habeas corpus*, não o fiz sômente porque um dos ilustres advogados da impetração, procurando-me em meu gabinete, declarou expressamente que a pretensão jurídica unilateral estava devidamente instruída para efeito de decisão. Fi-lo também porque, já tendo examinado e estudado os autos, chegara à con-

clusão de que a prova produzida com a petição inicial era bastante para que eu pudesse proferir o meu julgamento, quaisquer que fôsem as informações a serem prestadas pelo Dr. Juiz de Direito da 7.^a Vara Criminal da Comarca de Pôrto Alegre, no Estado do Rio Grande do Sul, tanto mais quanto não se ignora que ao Relator é dada a faculdade de dispensá-las com apoio no art. 664 do Código de Processo Penal. E assim decidi, pondo em mesa os autos, porque os ilustres advogados da impetração haviam juntado cópias fotostáticas da denúncia, dos recibos de entrega de dinheiros públicos a particular, pôsto que exercendo o cargo de Diretor da Agência Nacional, de concessão irregular de verbas da instituição à Prefeitura de Bagé, no Estado do Rio Grande do Sul, do depoimento do paciente, prestado no inquérito policial-militar e do respectivo interrogatório na competente ação penal.

E justamente em virtude dessa documentação foi que pude verificar com isenção de ânimo que havia, na espécie, todos os elementos necessários à *imputatio iuris* que deve servir de suporte à denúncia, eis que em sede de *habeas corpus* não se há de entrar no exame de matéria de alta indagação que, por sua natureza, envolve a *imputatio iuris* que deve servir de alicerces para a sentença de mérito na ação penal.

Dessarte, tenho para mim que pouco importam as informações que sejam prestados pelo Dr. Juiz *a quo* porque elas não irão dizer mais contra o paciente do que os documentos que instruíram

a petição inicial. Eu não julguei o *writ* com documentos estranhos aos autos, nem apresentados por terceiros e, muito menos, pelo Dr. Juiz de Direito da 7.^a Vara Criminal de Pôrto Alegre, no Estado do Rio Grande do Sul, aliás, por mim dispensadas com assento no art. 664 do Código de Processo Penal. Na assentada deste julgamento proferi meu voto com apoio nos documentos com que foi instruído o presente *habeas corpus* pelos dignos advogados da impetração.

Por todos êsses fundamentos é que, na posição de Relator, me oponho à conversão do julgamento em diligência para que sejam juntos os documentos apresentados após o proferimento de meu voto, denegando a ordem de *habeas corpus*, e solicitadas novas informações ao MM. Dr. Juiz de Direito da 7.^a Vara Criminal da Comarca de Pôrto Alegre, no Estado do Rio Grande do Sul.

Voto

O Sr. Min. Godoy Ilha: — Concordo com a sugestão do Sr. Min. Djalma da Cunha Mello porque, por êsses documentos que nos foram presentes, o Juiz realmente prestou as informações.

Estão aqui as fotocópias, devidamente autenticadas. Mas succede que essas informações não chegaram às mãos do Relator na devida oportunidade, pôsto que sòmente agora chegou ao seu conhecimento, através daquelas fotocópias.

Estou de acôrdo com a sugestão.

Voto

O Sr. Min. Oscar Saraiva: — Sr. Presidente, creio que, com a juntada desses documentos, estará atendido o que o Dr. Advogado deseja. Entendo que, nos casos em que o *habeas corpus* é pedido, sob arguição de falta de justa causa, ocorre verdadeira anomalia processual, e supre-se com o *habeas corpus*, o recurso que devera existir, mas que não existe, o que seria o recurso do recebimento da denúncia. Porque o que se argüi no *habeas corpus*, quanto à falta de justa causa, é matéria que diz respeito ao próprio mérito da denúncia, e o Juiz praticamente se vê na contingência de, praticamente, antecipar a sua convicção, que só se formaria normalmente no final do processo. Por isso é, realmente, uma situação anômala, o que não ocorre quando o *habeas corpus* se dirige contra ato do Juiz, que terá que informar sobre possível retardamento, ou preterição de formalidades. Mas quando se impugna a denúncia, parece-me que a única informação pertinente consiste em remeter cópia dessa peça, pois nela é que estão os fundamentos da acusação. De sorte, que, Sr. Presidente, não não vejo em que, neste caso — em que se está discutindo, não só matéria peculiar à atuação do Dr. Juiz, mas, sobretudo, matéria de direito pertinente à legitimidade da denúncia e ao enquadramento dos fatos narrados, dentro da tipicidade criminal — não vejo, repito, Sr. Presidente, em que haja necessidade de maiores informações. Mas, Sr. Presidente, esclareço que falo por mim

nesta matéria. Não obstante e desde que algum dos meus Colegas queira novas informações para seu esclarecimento, estarei de acôrdo, porque a formação da nossa própria convicção varia, é subjetiva; cada um forma seu juízo a seu modo e, por isso, repito, se qualquer Colega deseja diligência, não tenho dúvida em concordar com o pedido, tanto mais quanto, no caso, não há urgência, pois o paciente não está prêso. Não ponho, portanto, nenhum obstáculo ao pedido de diligência. Sr. Presidente, algumas vezes, como o Sr. Min. Djalma da Cunha Mello observou, o Tribunal tem dispensado informações, em casos em que a matéria em debate versa mais sobre atos ou demora do Juiz. E, mesmo, houve casos, como os de Santa Catarina mencionados, em que se pedia o *habeas corpus* por retardamento injusto na formação da culpa. Nesses casos, a falta de resposta do Dr. Juiz levou-me, e com a vênua do Sr. Min. Antônio Neder, acho eu que muito judiciosamente, a conceder o *habeas corpus*, porque excedido o prazo, e não se afirmando como cumpriria ao Juiz esclarecer, o justo impedimento, seria caso de se conceder a ordem.

Mas, no caso em questão, a matéria de fato trazida pelo próprio impetrante, e a matéria de direito versada, escusariam qualquer nova informação. Na matéria *sub judice*, como vem posta, a informação será mera formalidade, porque não modificará os fatos e o direito. Por isso eu, de minha parte, declaro-me apto a julgar. Não pretendo, porém, penetrar no

recesso da consciência dos meus Colegas que desejam maiores informações. De sorte que concordo com a sugestão do Sr. Min. Djalma da Cunha Mello, embora observe que a parte, quando impetra o *habeas corpus*, deve vir com tôda a matéria alegada já instruída e com os documentos que lhe parecem relevantes para o seu propósito. E não cumpre ao Juiz produzir melhor instrução ou defesa, mas o mero esclarecimento do Tribunal.

O Sr. Min. Antônio Neder: — Permito-me apenas esclarecer a Vossa Ex.^a dois aspectos do caso. Primeiro, a lei não obriga o Tribunal a que aguarde as informações da autoridade coatora, para julgar o *habeas corpus*. Se o pedido estiver instruído, o Tribunal poderá dispensá-las. É faculdade reconhecida pela lei, e não obrigação por ela imposta. Segundo, é que a descrição do fato habilita o Tribunal a julgar o pedido. As informações não se fazem necessárias para êste julgamento. O processo esclarece tôda a controvérsia, é o que basta. Julguemos desde logo, mesmo sem as informações, desnecessárias no caso.

O Sr. Min. Oscar Saraiva: — Desejo concluir, Sr. Presidente, para dizer que, de minha parte, dispensaria a diligência, mas em atenção aos eminentes Colegas, concordo com o adiamento.

Voto

O Sr. Min. Amarílio Benjamin: — Quando o Sr. Min. Hugo Auler conferia as peças que o eminente advogado trouxe ao Tribunal, pedi a palavra, pela ordem,

para, apressando-me ao que o Tribunal pudesse decidir, solicitar ao ilustre Colega, patrono do paciente, por intermédio da Presidência, que nos esclarecesse se os documentos apresentados eram fotocópias das informações do Juiz e, ao mesmo tempo, explicasse a relação entre essas informações e os documentos que as acompanhavam. No entanto, advertido pelo Sr. Min. Djalma da Cunha Mello, de que estava com a palavra, achei por bem, respeitando o direito de S. Ex.^a, aguardar a oportunidade de dar, também, a minha opinião. E é o que estou fazendo no momento.

Dispensó já agora, a consulta que, inicialmente, constituiu o ponto de vista que iria adotar. Isto porque, na vizinhança do Sr. Min. Relator, tive o ensejo de passar a vista, embora rapidamente, nas peças que foram apresentadas ao Plenário. Consistem essas peças num ofício de encaminhamento, que o Dr. Juiz processante manda ao Tribunal de documentos constantes dos autos. É verdade que êsse ofício de encaminhamento, pelo trato que o Juiz lhe dá, é a sua própria informação no caso *sub judice*.

Tenho para mim, todavia, que o Juiz não informou suficientemente o pedido de *habeas corpus*. Não só porque essas informações ainda não chegaram à Casa, como também, pelo conhecimento que tive da matéria, porque o Dr. Juiz, acredita que de boa-fé, fugiu a enfrentar, ou ao menos, esclarecer, as alegações da petição da ordem de *habeas corpus*. Ora, o Juiz do *habeas corpus* é senhor absoluto para dispensar as informações ou

nelas insistir. Ao pesar os argumentos do paciente e a conduta da autoridade que deve informar, ou do coator, o Juiz, de acôrdo com a lei, pode julgar desde logo a matéria, ou insistir na manifestação da autoridade acusada. No caso, o Tribunal está deliberando sôbre a proposta do Sr. Min. Djalma da Cunha Mello, no sentido de ser adiado o julgamento, não obstante o voto do Sr. Min. Relator, para que aos autos sejam juntas as peças apresentadas e delas tenham conhecimento os Srs. Ministros. Não tenho dúvida em acompanhar essa proposta, mas, com sinceridade, não posso deixar de dizer aos Srs. Ministros que, para o julgamento, essas informações constantes da fotocópia não têm maior sentido. Muitas das peças — não sou Relator da matéria, mas conferi rapidamente os autos — que estão em fotocópia, acredito já estejam certificadas com a petição de *habeas corpus*. Se o Tribunal quiser julgar com exato conhecimento de causa, com o adiamento, determinará que novas informações sejam solicitadas ao Dr. Juiz de Direito, na forma da lei.

O Sr. Min. Godoy Ilha: — Permita-me uma interrupção? Há aqui, entre os documentos enviados pelo Juiz do processo, a reprodução de um depoimento prestado por um Oficial do Exército, que foi Interventor na Fronteira Sudoeste, após a revolução de 31 de março, depoimento êsse que considero de suma importância para a apreciação da matéria e que não consta das informações da inicial.

O Sr. Min. Amarílio Benjamin: — As considerações que estou desenvolvendo em nada ficam prejudicadas com o aparte do Sr. Min. Godoy Ilha. Ao contrário, o Sr. Min. Godoy Ilha, ao apartear-me, comigo se harmoniza, no mesmo sentido que está norteando minha exposição. Estamos, portanto, de acôrdo.

Voltando ao que dizia, entendo que, se o Tribunal quer julgar com absoluto conhecimento de causa, não deve limitar-se, tão-sòmente, a mandar juntar as peças que forem exibidas. Deve insistir no pedido de informações, seja diretamente ao Juiz, seja por intermédio do Tribunal de Justiça ou da Corregedoria local, como muitas vêzes tenho feito, ressaltando de logo nessa nova determinação que o Juiz se manifeste, conclusivamente, a respeito dos itens da inicial.

Meu pensamento é êste se a Presidência achar que pode deliberar independentemente de consulta à Casa, sôbre o aditivo que proponho, muito bem; do contrário, o Sr. Min. Presidente me fará a fineza de, vencedora a opinião da diligência como já se encontra, consultar novamente o Plenário se, com o adiamento, se devem pedir as informações na forma por que entendo que devem ser solicitadas.

Voto

O Sr. Min. Godoy Ilha: — A observação do Min. Amarílio Benjamin tem procedência, porque o Juiz, respondendo ao pedido de informações, limitou-se a encaminhar certidão de determi-

nadas peças do processo, quando o seu dever era redargüir aos fundamentos do pedido. É verdade que êsses documentos são de certa relevância para o exame da matéria. Mas, isto não exclui a obrigação do Magistrado de justificar o ato malsinado. Estou de acôrdo, porque êsse é o dever do Dr. Juiz *a quo*.

Voto (Preliminar-Vencido)

O Sr. Min. Antônio Neder: — *Data venia* dos Srs. Ministros, estou em que há matéria prejudicial a ser preliminarmente considerada neste julgamento. Trata-se do seguinte: os arts. 662 e 664 do C.P.P. expressam que se pode requisitar informações à autoridade coatora ou dispensá-las. No caso, o Sr. Min. Relator considerou-se habilitado a julgar o pedido de *habeas corpus* independentemente de informações. Vale dizer que as dispensou. Perguntaria eu, então, ao Tribunal: já que o Sr. Min. Relator dispensa as informações, pode o Tribunal considerar necessárias essas informações antes que S. Ex.^a faça o relatório e dê o seu voto? Não será o caso de cada Ministro aguardar sua vez de votar para, apreciando o mérito do pedido, dizer se necessárias se fazem as informações? Trata-se de questão preliminar que se poderia suscitar nesta oportunidade. Dá-se, contudo, que êste julgamento já se acha de certo modo complicado, não me proponho eu a complicá-lo ainda mais. Assim sendo, deixo de suscitar a questão preliminar e passo a apreciar a matéria que se acha em debate, que é a que diz respeito com a necessidade de o Tribunal

aguardar, ou não aguardar, as informações já requisitadas ao MM. Dr. Juiz *a quo*, havido por autoridade coatora, para, assim, julgar o pedido. Esclareço, antes do mais, que o Sr. Min. Relator afirmou neste Plenário que foi o Dr. Advogado impetrante que pediu a S. Ex.^a que julgue o *habeas corpus* desde logo, sem as informações, porque se acha êsse nobre Dr. Advogado empenhado em regressar ao Rio Grande do Sul sem mais demora. Atendendo a êsse apêlo, se dispõe o Sr. Min. Relator a julgar o caso. Doutro lado, tôda a matéria de direito e de fato está exposta na petição inicial de maneira tal, que habilita a Côrte a apreciá-la. A inicial, pelo que se vê do seu contexto, já contém as premissas que habilitam os julgadores a formarem seus juízos. As informações, no caso, são dispensáveis. Por que, então, adiar o julgamento, se é certo que o Sr. Min. Relator se acha habilitado a relatar e julgar o caso, se o Dr. Advogado impetrante pede que se julgue de logo o caso, se nós outros estamos informados do conteúdo jurídico o de fato de tôda a controvérsia através da exposição feita pelo Dr. Advogado impetrante? *Data venia* dos eminentes Srs. Ministros, estou em que o Tribunal pode julgar o caso desde já. Não vejo necessidade de se aguardar as informações. É o meu voto quanto à preliminar.

Decisão

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: O Tribunal, por maioria de votos, vencidos os Srs. Mins. Relator e Antônio Neder,

resolveu converter o julgamento em diligência, não só para juntar, aos autos, as fotocópias das informações fornecidas pelo impetrante, mas também para insistir no pedido de informações do Juiz Criminal. Os Srs. Mins. Godoy Ilha, Oscar Saraiva e Amarílio Benjamín votaram com o Sr. Min. Djalma da Cunha Mello. O Sr. Min. Hugo Auler encontra-se como ocupante temporário da vaga ocorrida com a aposentadoria do Sr. Min. Cândido Lôbo. Não compareceram, por motivo justificado, os Srs. Mins. Cunha Vasconcellos e Armando Rollemberg. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Henrique d'Ávila*.

O Sr. Min. *Henrique d'Ávila* (Presidente): — O Tribunal converteu o julgamento em diligência, para juntar aos autos as fotocópias oferecidas.

O Sr. Min. *Hugo Auler*: — Com efeito, as informações prestadas pelo Dr. Juiz *a quo* já se encontram em minhas mãos. Trata-se de um ofício, encaminhando cópias autênticas de peças da ação penal, as quais, por fotocópias, já foram juntas aos autos dêste *habeas corpus*. Todavia, tenho para mim que estou na obrigação de officiar novamente ao Dr. Juiz *a quo* que êle preste maiores esclarecimentos.

Se não me falha a memória, essa foi a decisão tomada por esta Egrégia Côrte, embora não conste êsse pormenor do resumo do julgamento. Êste Egrégio Tribunal teria decidido que, além da juntada das cópias em comento, cuja autenticidade não foi negada, o Relator teria que pedir novamen-

te informações ao Juiz da ação penal.

Foi dêsse modo que interpretei a decisão desta alta Côrte de Justiça Federal.

O Sr. Min. *Henrique d'Ávila* (Presidente): — Neste caso, o que o Tribunal decidiu foi aguardar as informações para juntá-las aos autos.

O Sr. Min. *Godoy Ilha*: — A informação do Sr. Min. Hugo Auler é verdadeira. O Tribunal, além de mandar aguardar as informações do Juiz, que não seriam satisfatórias se limitadas à remessa da cópia de documentos, como os constantes das fotocópias exibidas pelo patrono do paciente, entendeu que cumpria ao Juiz dar as razões que o levaram ao recebimento da denúncia. E, neste sentido, seriam pedidas novas informações.

O Sr. Min. *Hugo Auler*: — Já providenciei o ofício, mas ocorrendo essa dúvida trouxe o processo à mesa.

Voto (Vencido)

O Sr. Min. *Hugo Auler*: — Sr. Presidente. Em que pese o brilhantismo da defesa feita pelo ilustre advogado da impetração, sustentada da tribuna, eu mantenho em todos os seus têrmos o voto que já tive oportunidade de proferir no julgamento do presente *writ of habeas corpus*.

E, em verdade, o mantenho porque é preciso não esquecer que nós nos encontramos em sede de *habeas corpus*, e não em sede de apelação, não nos sendo lícito percutir matéria pertinente à existência de dolo na prática das infra-

ções penais em comento. Desde que os fatos expostos na denúncia oferecida pelo Ministério Público, de acôrdo com a respectiva narração, constituem crimes previstos na legislação penal, tanto mais quanto há prova documental a permitir a presunção de sua prática pelo paciente, não se há de falar em ausência de justa causa que, aliás, emerge do cotejo das normas contidas nos arts. 41 e 43 do Código de Processo Penal.

Ademais, a perquirição de dolo envolve questão de alta indagação e, dessarte, sômente poderá ser objeto das provas a serem coligidas no curso da instrução criminal e analisadas na sentença de mérito, seja de condenação, seja de absolvição.

Juiz de *habeas corpus* que, no momento, o sou, na assentada deste julgamento, eu me atenho aos fatos que, narrados na denúncia oferecida pelo Ministério Público, não foram objeto de contestação, dando-lhes a interpretação condizente com os fins a que se propõe a peça inaugural da ação penal.

Nessas condições tenho para mim que, até ser feita a prova em contrário, a entrega da importância de Cr\$ 5.000.000 a Josué Guimarães, Diretor da Agência Nacional, constituiu um desvio irregular de dinheiros públicos em proveito do indivíduo e não da instituição de que êle tinha a direção. O recibo que figura por fotocópia nestes autos faz presumir que aquêle valor em dinheiro descontado haja sido desviado para o indivíduo não para a instituição.

O Sr. Min. Godoy Ilha: — Na Sessão anterior tive a oportunidade

de de examinar êsse argumento de Vossa Ex.^a e opor-lhe contestação. Bastou a circunstância de o signatário do recibo ter aposto ao pé da respectiva assinatura a sua qualidade de Diretor da Agência Nacional para se entender que o fêz como diretor dessa repartição. Só os intuitos de má-fé da denúncia é que podiam dizer ter sido cavilatório o ato de haver sido entregue ao Sr. Josué Guimarães, pessoalmente, a importância em questão.

O que V. Ex.^a poderá discutir é a legalidade ou a ilegalidade da ordem.

O Sr. Min. Hugo Auler: — Até a prova em contrário, feita através de um documento extraído da contabilidade da Agência Nacional, demonstrativo de que a importância de Cr\$ 5.000.000 havia entrado para os cofres públicos dêsse órgão da Presidência da República, desde que o recibo não faz esta afirmação, é de presumir-se *si et in quantum* que a quantia em comento foi desviada em proveito alheio, para usar da expressão contida no art. 312 do Código Penal, e não a favor de outro órgão de pública administração, hipótese que configuraria o crime prescrito no art. 315 do citado diploma legal. Aliás, a corroborar a minha presunção está o documento apresentado pelo advogado da impetração na assentada do julgamento anterior, como seja o depoimento prestado pelo General Plínio Lobman de Figueiredo, o qual afirma textualmente: "... podendo adiantar, entretanto, que além daquele telegrama, o declarante viu na Fronteira Sudoeste, um documento, parece que

um telegrama do Gabinete da Presidência da República, em o qual se autorizava o réu a fazer a entrega do empréstimo a Josué Guimarães, dos cinco milhões já aludidos”. Portanto, é a própria testemunha que declara que o empréstimo foi feito a Josué Guimarães e não à Agência Nacional.

O Sr. Min. Godoy Ilha: — V. Ex.^a está insistindo em uma interpretação não autorizada pelos fatos. O paciente recebeu o dinheiro na qualidade de Diretor da Agência Nacional.

O Sr. Min. Hugo Auler: — Prosseguindo, devo frisar que, em relação à diversa aplicação da verba de Cr\$ 10.000.000 já tive oportunidade de demonstrar que, de acôrdo com a legislação que regula as atividades do Plano de Valorização Econômica da Região Fronteira Sudoeste do País, não era possível tal aplicação feita ao arrepio da lei.

O Sr. Min. Godoy Ilha: — Estou votando, como sempre, com tôda isenção de ânimo, e o que é mais importante, com o conhecimento particular dos fatos. Não houve desvio de verbas, nem a denúncia trouxe para os autos o orçamento do Plano de Valorização da Região Fronteira Sudoeste do País para que se pudesse saber das respectivas dotações específicas e, em consequência, afirmar se houve estôrno de verbas orçamentárias. Aliás, a êste respeito, é expressa a lei que criou o referido órgão, ou seja o seu objetivo que é o de acudir a solução dos problemas dos Municípios que integram o território que abrange os Estados do Paraná, Santa Catarina e

Rio Grande do Sul. E há um dispositivo na lei. . .

O Sr. Min. Hugo Auler: — É a Lei n.º 2.976, de 28 de novembro de 1956.

O Sr. Min. Godoy Ilha: — . . . que fala até que tais recursos podem ser empregados para fins estranhos. São aplicações inteiramente estranhas aos fins com que se criou o Plano de Valorização da Região da Fronteira Sudoeste do País.

O Sr. Min. Hugo Auler: — Em prosseguimento, devo esclarecer que o Plano de Valorização Econômica da Região da Fronteira Sudoeste do País, através de sua Superintendência, não poderia entregar dinheiros públicos de suas dotações a quaisquer administrações estaduais ou municipais, pois o legislador foi explícito ao afirmar que o plano abrangeria o desenvolvimento sistemático de medidas, serviços, obras e empreendimentos, a serem realizados na região pelos diversos departamentos do Governo Federal, como se vê do art. 2.º da Lei n.º 2.926, de 28 de novembro de 1956, o que exclui a respectiva realização direta pelos Municípios e pelos Estados e, portanto, a entrega de suas verbas aos governos estaduais e às prefeituras municipais.

Ora, na hipótese, o Dr. Juiz *a quo* explicou que o adiantamento de Cr\$ 10.000.000 à Prefeitura de Bagé, no Estado do Rio Grande do Sul, para que êste órgão promovesse a complementação de obras de saneamento da cidade, foi feito através do Banco do Estado do Rio Grande do Sul, por conta de verbas a serem votadas

para o exercício de 1964. Portanto, a verba ainda não existia porque dependia de votação.

O Sr. Min. Godoy Ilha: — É um fato usual na administração; um fato banalíssimo que não constitui crime, tal seja o de se fazer um adiantamento por conta de créditos orçamentários a serem votados. Se V. Ex.^a é leitor do *Diário Oficial*, deverá, seguidamente, encontrar providências administrativas nesse sentido: créditos orçamentários especiais ou suplementares a serem votados, mas entregues antecipadamente para que as obras possam prosseguir ou ser executadas com economia para o país, possibilitando a aquisição de material, cujo custo está subindo e não pode aguardar a votação do crédito.

O Sr. Min. Hugo Auler: — No que diz respeito à abertura de crédito especial, não pode haver antecipação. Enquanto não fôr aprovado pelo Congresso Nacional e o Presidente da República não baixar o decreto de abertura de crédito especial não pode, e não tenho conhecimento de ter havido qualquer antecipação. Já o contrário ocorre com a suplementação de crédito orçamentário que pressupõe, além de sua abertura, a respectiva aprovação parlamentar. Se se tratar de verbas para as quais o Governo poderá abrir crédito suplementar, domina a matéria o princípio de que em relação aos créditos adicionais necessários à respectiva suplementação, o Poder Executivo pode, realmente, abri-los antes de votadas pelo Congresso Nacional as indispensáveis autorizações, de acôrdo com a interpretação a *contrario*

sensu do art. 90, do Decreto n.º 15.783, de 8 de novembro de 1922, que aprovou o regulamento para a execução do Código de Contabilidade Pública da União. Mas, na hipótese, não se tratou de antecipação feita com base em verba suplementar, nem de crédito especial. Pelo contrário, o paciente, na qualidade de Superintendente do Plano de Valorização Econômica da Região da Fronteira Sudoeste do País, através do Banco do Estado do Rio Grande do Sul, entregou dinheiros públicos à Prefeitura de Bagé, nesse Estado, por conta da dotação orçamentária a ser votada para o exercício financeiro de 1964, cuja fixação ainda iria ter sua base fixada pela Contadoria Central da República, nos termos do art. 44 do citado diploma legal. Dessarte, tenho para mim, salvo êrro de entendimento, porque jamais os tive e os terei de razão, que o empréstimo em comento constituiu o crime de estôrno de verbas, previsto no art. 315 do Código Penal.

Por derradeiro, devo adiantar que o próprio paciente, através do ilustre advogado da impetração do presente *habeas corpus* reconheceu que tais atos se revestiram de ilicitude criminal, tanto assim que fêz questão de pôr-se em alcândora no argüir a seu favor o exculpante do art. 18 do Código Penal.

Todavia, como já tive oportunidade de afirmar em meu voto proferido na pretérita assentada dêste julgamento, mesmo admitida a hipótese de haver o paciente praticado tais atos em virtude de ordens do Sr. João Goulart, então Presidente da República, a verdade é que tais ordens foram

manifestamente ilegais, caso em que o inferior hierárquico tem o direito de opor-se à sua execução sem que incorra em insubordinação. Se, entretanto, as cumpriu, apesar de manifestamente ilegais, e de sua execução resultou a prática de ilícitos penais, não há lugar para a exculpação do art. 18 do Código Penal.

Por essas razões, Sr. Presidente, não havendo a documentação junta aos autos e as novas informações prestadas pelo Dr. Juiz *a quo* tido capacidade para abalar os fundamentos do meu voto anterior, eu o mantenho em todos os seus termos, aos quais faço expressa remissão, para mais uma vez denegar o presente *writ of habeas corpus*.

Voto

O Sr. Min. Djalma da Cunha Mello: — Dou *habeas corpus* para que o paciente não sofra ação penal por peculato, por isso que não se apontou na denúncia apropriação ou desvios de valores, em proveito próprio ou alheio, o que essencial na configuração desse crime. Quando o art. 312 do Código Penal fala em “proveito alheio”, não inclui afronta, por mais grave que seja, à destinação de verbas orçamentárias, com entrega de verba de uma repartição pública a outra, de um a outro serviço federal, visto que isso constitui característica de outra infração, prevista no mesmo Código. Bento Faria, Ministro do Supremo Tribunal, comentando o art. 312, disse ao final de suas ponderações: “Advirta-se, porém, que não existirá peculato quando o desvio expressar apenas o em-

prêgo irregular do dinheiro em proveito da própria administração” (*Código Penal Brasileiro*, ed. 1943, vol. V, pág. 495). A denúncia é uma peça em que se deve narrar o crime e dar razões de convicção ou presunção referentes à responsabilidade criminal, em que se deve capitular, classificar, com segurança, o crime, pena de infringência do art. 41 do Cód. de Processo e, o que pior, do § 25 do art. 141 da Constituição. A promotoria não tem atribuições, poderes, para dar ao crime definição jurídica imprópria e agravante, aumentando sobressaltos, aflição, cuidados, ao delinqüente, impedindo-lhe, cerceando-lhe a defesa. E tem dever de não fazê-lo. A sociedade quer sanear o meio em que a sua evolução se processa, mas, para tranqüilidade de todos, quer-se isenção de ânimo, imparcialidade, esmero, na ação saneadora.

Voto (Vencido, em parte)

O Sr. Min. Godoy Ilha: — O Sr. Min. Djalma da Cunha Mello, que acaba de me anteceder, colocou a questão nos seus devidos termos. Não é, como assevera o Sr. Min. Antônio Neder, que se queira trancar a ação penal, pela via excepcional do *habeas corpus*. Não. Vou ler a denúncia para S. Ex.^a se capacitar de que estamos com a melhor doutrina. A denúncia faz ao paciente três imputações: 1) haver desviado em favor de Josué Guimarães a quantia de cinco milhões de cruzeiros; 2) ter dado à Prefeitura de Bagé a quantia de dez milhões de cruzeiros e 3) não haver habilitado a Comissão de que era pre-

sidente no inventário de seu antecessor, tido em alcance de cêrca de três milhões de cruzeiros, segundo teria apurado a tomada de contas.

E aponta o denunciado como incurso nos arts. 312, 315 e 319 do Código Penal, pelos crimes de peculato, emprêgo irregular de verbas e prevaricação.

Acho extravagante a orientação de certos Promotores Públicos: ou não têm a noção exata do conceito dos delitos pelos quais incriminam determinados cidadãos, ou, então, jogam na loteria. Arrolam dezenas de dispositivos do Código Penal para que o Juiz, na sentença, escolha o que melhor lhe aprouver. É sempre recomendável que a denúncia se abstenha de classificar o delito, pois quem o classifica não é o Promotor, mas o Juiz. Deve ela limitar-se à exposição dos fatos, e isso é o que, em regra, omitem. "Porque no exercício de . . . (lê) desviou a quantia de cinco milhões de cruzeiros, conforme documentação inclusa", diz a denúncia. Essa a primeira acusação: desviou para Josué Guimarães cinco milhões de cruzeiros. Mas, a denúncia não atendeu ao que preceitua o art. 41 do Código de Processo Penal, *in verbis*: "A denúncia ou queixa . . . (lê)." O que é essencial é que o Ministério Público, por dever legal, satisfaça êsses requisitos do citado dispositivo processual, quais os de mencionar o fato criminoso em tôdas suas circunstâncias, aquelas que caracterizam a infração penal. Muito bem. Nada vemos ali. O art. 312 do Código Penal define o peculato como o ato do funcionário público apropriar-se de di-

nheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tenha a posse em razão do cargo, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio. No peculato-desvio é indispensável, além do dolo genérico, o dolo específico. Só se dá o peculato-desvio quando o agente que tem a posse da coisa, ou do dinheiro, o desvia em favor de particular.

Ora, no caso, está abundantemente comprovado no inquérito que instruiu a denúncia, que a entrega dos cinco milhões ao Sr. Josué Guimarães, Diretor da Agência Nacional, foi feita por ordem expressa do Sr. Presidente da República, a cuja alta autoridade estava o denunciado diretamente subordinado. Essa circunstância, além de não contestada, foi expressamente reconhecida no depoimento do General Interventor na Comissão de Valorização da Fronteira Sudoeste, conforme consta de depoimento que prestou em Juízo, constante de certidão junta aos autos.

Ademais, como ensinam os mais autorizados penalistas, não há aí o chamado peculato-desvio, se o agente muda o destino da coisa em proveito da própria administração, como observa Nelson Hungria nos seus comentários ao art. 312 do Código Penal (vol. 14, pág. 347).

Não está assim caracterizado o delito de peculato atribuído ao paciente.

Já não me refiro ao adiantamento feito pelo acusado à Prefeitura de Bagé, porque considerá-lo como tal seria uma monstruosidade jurídica, qual a de acusar-se como peculatório a um

funcionário graduado que dirige um órgão como êste, incumbido de dar assistência financeira aos Municípios situados, como aquêle, na fronteira sudoeste do país, de acudir na solução dos seus problemas mais urgentes, e que limitou-se a antecipar àquela Municipalidade determinado quantitativo do crédito que lhe estava destinado, além de tê-lo feito por ordem expressa do Sr. Presidente da República, e que não foi contestado.

O Sr. Min. Hugo Auler: — Ele não está respondendo pelo crime de peculato por êsse fato. O art. 315 diz: (lê).

O Sr. Min. Godoy Ilha: — O Promotor devia, então, particularizar a acusação.

O Sr. Min. Hugo Auler: — Ele dá três condutas típicas.

O Sr. Min. Godoy Ilha: — O Promotor diz, aqui: "incurso nas sanções dos arts. 312, 315 e 319 do Código Penal Brasileiro".

Concordo com V. Ex.^a que o Promotor talvez não desejasse conceituá-lo como tal, só qualificando como peculato o caso do Sr. Josué Guimarães, não obstante a denúncia enquadrar todos os fatos como incidentes nas sanções do art. 312. Aceito a explicação de V. Ex.^a e constato que o Sr. Min. Djalma da Cunha Mello já está em boa companhia, porque também não aceita essa qualificação para os fatos imputados ao paciente. Todavia, mesmo nesse caso, está demonstrado que não houve o peculato-desvio, como mostra Nelson Hungria. O peculato-desvio é o fato de aquêle que é o depositário do bem público o

desvia em proveito alheio, de particular.

O Sr. Min. Antônio Neder: — Permita-me um esclarecimento, não só para atender às premissas de V. Ex.^a.

O Sr. Min. Godoy Ilha: — Pois não.

O Sr. Min. Antônio Neder: — Quando a lei fala em desvio de dinheiro público, o que quer dizer é o seguinte: todo o dinheiro público tem destinação legal. Está no orçamento, ou nas leis orçamentárias. Desde que o dinheiro público, que tem destinação oficial, tenha sido desviado, em proveito alheio ou próprio, isto é, próprio do agente, ou alheio, de pessoa outra que não coagente criminoso, mas ajudado em co-autoria com êle, está provado o desvio. Desde que o dinheiro tenha destinação legal.

Por exemplo: o dinheiro é para o Jardim Zoológico e foi levado para o Jardim Botânico. Então houve o desvio, desde que haja o proveito próprio. Se êle se destinava ao Jardim Zoológico e foi para o Jardim Botânico, e se ao aplicar o dinheiro no Jardim Botânico o agente criminoso se aproveitar dêle, aí estará figurado o peculato.

Desculpe.

O Sr. Min. Godoy Ilha: — V. Ex.^a está pondo abaixo tôda a doutrina penal.

Isso pode ser desvio, no sentido gramatical: desviar de um lugar para outro. Desvio-peculato não se pode considerar o fato de tirar-se determinada parcela dos cofres de uma repartição para outra. Pode constituir qualquer outro delito, menos o de peculato. Está

perfeita a lição de Nelson Hungria: não há desvio-peculato, quando a importância teve outro destino, foi de uma para outra repartição pública.

O Promotor não chega a afirmar que o Sr. Josué Guimarães se tivesse locupletado com essa quantia e, assim, de maneira nenhuma pode-se admitir o peculato-desvio com relação aos cinco milhões.

Com relação aos dez milhões de cruzeiros antecipados à Prefeitura de Bagé, V. Ex.^a admite que não houve crime de peculato, embora o fundamento das suas acusações seja o mesmo. Se V. Ex.^a aceita, para o caso daquela antecipação da verba de dez milhões, que não se verificou o crime de peculato, tem, por consequência, que reconhecer também que, com relação aos cinco milhões destinados à Agência Nacional, a situação é a mesma e não se configura, igualmente, nesse adiantamento, a figura do peculato.

O Sr. Min. *Hugo Auler*: — Êsses cinco milhões foram entregues a um indivíduo, não a uma repartição pública.

O Sr. Min. *Godoy Ilha*: — Êsse argumento não faz honra à cultura de V. Ex.^a. Não se pode afirmar que a importância em questão fôsse dada a um cidadão de nome Josué Guimarães e não ao Diretor da Agência Nacional, porque temos aqui fotocópia do recibo em que Josué Guimarães apôs, abaixo de sua assinatura, a sua condição de Diretor da Agência Nacional (leitura do recibo).

Sr. Presidente, conceituar êsse fato como peculato é atirar muito longe a barra...

De igual modo, com relação à importância de dez milhões antecipada à Prefeitura de Bagé. O nobre e ilustre advogado do paciente afirmou da Tribuna — e dou o meu testemunho de que essa afirmação é verdadeira — que tôdas as obras custeadas pela Comissão da Fronteira Sudoeste não são executadas por êsse órgão, porque êle não dispõe de aparelhamento para isso. A Comissão de Valorização da Fronteira Sudoeste limita-se a elaborar ou aceitar os projetos das obras a serem realizadas à conta das dotações orçamentárias que lhe são consignadas e a fiscalizar a sua execução.

O que houve, no caso, é que a Prefeitura de Bagé, uma das Comunas mais importantes do meu Estado natal, estava a braços com o problema da ampliação dos serviços de abastecimento d'água àquela próspera cidade e, por êsse motivo, obteve da Comissão de Valorização da Fronteira Sudoeste a consignação de uma verba de trinta milhões de cruzeiros, para atender a execução do respectivo projeto e, por recomendação do Sr. Presidente da República, segundo afirmou o acusado — e tenho como verdadeira essa afirmação — aquela Comissão antecipou-lhe os dez milhões. Fê-lo até com muita isenção, porque à época, a Prefeitura de Bagé era dirigida por um adversário político do Superintendente da Comissão, o Dr. Joaquim da Silva Tavares. Isso é fato corriqueiro, comum, na administração pública. O Ministro da Fazenda concede, freqüentemente, antecipações de verbas

por conta de créditos pedidos ao Congresso Nacional.

O Sr. Min. Antônio Neder: — Mas para essas concessões é necessário um ato administrativo. Não podem ser feitas assim, de bôca.

O Sr. Min. Godoy Ilha: — Essa concessão não foi feita “de bôca”, foi antecipada à Prefeitura de Bagé por ordem do Sr. Presidente da República.

O Sr. Min. Antônio Neder: — Se a ordem foi verbal, ela é irregular. Se o Sr. ex-Presidente da República deu essa ordem assim, não devia fazê-lo, porque era necessária uma ordem por escrito.

O Sr. Min. Godoy Ilha: — Êsse é outro problema e, ademais, a Comissão nem necessitava de ordem do Presidente da República para fazer o adiantamento.

O Sr. Min. Hugó Auler: — O dar aplicação diversa a verbas de uma determinada instituição constitui crime de estôrno de verbas, que é previsto na Lei n.º 1.079, como crime de responsabilidade. Ora, o Sr. Presidente da República não poderia ordenar um estôrno de verbas.

O Sr. Min. Godoy Ilha: — Não se trata de estôrno de verbas, o que é coisa completamente diversa e, neste ponto, invoco a qualidade do modesto contabilista que fui, quando ainda estudava Direito. Estôrno de verba não é isso. É a dotação que figura no orçamento com destinação específica e é aplicada em fins diversos. No caso, não se cuida disso e, sim, de antecipação de parte do crédito à Prefeitura de Bagé. A Comissão de Valorização da Fronteira Sudoeste adiantou-lhe essa

quantia de dez milhões e fê-lo com muito acêrto, com muita oportunidade, o que só deveria merecer aplausos e louvores, porque não se deixou prender por peias burocráticas, para atender a uma premente necessidade daquele Município e não deveria, mesmo, esperar que a mão-de-obra encarecesse e que os preços dos materiais se elevassem para só então possibilitar a execução do projeto de ampliação do serviço de abastecimento d’água à cidade.

A última acusação é ridícula, porque nem competia à Comissão de Valorização da Fronteira Sudoeste fazer a habilitação do crédito do inventário do extinto Superintendente. Quem poderia promovê-la seria o Ministério Público da União, mas tal não chegou a ocorrer, porque o inquérito foi remetido à Presidência da República, que mandou ouvir a respeito a Consultoria-Geral da República, depois do que deveria, feita a inscrição da dívida, ser o expediente enviado ao Procurador-Regional da República para êle promover a habilitação, o que, de resto, seria uma providência inócua, porque, como afirmou o advogado, êsse cidadão morreu num acidente aviatório, juntamente com o pranteado Deputado Rui Ramos, deixando a família na miséria. Supõe-se até que êsses valôres tenham sido destruídos no acidente, com o aparelho prêsas das chamas. É hipótese aceitável, porque o malgrado antecessor do paciente gozava de bom conceito, como homem de bem, no meu Estado. É uma acusação até infantil, essa que se procura fazer ao acusado, sem qualquer assento

legal. Em quaisquer dos fatos atribuídos ao paciente, não se vislumbra a figura do peculato, como o demonstrou o Sr. Min. Djalma da Cunha Mello, já agora acompanhado pelos votos vencedores. Então, qual o crime? Seria o emprêgo irregular de verbas, previsto no art. 315 do Código Penal? Mas, aí o delito é de dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei.

Mas, Sr. Presidente, deu-lhes o paciente aplicação diversa da estabelecida em lei. Sequer exhibiu-se o orçamento daquela Comissão para se documentar a infração do art. 315. A Comissão de Valoração da Fronteira Sudoeste tem dotações gerais, inclusive para publicidade, e foi essa uma das razões que levaram o Sr. Presidente da República a determinar ao seu Superintendente que antecipasse à Direção da Agência Nacional a importância de cinco milhões de cruzeiros, que seria oportunamente coberta com as publicações feitas por aquêlê órgão. Não se provou, pois, a infração do citado art. 315 do Código Penal. Era mister que, em confronto com o orçamento daquele órgão, se demonstrasse que o paciente, contrariando o expressamente ali estabelecido, tivesse dado destino diferente a essas verbas. Mas, ainda que assim fôsse, o paciente tem a seu favor a escusa do art. 18 da Lei Penal, pelo qual, se o crime é cometido em estrita obediência a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico, só é punível o autor da ordem.

O vigente Código Penal, neste ponto, foi mais preciso que o de

1890, que aludia simplesmente à ordem ilegal, ao passo que o nôvo estatuto penal se refere à ordem que não seja manifestamente ilegal. O paciente, como diretor de um órgão subordinado diretamente ao Presidente da República, não poderia ter como manifestamente ilegal a determinação que recebera de S. Ex.^a de entregar os cinco milhões à Agência Nacional.

Sòmente a ordem manifestamente ilegal é que não está sujeita a ser cumprida, mesmo porque, se os agentes subordinados hierarquicamente à autoridade suprema se permitissem discutir uma ordem superior, seria a completa subversão de todos os princípios de hierarquia e de disciplina. Imagine V. Ex.^a essa hipótese no terreno militar, se um oficial que recebesse ordem de superior hierárquico fôsse discutir a sua legalidade...

O Sr. Min. Hugo Auler: — Em determinados casos o Código Militar o permite.

O Sr. Min. Godoy Ilha: — Mas é um caso excepcional. A regra é que o subordinado acata as ordens daquele que lhe é hierarquicamente superior, a menos que se trate de ordem flagrantemente ilegal. Mas, o Sr. Presidente da República, no uso das suas atribuições constitucionais, ao determinar que seu subordinado fizesse a antecipação do pagamento não estava dando uma ordem ilegal, e, menos ainda, manifestamente ilegal, a que o Superintendente da Comissão, órgão diretamente subordinado à Presidência da República, pudesse recusar cumprimento. Está, assim,

êle acobertado por essa dirimente penal.

Em julgamento anterior, afirmei que, em regra, a configuração do peculato independe da tomada de contas e, como assinala Nelson Hungria na obra precitada, “o Supremo Tribunal, todavia, embora a princípio vacilasse nos seus julgados, acabou fixando o princípio de que a prévia tomada de contas não é obstáculo ao início do processo criminal desde que, pelas provas colhidas, se constate a existência do crime”. Assim como a sua aprovação pelo órgão administrativo competente não faz coisa julgada oponível no juízo penal como causa extintiva da punibilidade, não estando o juízo penal adstrito, em caso algum, à decisão de outra instância não judiciária, quer no sentido da aprovação, quer no da desaprovação das contas.

No caso, alegou-se e é exato que o Superintendente da Comissão de Valorização da Fronteira Sudoeste presta as suas contas diretamente ao Chefe do Governo, como órgão subordinado à Presidência da República que, por sua vez, as presta ao Congresso Nacional, através do Tribunal de Contas e, no que tange ao período em questão, foram as contas do Presidente da República aprovadas pelo órgão legislativo.

Na hipótese, cuida-se, tão-só, da exata aplicação das dotações orçamentárias, sendo decisivo o pronunciamento do Tribunal de Contas, ao qual a Constituição atribuiu a função precípua de fiscalizar a execução orçamentária, a boa e exata aplicação das respectivas dotações. Com isso, está, a

tôda a evidência, excluída a possibilidade da ocorrência da infração prevista no invocado art. 315 da Lei Penal.

Foi alegado pelo impetrante que as contas foram enviadas ao Presidente da República, que, por sua vez, as prestou perante o Tribunal de Contas.

O Sr. Min. Oscar Saraiva: — Neste caso há algum ato do Tribunal de Contas concreto sobre as contas do administrador?

O Sr. Min. Godoy Ilha: — Sr. Ministro, êle não presta diretamente suas contas ao Tribunal; presta-as à Presidência da República que, de acôrdo com o mandamento constitucional, presta contas diretamente ao Tribunal de Contas, inclusive com a dos demais órgãos que lhe são subordinados. Ora, se o Tribunal aprovou as contas do exercício de 1963 da Presidência da República, onde estavam incluídas as contas dos demais órgãos a ela subordinados, *ipso facto* sendo a Comissão de Valorização da Fronteira Sudoeste órgão subordinado à Presidência da República, foram suas contas aprovadas. Pela Constituição o Tribunal de Contas é o fiscal da execução orçamentária e se êle considera em ordem as verbas orçamentárias que lhe são apresentadas, *tollitur quaestio*, não há o que se discutir mais.

O Sr. Min. Antônio Neder: — Mas isso não faz coisa julgada no Tribunal. As instâncias são diferentes.

O Sr. Min. Godoy Ilha: — Continuo no meu entender de que o Tribunal de Contas é quem examina as contas apresentadas e que sua aprovação final é decisiva.

va, no que tange à correta aplicação das dotações orçamentárias, excluídos, é bem de ver, os casos de desvios, de alcances, de que não se trata na espécie.

O Sr. Min. Amarílio Benjamin: — V. Ex.^a permite um aparte, Min. Godoy Ilha, com o devido respeito que V. Ex.^a me merece? Na hipótese das contas do Presidente da República não é o Tribunal de Contas quem as aprova; êle dá um parecer e o Congresso, através de um ato legislativo, aprova, ou não, as contas.

O Sr. Min. Godoy Ilha: — Mas precedeu à prestação de contas um parecer do Tribunal de Contas e a Câmara aprovou as contas. Enfim, Sr. Presidente, fico dentro do princípio que sustentei e aludi, incidentemente, a essa situação, para mostrar a coerência dos meus votos. Trata-se de circunstância inteiramente anódina para a responsabilidade penal do denunciado. Do contrário, pediria à Câmara que me fizesse a gentileza de enviar o Avulso que publicou a aprovação das contas do Presidente da República relativamente ao exercício de 1963.

Por tôdas estas razões, Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Min. Djalma da Cunha Mello, concedendo o *habeas corpus*, porque não há justa causa para o recebimento da denúncia, não só no que tange ao suposto peculato, como ao pretendido crime de prevaricação, por falta de habilitação do crédito da União no inventário do antecessor do paciente e, no que se refere ao mau emprêgo de verbas, consoante o art. 315, porque não o considerei

provado e, se provado, estava êle cumprindo determinação do Presidente da República.

Concedo a ordem, sem qualquer limitação.

Voto

O Sr. Min. Oscar Saraiva: — Tenho para mim, sem possibilidade de controvérsia e de polémica, que a concessão da ordem de *habeas corpus* por justa causa, para trancar o processo, pressupõe a ilegitimidade manifesta da denúncia. Desde que haja a prova do fato, e indícios de sua autoria, o procedimento criminal se justifica, embora venha a ter êsse ou aquêle desfecho, em razão dos fatos incriminados na denúncia, e como aí articulados. Neste caso foram argüidos como incriminados três fatos. Tenho para mim que um dêles é relevante e justifica a denúncia do acusado. Não direi que haja elementos para a condenação, mas para a incriminação, não no art. 312, nas no art. 315 do Código Penal. Sabemos que o orçamento é instituto constitucional. A Constituição prescreve a ordem orçamentária, cogitado como o orçamento será executado e a lei penal capitula como crimes os desvios dessa ordem. Tenho o ato não só como ilícito administrativo flagrante, mas ainda como suscetível de ser considerado ilícito penal. Julgo que a irregularidade é flagrante e a argüida ordem verbal do Presidente da República não escuda o autor do ato.

O Sr. Min. Godoy Ilha: — Isso foi constatado em ordem telegráfica. No seu depoimento, o

General Interventor da Fronteira do Sudoeste, encontrou o telegrama do Presidente da República determinando essa entrega. Eis o depoimento (lê).

O Sr. Min. Oscar Saraiva: — Pedi a V. Ex.^a a bondade da leitura, e ao que ouvi, no entrecruzar-se de apartes, que não existe um telegrama do Presidente da República; parece-me que ouvi V. Ex.^a afirmar que alguém dissera que teria havido ordem por telegrama do Presidente da República.

O Sr. Min. Godoy Ilha: — O Interventor teria, então, apurado se foi Josué Guimarães que se locupletou ou não.

O Sr. Min. Oscar Saraiva: — O que dizia era o seguinte: êstes atos são irregulares. Em primeiro lugar, o Presidente da República não deve expedir ordens ilegais. Em segundo lugar, o funcionário, se as receber é obrigado a recusar-se ao seu cumprimento e não o exculpa a circunstância de ocupar cargo de confiança, porque o funcionário, se não quiser, como é de seu dever, atender a ordens ilegais, deve deixar as suas funções, mas não deve cumprir a ordem, não se associando a outrem na prática de atos irregulares. Não se trata, contudo, de apropriação, nem de um desvio em benefício próprio.

O Sr. Min. Antônio Neder: — Vou ler duas linhas do depoimento do paciente. O paciente, interrogado pelo Juiz Penal, responde o seguinte (lê). Quer dizer, não foi o Presidente da República que diretamente deu a ordem. Quem a deu foi o Sr. Raul Riff.

O Sr. Min. Oscar Saraiva: — Sr. Presidente, vou retomar o fio

do meu raciocínio, que é simples. É possível que o paciente tenha sido vítima do meio, acreditando na onipotência do Poder Executivo e tendo cegamente cumprido aquilo que lhe pareceu devido.

Ocorre, em verdade, que segundo a Constituição, e de acôrdo com o Código Penal êstes atos são passíveis de incriminação. Mas entendendo que a denúncia se tenha excedido em relação a tais atos que não mereceriam a qualificação de peculato, mas como delitos previstos nos arts. 315 e 318 do Código Penal. Tais fatos justificam, pois, a denúncia e não autorizam o trancamento do processo por falta de justa causa.

O Sr. Min. Godoy Ilha: — Não se pode afastar o delito da culpa. O crime já deixa de ser afiançável dentro do direito penal da culpa.

Trata-se de um velho servidor do Ministério da Agricultura, com mais de trinta anos de bons serviços prestados à administração, e que já foi até convidado para a ONU, para assessor de um órgão da referida organização e que recusou porque, ao tempo, estava impedido, uma vez que já havia sido investido nas funções, e que só depois que deixou o cargo, teve renovado o convite. De modo que êle estava impedido de se afastar.

Quando o crime fôsse sòmente em razão do art. 315, seria defensável e haveria uma alternativa: poderia até pagar fiança e atender ao convite que lhe dirigiu as Nações Unidas. Veja V. Ex.^a que a classificação é muito importante.

O Sr. Min. Oscar Saraiva: — Essa é a minha tendência: conceder *habeas corpus* para desclassificar o delito. Não sou particularmente severo. V. Ex.^a me conhece bem e o Tribunal também. Entendo, porém, que o Tribunal Federal de Recursos é o Tribunal Superior da Administração Pública Federal e o seu órgão de Segunda Instância judiciária. Não é possível que o Tribunal Federal de Recursos tranque, *ex radice*, processo desta ordem, em que há, pelo menos irregularidades que devem ser objeto de processo criminal.

Tenho para mim que não ocorreu a apropriação, nem direta, nem indireta. O agente recebeu, pessoalmente, a quantia mas na sua condição de Diretor da Agência Nacional. Se, por certa negligência, não o declarou, isso não desfigura o ato.

Quanto a entregar dinheiros da Comissão da Fronteira Sudoeste à Agência Nacional, ainda que fôsse como antecipação de possível crédito, julgo que há irregularidade gritante que não pode ser desculpada nem justificada.

Assim concluo: entendo que o processo não deve ser trancado, e deve prosseguir. Por isso concedo a ordem, apenas em parte, ou seja, para que o processo siga, tendo em vista os têrmos dos arts. 315 e 319 do Código Penal.

E noto que o Min. Godoy Ilha já me prestou, a êsse propósito, o respaldo do Egrégio Supremo Tribunal Federal, na desclassificação dos delitos. Denegando o pedido como feito, para o trancamento do processo, concedo a ordem, con-

tudo, para que êste prossiga, com fundamento nos arts. 315 e 319 do Código Penal.

Voto (Conclusão)

O Sr. Min. Djalma da Cunha Mello: — Quero elucidar que deferi *habeas corpus* para que caia a denúncia por peculato, visto que não caracterizado êsse crime. O promotor que procure classificar com apurmo, com justeza, como de seu dever, a infração.

Voto (Vencido, em parte)

O Sr. Min. Amarílio Benjamim: — Srs. Ministros, enquanto se processava a prolação dos votos dos meus eminentes Colegas e a discussão que se feria a respeito, tive oportunidade de passar uma vista d'olhos nos autos do *habeas corpus* e nos documentos que os instruem.

Verifiquei, e isto está salientado pelo debate que se travou, que o paciente é acusado de peculato, desvio de verba, e prevaricação. Tais crimes teriam consistido na entrega de cinco milhões de cruzeiros a determinado cidadão, para a Agência Nacional, e de dez milhões de cruzeiros à Prefeitura de Bagé, e no fato de não haver o réu providenciado a representação do Serviço que dirigia no inventário de antigo delegado, que falecera em acidente e deixara contas em aberto. Constatei, ainda, que o paciente, depondo no inquérito e em Juízo, explicou que fêz a entrega das ditas importâncias por ordem do Sr. Presidente da República e que, quanto à omissão de não haver procedido a representação do órgão,

sob sua direção, no inventário do servidor, que faleceu, deixou de fazê-lo por entender que tal não lhe competia. Assumindo o exercício do cargo, o paciente, no próprio ato de posse cuviu falar, salvo engano, pelo oficial do exército, cujo depoimento também é peça importante do presente caso, e que na época era chefe de gabinete do funcionário que falecera, que havia um desfalque de quase 2 milhões de cruzeiros; no mesmo dia, ou no dia seguinte, instaurou inquérito para apurar o fato. Tal inquérito chegou ao fim e foi enviado ao Sr. Presidente da República.

O paciente, segundo o seu dizer, cumpriu em toda extensão o dever ou a obrigação que lhe podia tocar. Além disso, li o depoimento do referido oficial do exército, General Plínio Luís de Figueiredo, ligado ao Instituto da Fronteira do Sudoeste, de algum tempo. Se não há engano de minha parte, teria sido o chefe de gabinete de uma das administrações anteriores, precisamente aquela do funcionário que sofreu o acidente e em consequência perdeu a vida. Mas o certo é que foi nomeado Interventor da "Fronteira do Sudoeste", após a administração do paciente. Depõe o dito oficial que encontrou diversas irregularidades na administração, mas acentua que, realmente, as ordens de adiantamento vieram do Presidente da República, tanto que êle próprio passou a se interessar pela sua regularização. Não há, portanto, dúvidas a êsse respeito, a respeito dessas circunstâncias.

Lembro-me de que o mencionado oficial, ao se manifestar sobre o caráter ou a conduta do paciente, lhe fez, não obstante as irregularidades apontadas, as melhores referências, atribuindo-lhe reconhecida probidade e acentuado espírito público. Dentro dêsse aspecto, ressaltou que o próprio Exército no Sul, se beneficiara da ação do impetrado, que, entrando em convênio, proporcionara-lhe, naquela Região, a compra de um aparelho de aerofotogrametria, no valor aproximado de 50 milhões de cruzeiros, na base de que também a "Fronteira do Sudoeste" receberia as peças que o instrumento obtivesse. Situei êstes fatos, para dêles decorrer o meu voto. Os fatos a que se refere o paciente e a que se reporta o oficial são extremos da menor dúvida: os adiantamentos foram feitos por ordem da Presidência da República. O paciente, ao assumir o cargo de dirigente do Instituto, mal soube que havia um desvio de dinheiro, promoveu um inquérito, êste chegou ao seu final e foi remetido à Presidência da República para os devidos fins.

Diante disso, pergunto? Qual a posição da denúncia? Ela foi lida pelo Sr. Min. Godoy Ilha. Entretanto, uma vez que o meu voto está sendo desenvolvido tendo em vista a matéria de direito e os fatos que já estavam provados ao tempo da peça básica da acusação, lerei também a denúncia, para, com essa leitura, eu próprio demonstrar aos Srs. Ministros, com a reavivação do documento acusatório, a coerência do meu modo de pensar: (lê).

A exposição clara que estou a fazer há de mostrar que a conclusão do meu voto com ela se harmoniza perfeitamente. Antes de chegar ao fecho dessa manifestação, ainda recapitularei, para mim próprio, e para os Ex.^{mos} Juizes, as palavras da lei, tão claras na sua determinação.

“Art. 312. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena — reclusão, de dois a doze anos, e multa, de cinco mil a cinqüenta mil cruzeiros.

§ 1.º Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

§ 2.º Se o funcionário corre culposamente, para o crime de outrem:

Pena — detenção, de três meses a um ano.

§ 3.º No caso do parágrafo anterior, à reparação do dano se precede a sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.

Art. 315. Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei:

Pena — detenção, de um a três meses, ou multa, de mil a dez mil cruzeiros.”

Diante disso, cabe a pergunta que fiz ainda há pouco: a denún-

cia procede, e está bem vazada, classifica adequadamente os fatos todos como criminosos? Sòmente a leitura da denúncia para V. Ex.^{as}, que são tão experimentados na arte de julgar, e tão cuidadosos no pesar as alegações das partes, sejam elas quais forem, demonstra que a denúncia é de uma inépcia gritante. Poucas peças de acusação chegam a essa irrisão ao considerar a conduta alheia. Nada existe na denúncia que de leve, ao menos, procure situar o procedimento do acusado nos lineamentos gerais dos artigos que o promotor reuniu a êsmo no Código Penal. Peculato, por quê? Desvio de dinheiro em proveito próprio, ou alheio? Não é disso que se cuida no caso dos autos. Desvio de dinheiro, que porventura tivesse havido, teria sido para a entidade pública, quer para a Prefeitura de Bagé, quer para a Agência Nacional. Êsses fatos estão acima de dúvida, como acentei. Como se falar em desvio de verbas se, em relação aos dois fatos incriminados, houve autorização do Presidente da República, numa praxe que é abusiva, mas que, na verdade, é reiterada neste País, sobretudo porque, apesar dos nossos sentimentos democráticos, o que a história aponta é que um Presidente da República chega a ter mais prestígio do que tiveram os dois Imperadores — SS. MM. D. Pedro I e D. Pedro II — isto é, os Presidentes de República fazem o absurdo de transformar o quadrado em redondo e ainda recebem aplausos. E como a prevaricação? Chega a parecer que o Promotor Público não tem noção alguma do crime, ou de Direito

Penal, porque não é a prática do ato, nem o seu retardamento, só por si, que determinam a incriminação; é preciso o dolo específico, que consiste na deliberação de satisfazer interesses, ou sentimentos pessoais. Os tratadistas cuidam exuberantemente da matéria. Ora, se assim é, a verdade é que a denúncia, além de inepta, porque não está vazada, como exige o Código de Processo, no art. 41, sem mesmo delinear as ações de que acusa o paciente, em relação às figuras criminosas indicadas, a denúncia, padece de falta de justa causa, porque, pela sua própria descrição, os atos que o paciente teria praticado não são criminosos. Eis porque, Sr. Presidente, tranqüilo, de consciência leve, como sempre tenho votado nesta Casa, concedo a ordem.

Voto

O Sr. Min. Antônio Neder: — Sr. Presidente, a denúncia, que se acha fotografada na fl. 14, expressa o seguinte:

“O Promotor de Justiça denuncia Joaquim Alfredo da Silva Tavares, brasileiro, casado, com 57 anos de idade, engenheiro-agrônomo, residente na Avenida Palmeira n.º 655, n/cidade, incurso nas sanções dos arts. 312, 315 e 319, combinados com o art. 51 todos do Código Penal Brasileiro, porque êle, no exercício da Superintendência do Plano de Valorização Econômica da Região Fronteira Sudoeste do País, no dia 3 de dezembro de 1963, em razão de seu cargo, desviou a Josué Guimarães a quantia de cinco milhões de cruzeiros, conforme documentação inclusa (fls. 38, 377 e 378 do

IPM); no dia 6 de novembro, concedeu um adiantamento de dez milhões de cruzeiros à Prefeitura de Bagé, para complementação de obras de saneamento da cidade, através do Banco do Estado do Rio Grande do Sul, por conta de verbas a serem votadas para o exercício de 1964, conforme documentação inclusa (fls. 379 do IPM); não habilitou a Superintendência no inventário de Emilio Zuñeda Laydner, que se apossou de bens públicos no valor de três milhões, novecentos e oitenta e um mil cruzeiros, pertencentes à referida Superintendência. Por isso e para que se processe e julgue como fôr de direito o referido Joaquim Alfredo da Silva Tavares, requer esta Promotoria tôdas as diligências necessárias ao melhor esclarecimento do fato, inclusive a citação dêle para ser interrogado e se ver processar e a notificação do atual Superintendente da SPVERFSP, bem como das testemunhas abaixo arroladas para prestarem declarações, todos em dia e hora designados”.

Vê-se que o paciente é acusado de haver praticado três crimes, como se lê dessa denúncia, isto é: o de peculato (art. 312 do C.P.), o de emprêgo irregular de verbas públicas (art. 315, do C.P.) e o de prevaricação (art. 319 do C.P.), todos em concurso material (art. 51 do C.P.).

Vê-se, outrossim, que a denúncia expõe os fatos que o M.P. tem por criminosos e dá a classificação de cada um dêles.

O Sr. Min. Amarílio Benjamim afirma que essa denúncia é inepta, que lhe falta justa causa. Afirma que é inepta por não descrever

os fatos criminosos e não satisfazer os demais requisitos do art. 41 do C.P.P. Que expressa essa norma? Expressa o seguinte: "A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com tôdas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas."

O Sr. Min. Amarílio Benjamin: — Gostaria que V. Ex.^a não replicando o meu voto, porque não fui o único a votar, mas justificando o seu — fizesse a demonstração de, na denúncia, haver, em relação ao art. 312, uma indicação que demonstre a existência de peculato. Em resumo: que é o desvio da verba, segundo a denúncia? Qual o fato que é a prevaricação, segundo a denúncia?...

O Sr. Min. Hugo Auler: — V. Ex.^a me permite? Posso responder ao aparte, Sr. Min. Antônio Neder?

O Sr. Min. Amarílio Benjamin: — Só aceitei, se êle permitir.

O Sr. Min. Antônio Neder: — Sim. Agradeço a colaboração de V. Ex.^a.

O Sr. Min. Hugo Auler: — O fato típico do crime de peculato, previsto no art. 312 do Código Penal, reside na circunstância de estar, *si et in quantum*, presumidamente, provado o desvio de dinheiros públicos em proveito alheio. Isso porque o próprio paciente declarou que desviou essa importância por ordem do antigo Secretário de Imprensa do Presidente da República, em favor de Josué Guimarães, que era Diretor

da Agência Nacional. Pelo próprio depoimento do General Plínio Luiz Lehmann Figueiredo compreende-se que o dinheiro foi entregue ao indivíduo e não à instituição. Desde que o desvio se opera a favor do indivíduo e não de uma instituição, há peculato. Quando o desvio se verifica em favor de uma outra instituição de serviço público, há aplicação de verbas diversas da estabelecida em lei, o que caracteriza o crime previsto no art. 315 do Código Penal.

O Sr. Min. Amarílio Benjamin: — Excelência, o modo é nôvo de se debater. Mas aceitei o seu aparte, porque, na verdade, de qualquer maneira, qualquer manifestação minha está sujeita a críticas, quer do povo, quer dos meus doutos e eminentes Colegas. Contraditando V. Ex.^a, sou forçado a dizer que isso que V. Ex.^a me diz é a sua interpretação. O Promotor, na denúncia, não faz a filiação dos fatos a qualquer dispositivo dêstes que cita. O que faz o Promotor é citar os dispositivos em conjunto, de modo genérico, de cambulhada. Está errado. Isto é êrro grave. Continuo replicando: o depoimento do General Figueiredo é de leitura mais recente de minha parte. O General Figueiredo confirma rigorosamente que o dinheiro foi entregue a fulano para a Agência Nacional, tanto que êle, quando Interventor, procurou regularizar, perante o Presidente da República, essas ocorrências. Sou muito atento ao que afirmo. Por isso, é ainda com a tranqüilidade com que votei, que replico ao aparte de V. Ex.^a. Gratíssimo.

O Sr. Min. Antônio Neder: — Sr. Presidente, prossigo. Dizia eu que o Sr. Min. Amarílio Benjamin afirmou que a denúncia é inepta. Digo eu, discordando de S. Ex.^a, que não é inepta a denúncia, porque ela atende, na essência, ao que impõe ao acusador o art. 41 do C.P.P. como justa causa para a acusação. Com efeito, no tocante ao crime de peculato ela expõe o fato criminoso naquela passagem em que diz que o paciente entregou dinheiro público a Josué Guimarães. Que é isso, senão afirmar o desvio do dinheiro público? Para que mais? Não está aí descrita a ação de desviar dinheiro público prevista no art. 312 do C.P.? Por outro lado, o mencionado art. 41 do C.P.P. impõe que o acusador qualifique o acusado. Essa qualificação do acusado (agora paciente) pode ser lida no texto da denúncia. Quem negar há-de? Lá está ela, minuciosa e precisa. Ainda mais: essa norma impõe ao acusador que classifique o crime. Ora, classificar o crime é mencionar a norma que define ou descreve o seu fato típico. Na denúncia o acusador menciona essa norma. Está no seu texto que o paciente praticou o crime dos arts. 312, 315 e 319 do C.P., combinados com o art. 51 desse Código. Para que mais? Não é isso bastante? Dir-se-á que a denúncia descreve cada um dos fatos de maneira concisa. Sim, aceito a observação. Mas denúncia escrita em forma concisa, concentrada, não é denúncia inepta. Afinal, quase tôdas as denúncias são escritas dessa forma. Neste Tribunal, repetidamente, temos

confirmado sentenças condenatórias ou absolutórias em processos instaurados por denúncia escrita nessa forma. Nunca se cogitou de anular o processo por ser inepta denúncia que tal. Saliente-se, doutro lado, que, no caso, o órgão do M.P. que fêz a denúncia é um "Promotor designado". Talvez nem seja de carreira. Mas o certo é que êle afirma na denúncia que o paciente era Superintendente do Plano de Valorização Econômica da Região Fronteira Sudoeste do País, e que, em razão do seu cargo, desviou para Josué Guimarães a quantia de cinco milhões de cruzeiros, conforme documentação inclusa (fls. 38, 377 e 378). Não é isso bastante? Exigir mais é exigir o supérfluo. Eis porque me permito afirmar que o Tribunal Federal de Recursos, com êste julgamento já terminado, porque sou o último a votar, está cometendo, no meu entendimento, *data venia*, um estranho êrro, visto que está aplicando a lei de maneira que não é justa, nem injusta, mas errada, *data venia*, errada. Porque admite como fundamento da sua decisão um fato que não se acha provado, mas alegado apenas. Isso é êrro, de entendimento sem dúvida, e não de vontade, mas êrro que não se admite em Juizes eminentes.

O Sr. Min. Amarílio Benjamin: — Não ponha esta responsabilidade no Tribunal. Ponha em mim. Sou eu quem digo, está provado nos autos que o dinheiro foi para a Agência Nacional: vide o depoimento do General Interventor do Instituto Fronteira do Sudoeste.

O Sr. Min. Antônio Neder: — Não se trata de responsabilizar o Tribunal. Não se cuida de crime, Sr. Ministro. Trata-se de crítica feita de boa-fé e espírito científico, digo-o sem jactância. Mas prossigo e pergunto a V. Ex.^a, onde um depoimento de quem quer que seja prova pagamento ao Tesouro Público? Onde se viu isso? Onde estamos? Pagamento ao Tesouro Público, quer se faça nesta ou naquela repartição, há-de ser provado mediante documento, um recibo ou talão expedido pela repartição competente, devidamente formalizado. Até mesmo no campo do Direito Privado, a prova do pagamento se faz por escrito e não por testemunha. No campo do Direito Administrativo, em se tratando de pagamento feito a repartição pública, não se admite outra prova.

O Sr. Min. Amarílio Benjamin: — O funcionário público depôs e entrou em ligações com a Presidência da República para regularizar a situação. Não existe prova melhor.

O Sr. Min. Antônio Neder: — O depoimento dêsse funcionário por si só, não é bastante para provar e demonstrar a entrega do dinheiro à repartição, à Agência Nacional. Essa entrega, ou melhor, êsse pagamento, só se prova por documento, por escrito. Ao demais, não consta dos autos a prova, a demonstração sequer, de que o Presidente da República de então, o Sr. João Goulart, houvesse ordenado a entrega do dinheiro. O que leio nos autos é referência de uma testemunha a essa ordem do referido ex-Presidente, mas o paciente, no seu depoimento, diz

que recebeu ordem de um Senhor chamado Raul Riff, que não era o Presidente da República, mas assessor dêste, o que é diferente.

O Sr. Min. Amarílio Benjamin: — Posso apartear? O paciente depondo, na verdade, diz isso que V. Ex.^a acaba de informar ao Tribunal, mas logo adiante o paciente acrescenta que, posteriormente, estêve com o Sr. Presidente da República, e êste o autorizou, confirmando a situação existente, e o General Figueiredo Interventor no órgão aludido, pelos papéis constantes nos registros, ou nos arquivos da Casa, confirmou a ordem. Está nos autos.

O Sr. Min. Antônio Neder: — Sr. Min. Amarílio Benjamin, sabe V. Ex.^a, sei eu, sabemos todos que os atos da Administração Pública, ou melhor, os atos administrativos são formais, nunca verbais. Isto é tão rudimentar, que me repugna dizê-lo nesta Casa. Ora essa! Onde estamos? Onde se viu o Presidente da República ordenar verbalmente a entrega de dinheiro público a quem quer que seja, mesmo devido êsse dinheiro, quanto mais indevido, como no caso dos autos? O Presidente da República, inda que autocrata, não pode dizer ao funcionário Pedro ou Manoel que dê dinheiro a Fulano ou Beltrano, ou à repartição tal ou qual. Tudo há-de ser feito por escrito, num processo, sumário que seja, há-de ser feito mediante cumprimento de tantas formalidades. Sabemos que os atos administrativos são todos formais. O Tribunal Federal de Recursos é um Tribunal de direito e não de fato, isto é, não está

dispensado de fundamentar juridicamente suas decisões.

O Sr. Min. Amarílio Benjamin: — Estou no Tribunal Federal de Recursos desde setembro de 1960 e tenho feito esforço até de saúde, para manter o prestígio desta Casa, e ainda agora o meu voto representa a segurança com que aqui tenho votado. Era só.

O Sr. Min. Antônio Neder: — Não estou criticando os Srs. Ministros, mas uma estranha decisão. Isso, eu posso e devo fazer. O aprimoramento da Justiça exige do Juiz que o faça. O Tribunal decidiu que o Presidente da República pode ordenar verbalmente a um funcionário de um serviço, de uma repartição, que dê dinheiro dêsse serviço, dessa repartição, a uma outra, na pessoa de um Josué Guimarães. Se *V. Ex.^a* me mostrar isso como sendo lição dos doutos no Campo do Direito, ou expressão da lei, qualquer que seja ela, eu me curvo, e terei o prazer de acompanhá-lo. Repito que não tenho medo de errar, senão que temo não poder confessar meus erros.

O Sr. Min. Oscar Saraiva: — O Tribunal não entendeu isso.

O Sr. Min. Antônio Neder: — Como não entendeu?

O Sr. Min. Djalma da Cunha Mello: — Não estou impedindo que o Promotor proponha ação penal contra o paciente. Estou liquidando com ação penal por peculato porque não caracterizando o crime de referência. O diretor da repartição entregou verbas a mesma pertencente a outro serviço, a outra repartição, isso não constitui o crime previsto no art. 312 do Código Penal.

O Sr. Min. Antônio Neder: — Como quer que seja, a verdade é que o Tribunal não quis aceitar o argumento de que a matéria controvertida é matéria...

O Sr. Min. Djalma da Cunha Mello: — O Tribunal quer que os crimes sejam classificados sem arbítrio, sem exageros e que sejam punidos os verdadeiros responsáveis; quer que a denúncia capitule o crime sem perder de vista os fatos apurados, só isto.

O Sr. Min. Antônio Neder: — ... é de prova. Entrou o dinheiro na Agência Nacional ou não entrou? É ou não é matéria a ser provada na instrução criminal?

O Sr. Min. Amarílio Benjamin: — *V. Ex.^a* me permite um aparte?

O Sr. Min. Antônio Neder: — Pois não.

O Sr. Min. Amarílio Benjamin: — Peço desculpas a *V. Ex.^a* pela veemência com que estou apartando.

O Sr. Min. Antônio Neder: — Veemente sou eu; *V. Ex.^a* é muito moderado.

O Sr. Min. Amarílio Benjamin: — A minha veemência é provocada pela veemência de *V. Ex.^a*.

O Sr. Min. Antônio Neder: — A minha veemência e a veemência de *V. Ex.^a* são da Justiça para a Justiça e pela Justiça. Digo-o tranqüilamente, sem querer graçar.

O Sr. Min. Djalma da Cunha Mello: — Veemente fui eu com apartes que poderiam ficar para este momento.

O Sr. Min. Antônio Neder: — V. Ex.^a pode apartear à vontade; agrada-me sobremodo.

O Sr. Min. Amarílio Benjamim: — Estou satisfeito com a recepção das minhas desculpas, sinceramente. Pedi o aparte, não só para essas desculpas, como também para acentuar a V. Ex.^a o seguinte. Quando votei, não me preocupei de classificar a ordem do Presidente da República do ponto de vista administrativo. O que me preocupou foi demonstrar, como pretendo tê-lo feito, que a ordem existia. Uma vez que V. Ex.^a pôs o assunto nesses termos estamos sendo levados pelo voto de V. Ex.^a, a proclamar que se a ordem existe, se a ordem é do Presidente da República, e não obedeceu à legalidade, estamos obrigados a tomar outra decisão. É que o Tribunal, de qualquer modo, teria que mandar que a denúncia se completasse e isso importaria na inclusão do Presidente da República, deslocando a competência.

O Sr. Min. Antônio Neder: — Já vou responder o aparte de V. Ex.^a.

O processo é, em princípio, indivisível. Todos sabemos disto. É rudimentar no processo penal: se dez, vinte ou trinta indivíduos praticam um mesmo crime, o princípio é o de que deve a denúncia incluir todos no mesmo processo. A própria lei impõe a indivisibilidade. Mas o processo pode ser desdobrado em casos excepcionais. Sabemos que o ex-Presidente da República está exilado no Uruguai. Como é que o Promotor de Justiça iria incluí-lo na denú-

cia? Processar o ex-Presidente da República é “matar” o processo. Que fazer então? Adotar o princípio excepcional da divisibilidade. Foi o que fez o órgão do M.P.. Seria injusto consagrar a impunidade do paciente por causa do exílio do ex-Presidente.

Neste caso, é indicada a divisibilidade, pois se o ex-Presidente da República está no Uruguai, exilado, vai êle denunciar os dois, para arquivar o processo e matar a ação penal? Seria o mesmo que descumprir a sua missão. Dado que um réu está exilado, o princípio da indivisibilidade do processo manda que se tranque o processo? Não é possível! Onde se viu isso?

O Promotor pode denunciar em relação a 1, 3, 4, 10, ressaltando o princípio de que o indiciado...

O Sr. Min. Amarílio Benjamim: — Peço licença para um aparte.

Pôsto o assunto como V. Ex.^a acabou de pôr, vou, dentro dos limites dos meus conhecimentos, replicando, dizer: Se o Presidente da República deve ser incluído nesse processo, o Promotor Público o que tinha a fazer não era dar a denúncia e ofender grosseiramente ao princípio da indivisibilidade. O que o Promotor tinha que fazer era redigir promoção ou parecer, para provocar a intervenção do órgão do Ministério Público competente.

O Sr. Min. Antônio Neder: — Obrigado a V. Ex.^a. Respondo que isso não modificaria a situação. Exatamente para não incorrer nesse erro, porque isso importaria numa impunidade, por via

oblíqua, do paciente, o Promotor o denunciou a êle sòmente. Perfeito!

Conseqüentemente, Sr. Presidente, eu verifíco que tôdas as regras do art. 41 do Código de Processo Penal foram executadas no texto da denúncia, pelo menos em relação ao crime de peculato.

Dir-se-á: não se provou que o paciente tivesse embolsado o dinheiro. A isso, replico: também não há provas de que o dinheiro tenha entrado para os cofres da Agência Nacional! Sôbre isto, nada sabemos. Êste fato é, ainda, matéria de prova. Por que não se aguarda a instrução criminal? Por que há-de o Tribunal Federal de Recursos conceder, desde logo, o *habeas corpus*, baseado num fato que julga provado, quando, evidentemente, nos autos não consta essa prova?

Por isso eu digo, com o devido respeito, a decisão do Tribunal de Recursos não é justa, nem injusta; é, apenas, errada, tènicamente errada.

A denúncia é perfeita, não é inepta, como disse o Min. Amarílio Benjamin e, se não me engano, um outro Sr. Ministro. A denúncia atende, rigorosamente, ao comando da lei.

O crime de peculato nela descrito está na segunda hipótese do art. 312 do Código Penal.

No caso, o dinheiro público, que seria de uma repartição, foi desviado e entregue a Josué Guimarães. Êle poderia entregar, ou não entregar, êsse dinheiro, à Agência Nacional, e não está provado que o entregou. Se houvesse

nos autos um recibo provando que a Agência Nacional recebeu êsse dinheiro, se houvesse um documento comprovando essa entrega, eu daria o *habeas corpus*.

Aqui, no Tribunal Federal de Recursos, se tranca uma ação penal antes da produção da prova. Nada mais contrário ao Direito, *data venia*.

A decisão, *data venia* dos eminentes Srs. Ministros, é precipitada e não tem apoio na lei.

De modo que, Sr. Presidente, porque já vai tarde e, afinal de contas, o *habeas corpus* já está concedido, e porque queria apenas ressalvar o meu entendimento em matéria pacífica de doutrina, termino: denego a ordem, sem qualquer ressalva.

Decisão

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Prosseguindo-se no julgamento, o Tribunal, por proposta do Sr. Min. Godoy Ilha, deliberou que o Sr. Min. Relator deveria complementar o relatório, em face das informações enviadas pelo Dr. Juiz *a quo*, bem como conceder novamente a palavra ao advogado impetrante, vencidos, em parte, os Srs. Mins. Relator e Antônio Neder; *de meritis* deferiu-se o *writ*, em parte, ou seja para que não se processe o paciente por peculato (art. 312, do Código Penal), vencidos o Relator e o Sr. Min. Antônio Neder, que o denegavam, e os Srs. Mins. Godoy Ilha e Amarílio Benjamin, que o concediam para trancar o processo por falta de justa causa.

Designado Relator para o Acórdão o Sr. Min. Djalma da Cunha Mello. O Sr. Min. Hugo Auler encontra-se como ocupante tem-

porário da vaga ocorrida com a aposentadoria do Sr. Min. Cândido Lôbo. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Henrique d'Ávila*.

HABEAS CORPUS N.º 1.327 — GB.

Relator — O Ex.^{mo} Sr. Min. Henrique d'Ávila

Paciente — Jorge Wallace Simonsen

Impetrante — Heleno Cláudio Fragoso

Acórdão

Habeas corpus. Inaceitável a invocação de ausência de justa causa para o procedimento criminal desde que haja fortes indícios de ter o paciente praticado o ato ilícito ou concorrido para o seu desfecho.

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de *Habeas Corpus* n.º 1.327, do Estado da Guanabara, em que são partes as acima indicadas:

Acorda o Tribunal Federal de Recursos, em Sessão Plena, por maioria, em indeferir o pedido, na forma das notas taquigráficas precedentes, que ficam integrando o presente julgado. Custas de lei.

Brasília, 27 de agosto de 1965.
— *Cunha Vasconcellos*, Presidente;
Henrique d'Ávila, Relator.

Relatório

O Sr. Min. *Henrique d'Ávila*:
— O Professor Heleno Cláudio Fragoso requer a presente ordem de *habeas corpus* em favor de Jorge Wallace Simonsen, brasileiro, casado, banqueiro, domiciliado em São Paulo. Alega que o paciente foi denunciado perante o Juízo da 22.^a Vara Criminal do Rio de Janeiro, juntamente com outros, por ter participado na

qualidade de Diretor da firma Cia. Comercial Paulista de Café (COMAL), em atividades que se afirma serem delituosas, estando incurso no art. 312 do Código Penal. O Tribunal conhece bem a questão porque tem sido ela, reiteradamente, debatida aqui em outros pedidos de *habeas corpus*.

Perante o Juiz da 22.^a Vara Criminal foram denunciados diretores da COMAL e do IBC porque em conluio teriam, principalmente, numa operação ruinosa de 500 mil sacas de café vendidas pela COMAL à Wasin, de Nova Iorque, dado um prejuízo ao Erário de cerca de US\$ 25,000,000.00; êsses diretores são acusados de terem participado de manobras, tratagens e tramas, no sentido de lesar os cofres públicos nessa avultada importância; por isso, foram denunciados como incursos no art. 312, do Código Penal. Na ordem de *habeas corpus* argúi-se que a denúncia é cheia de omissões, de contradições, de falhas e

lacunas, e que assim é inepta, não podendo ter sido aceita pelo Juiz *a quo*; alega-se, além disso, a falta de justa causa para o procedimento criminal, visto que os fatos referidos não constituem em tese o crime pelo qual foi denunciado o paciente, ou seja, o de peculato. Alega-se, também, tratar-se de um caso de responsabilidade colegial e não individual de cada um dos denunciados pelos atos específicos por eles praticados, e que infringiu ao Erário Público essa vultosa sangria. Em síntese, essas são as alegações do impetrante, e que, dado a presença do Dr. Advogado que irá usar da palavra, melhor ficará esclarecido do Tribunal, que já tem debatido a questão e já está a par de todos os seus aspectos.

É o relatório.

Voto

O Sr. Min. Henrique d'Ávila:
— Como viu o Tribunal, Sr. Presidente, o pedido argüi omissões e vícios da denúncia que a tornam, segundo o impetrante, inepta; reputa à mesma a erronia de propugnar pela responsabilidade colegial; e ainda acentua a ausência de justa causa para que se processe o paciente pelo delito de peculato, previsto no art. 312, do Código Penal. A denúncia assim expõe os fatos delituosos atribuídos ao paciente: “O 9.º denunciado, Jorge Wallace Simonsen, e dêste ao 19.º inclusive, Hernani Azevedo Silva, Cleomar Gonçalves, Waldemar Soares Leal, Aldo da Silva Bittencourt, Alceu Barros de Toledo, Fábio Barros de Toledo, José Saulo Ferreira Ra-

mos, Wallace Cochrane Simonsen Neto, John Wallace Simonsen, Luiz Zenha Guimarães, companheiros de diretorias da COMAL e da Wasin, e com o 8.º denunciado, constituindo a maioria absoluta e, às vêzes, a totalidade do capital social dessas sociedades, cooperaram com êle e com os demais denunciados pertencentes ao grupo do IBC, participando das deliberações, assinando correspondência, recebendo as comunicações do IBC, executando cada um a parte que lhe cabia na urdidura geral, sucedendo-se e substituindo-se reciprocamente e beneficiando-se como diretores e donos do capital social, dos recursos ilícitos produzidos pela ação criminosa, e deixando de impedir, na esfera de suas atribuições, que se consumassem tais crimes, participando por atos comissivos e por comportamentos omissivos, das fraudes e demais crimes referidos na denúncia.”

Portanto, põe em relêvo que o mesmo, em conluio e entendimento com outros diretores da COMAL e do IBC, urdiram planos e tramaram estratagemas com o propósito de lesar o Erário Público, em vultosa importância em dólares, quando da execução do esquema da comercialização do café, mormente após o advento da Instrução 60/108, do IBC, que atribuiu à COMAL, com exclusividade, o privilégio de exportar 1.250.000 sacas de café para o exterior. Esta empresa vendeu à Wasin, de Nova Iorque, constituída das mesmas pessoas que integram a diretoria da COMAL e também presidida por Mário Simonsen, 500 mil destas sacas, que

não foram pagas no vencimento, acarretando um prejuízo de mais de US\$ 25.000.000,00. Este fato, como as circunstâncias estão a indicar, não pode ser havido como mero inadimplemento contratual, ou um simples ilícito civil ou administrativo. Há fortes indícios de que êle se reveste de colorido nitidamente criminal, consoante o que se pode verificar do relatório da CPI do Café, instaurada perante a Câmara dos Deputados. É possível que o narrado na denúncia não configure às inteiras o delito referido no art. 312, do Código Penal.

Mas não é lícito negar, por outro lado, que os fatos articulados podem constituir outra daquelas figuras delituosas previstas no Código Penal, catalogadas no elenco dos crimes praticáveis contra a Administração Pública.

A denúncia, portanto, não é inepta *prima facie*. Ela articula fatos que, em tese, podem ser havidos como criminosos.

Por outro lado, convém notar que, com o advento do Código Penal atual, deixou de vigorar entre nós a teoria pluralística da responsabilidade penal. Desapareceu o *concursum delinquentium* e tôdas as formas de cumplicidade. Por fôrça do art. 25, do Código, todos os que concorrerem de qualquer forma para a prática do delito são equiparados ao autor, para todos os efeitos. Não se cogita saber se o co-autor prestou ajuda principal ou secundária para a deflagração do evento, nem da tipicidade dêste auxílio ou ajuda.

E não é lícito obscurecer que o paciente, como membro atuante

te e permanente da direção da COMAL, presente a tôdas as suas deliberações, pode e deve ser incriminado como possível participante das fraudes que desfecharam no avultado desfalque imposto aos cofres públicos.

Por isso, se me afigura inaceitável a invocação de ausência de justa causa para o procedimento criminal.

Mormente levando-se em conta que o paciente não se encontra prêso no momento, nem sobre êle pesa ameaça de prisão.

Só através do sumário de culpa é que poderá ficar esclarecida a participação do paciente na trama criminosa, e a natureza do crime por êle praticado.

Ao MM. Julgador *a quo* é que toca classificá-lo afinal, tendo em vista as provas coletadas. Cumpre, afinal, esclarecer que a denúncia não atribui ao paciente a pretendida responsabilidade coletiva ou coletiva.

Acentua que êle tomou parte, individualmente, na trama criminosa, na qualidade de Diretor da COMAL. Ajudou e auxiliou, por atos seus, os demais acusados, para que a urdidura delituosa pudesse concretizar-se e colimar os seus objetivos.

Por êstes fundamentos, Sr. Presidente, denego a ordem.

Voto

O Sr. Min. Amarílio Benjamin: — Srs. Ministros, acabo de dirigir à Presidência um pedido de licença para tratamento de saúde, e, por isso, serei obrigado a ausentar-me por algum tempo do exercício de minhas funções.

Êsse é o motivo por que, apesar de os Colegas que me precederam haverem pedido vista dos autos, desejar dar o meu voto desde logo.

Sr. Presidente, na base dos votos que emiti noutros feitos, e em conformidade com o que acabou de expor o Sr. Min. Relator, minha conclusão é também pelo indeferimento da ordem. Li com tôda a atenção o memorial que me foi distribuído, inclusive o trabalho do ilustre advogado do paciente, o Dr. Heleno Cláudio Fragoso, cujos créditos de penalista tanto o recomendam na atualidade brasileira, como um jurista de pro, apesar da mocidade. É uma satisfação para todos nós, ver que o gôsto pelo Direito e pela atividade profissional não está desaparecendo, não está sendo esmagado pela rotina e pelo volume de trabalho que todos têm: magistrados, ministério público e advogados. Entretanto, não pude acompanhar os pontos de vista de S. S.^{as}, isto porque, se tivéssemos que generalizar os argumentos constantes da impetração, o que o Tribunal teria a fazer, e até ganhando tempo, era acolher êste pedido e, em seguida, estender a todos os outros implicados a concessão da ordem. Ora, evidentemente isto não se poderia fazer, porque as ações apontadas constituem irregularidades que não deixam de estar situadas na linha do direito punitivo. A formação da culpa na base das provas, das investigações, da contribuição dos advogados e do representante do Ministério Público, irá delinear a figura criminosa, ou demonstrar a sua inexistência. E se tiver havido crime a sentença dará a sua

exata classificação. Tenho que, em verdade, o Ministério Público, em casos como êste, deveria, através de seu representante, levar ao máximo o cumprimento das exigências legais, inclusive detalhando, em relação a cada acusado, a ação desenvolvida relativamente ao delito, bem como a exata definição dos fatos. Digo assim sem me contradizer com os pontos de vista que, da tribuna, o eminente advogado teve a bondade de recordar. Acho que, em qualquer das atividades da nossa profissão, seja no Ministério Público, seja na advocacia, seja na magistratura, o esforço de cada profissional deve fazer sempre o que esteja a seu alcance para dar, exatamente, o seu pensamento, a sua interpretação, sôbre o direito, principalmente quando o direito que está em jôgo é a liberdade, tutelada com o rigor estabelecido pela Carta Magna de 46. Por isso mesmo não assumo a responsabilidade de dizer que a denúncia, no presente caso, seja uma denúncia modelar. Daí, entretanto, não chego à conclusão de que não vale nada e que não serve nem para orientar as investigações do sumário.

Enquanto o eminente advogado pronunciava a sua oração, das melhores que já ouvi, não só o acompanhava, como conferia os têrmos da denúncia, e verificava que esta alinha os fatos pelos quais denunciou os pacientes. Êsses fatos são, entre outros: desvio de cafés, substituição de cafés de um tipo por outro, retenção indevida, especulação com os *warrants*, ao contrário do que os próprios comunicados ou autorizações faziam supor. E, a êsse respeito, fiquei

com a impressão de que o café depositado não poderia garantir *warrants* em favor do depositante ou da companhia autorizada. O café depositado deveria ficar, desde logo, à disposição do Instituto.

E, por fim, o grande caso: o desvio de 1.200.000 sacas de café, sem que as garantias houvessem sido apresentadas. Esgotou-se o prazo, e essa irregularidade não foi sanada. Acredito que ainda hoje essa situação esteja a descoberto.

Dir-se-á, como disse o eminente advogado na sustentação ou na petição do *habeas corpus*, que a essa altura o paciente já não mais fazia parte da diretoria. Mas, que diz a denúncia? Diz que todos os diretores estavam articulados no sentido de obter êsse efeito. De sorte que a saída da diretoria, no meio ou próximo ao fim, não tem maior importância. Em face dessa presunção de que teria participado do fato delituoso, exige-se que o paciente faça prova de que foi uma pessoa estranha a tôdas essas irregularidades. E essa prova deverá ser feita no processo criminal.

Mas, dir-se-á, assim se transformaria o papel do promotor num regime mais cruel do que a Inquirição. Não é tanto. Se o eminente advogado, entre os elementos que trouxe ao processo também fizesse prova de que, em determinada data, o seu cliente havia deixado, não a direção, mas deixado a firma, ou se se reportasse a referência, constante de alguma ata, de que o mesmo se houvesse manifestado contra o que se vinha praticando e ressalvado sua responsabilidade, apesar de ser

tão rigoroso na apuração da justa causa, seria levado à determinação de excluí-lo da denúncia, pelo menos em relação ao que sucedeu posteriormente. Essa atitude tomada quando ainda não se cogitava de qualquer inquérito ou processo penal, teria sido a demonstração perfeita da correção do paciente. Mas, infelizmente, a denúncia contém elementos suficientes, embora não seja o modelo, e eu me referi, para justificar o processo. O Dr. Juiz, afinal, fará a aplicação da lei, facultando os recursos legais àqueles que se considerarem prejudicados.

É o meu voto.

Voto

O Sr. Min. Hugo Auler: — Sr. Presidente. Em face da exposição da causa e do ensartar dos fundamentos da pretensão jurídica unilateral, cheguei à conclusão, na assentada dêste julgamento, de que o presente pedido de *habeas corpus* se apóia na existência de omissões de que se ressentiria a denúncia, de modo a torná-la inepta; no êrro de estar a responsabilidade penal fundada na responsabilidade colegial; e na ausência de justa causa para que o paciente responda pelo crime de peculato previsto no art. 312, do Código Penal.

Com relação à pretendida inépcia da peça inaugural, devo dizer que, através de um memorial que me foi entregue e ora tenho em mãos, tive oportunidade de ler e examinar a denúncia com que foi instaurado o processo criminal, e dessa leitura e dêsse exame resultou a minha convicção de que

não está a *notitia criminis* padecendo de quaisquer omissões. Pelo contrário, o digno representante do Ministério Público conseguiu fazer uma síntese do denominado escândalo do café que tantos danos causou à economia e às finanças do Estado, através da exposição dos fatos criminosos, com tôdas as suas circunstâncias, da qualificação de todos os acusados, da classificação dos crimes praticados, previstos no art. 312, do Código Penal, em razão da participação concorrente dos elementos da diretoria do Instituto Brasileiro do Café, da Companhia Comercial Paulista de Café. (COMAL) e da Mário W. Simonsen & Sons Trust Co. (Wasin), dando causa à aplicação do art. 25, do Código Penal, e finalmente, o rol das testemunhas destinadas a provar a ilicitude penal dos eventos no curso da instrução criminal. Nessas condições, logo se está a ver que foram preenchidos todos os requisitos essenciais exigidos pelo art. 41, do Código de Processo Penal.

Todavia, foi argüida a circunstância de não ter sido descrito o modo pelo qual o paciente, na qualidade de Diretor da Companhia Comercial Paulista de Café (COMAL), teria concorrido para a execução dos ilícitos penais em comento.

Tenho para mim que não procede essa objeção que somente poderia ter acolhida na sistemática do Código Penal de 1890, dominada pela teoria pluralística da responsabilidade penal. Com efeito, na vigência dessa ab-rogada legislação, o *concursum delinquentium* era subordinado a diversos

graus, envolvendo a natureza de determinados atos de co-participação, quer no que dissesse respeito à autoria singular ou coletiva, à autoria intelectual ou material, quer no que se relacionasse com a cumplicidade moral e material. Na autoria havia a distinção entre o *auxiliator delicto causam dans* e o *auxiliator simplex*; na cumplicidade havia a participação *ante delictum, delicti tempore* e *post delictum*, ou seja, antes, durante e depois da execução. Os diversos modos de participação, quer como causa, quer como condição, é que determinavam a classificação penal. De acôrdo com a teoria pluralística, a legislação tomava por base a natureza dos atos e a sua influência, maior ou menor, na prática e nos efeitos do ilícito criminal para determinar o grau da responsabilidade individual, tendo em vista o modo da participação no resultado do crime, e, em consequência, precisar a respectiva classificação penal, o que implicava em uma nítida distinção entre causa e condição. Tratava-se, pois, de uma distinção empírica por isso que ela dependia do critério usado pelo legislador para conceber o valor concreto da contribuição pessoal com que cada um dos partícipes concorria para a produção do resultado. Entre nós, o legislador de 1890, adotando essa diferenciação entre causa e condição, considerava como autor aquê que dava causa ao crime e como cúmplice o que apenas concorria como condição para a produção do ilícito penal, fixando casuisticamente os vários modos de autoria e de cumplicidade nos arts. 17,

18, 19, 20 e 21, do antigo Código Penal. Neste sentido era a lição de Chaveau-Helie, Garraud, Haus, Bento de Faria e de outros escoliastas das antigas codificações penais.

E justamente por essa razão, pelo fato de os agentes do crime se dividirem em autores morais e materiais, em autores necessários e autores auxiliares, em cúmplices morais e materiais, em cúmplices porque tivessem participado antes, durante ou depois da execução, e a legislação estabelecesse o modo de cada contribuição, foi que o art. 12, do antigo Código de Processo Penal, obrigava o Ministério Público, não só a fazer a narração do fato na denúncia, como também a descrever com pormenor o modo de atuação de cada um dos agentes do crime, para que pudesse, desde logo, ser verificada a exatidão das diversas espécies de classificação penal, como também porque o respectivo órgão deveria dizer, em consequência, as razões de sua convicção ou presunção de terem os denunciados participado de um determinado modo para o cometimento da infração penal, como se poderá verificar ainda da redação do inciso III daquela abrogada disposição de direito processual penal. Nessa época se justificava então o ensinamento de João Mendes, segundo o qual a denúncia, além de narrar o fato criminoso com tôdas as suas circunstâncias, deveria dizer quem o praticou (*quis*), os meios que empregou (*quibus auxiliis*), o malefício que produziu (*quid*), os motivos que o determinaram a isso (*cur*), a maneira por que o pra-

ticou (*quemodo*), o lugar onde praticou (*urbi*) e o tempo (*quando*), segundo se pode ver de sua obra clássica sobre o processo criminal. Estou reproduzindo a citação da lição do velho processualista pátrio que eu aprendi nos tempos acadêmicos, agora repetida no memorial que tenho em mãos.

Mas a verdade é que esta doutrina já está superada, visto como se fundava em nossa antiga legislação penal e processual, dominada pela teoria pluralística da responsabilidade criminal, que distinguia a causa da condição. Realmente, com o advento do Código Penal de 1940 foi de logo abandonada a teoria pluralística, através da qual cada partícipe era elemento de um crime que, segundo Massari, subsistia por si mesmo, e em consequência, desapareceram as figuras do *auxiliator delicto causam dans* e do *auxiliator simplex*, bem como dos cúmplices de ordem moral e material, *ante delictum, delicti tempore* e *post delictum*, em face da repulsa à teoria da cumplicidade-delito distinto ou da teoria da autonomia da cumplicidade (*theorie de la complicité délit distinct. Theorie der Verselbstandigung der Teilnahme.*) E desapareceram por força do princípio geral, segundo o qual “quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a êste cominadas”, contido no art. 25, do Código Penal de 1940, pôsto não se comuniquem as circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime, de acôrdo com o disposto no art. 26, do citado diploma em vigor.

Trata-se, pois, da consagração da teoria monística da responsabilidade criminal, através da qual no *concursum plurium ad delictum*, ou seja, na unidade do delito com pluralidade de agentes, tôdas as ações, seja qual fôr a sua natureza, seja qual fôr a sua influência no resultado, são parificadas porque dirigidas no sentido da produção de um determinado evento em face do princípio da solidariedade, ou seja, de uma adesão de vontades ou de uma conexão de interesses para a obtenção de resultados que constituam estruturalmente um ilícito penal. É a adoção da doutrina da *conditio sine qua non* ou da equivalência das condições que, por sua natureza, carrega, logicamente, a parificação de todos os que concorrem para o cometimento do crime, eis que, nesta teoria, não há distinção entre causa e condição, teoria que, aliás, já fôra, no direito antigo, posta em relêvo por Carrara e mais desenvolvida por Von Buri, Gerland, Liszt Schmidt, Zu Dohna, Battaglini, Antolisei, Von Hippel, Néelson Hungria, Costa e Silva e outros tratadistas do moderno Direito Penal. O legislador pátrio, através do art. 25, do Código Penal de 1940, adotou, dessarte, a teoria de que a causa é o conjunto de tôdas e quaisquer condições necessárias e suficientes para produzir o evento, ou seja, tôdas as ações que, adequadamente, de qualquer modo, em qualquer grau, contribuíram para a produção do evento, concorrendo no processo executivo do crime, pouco importando a forma pela qual os agentes participaram para a prática

do ilícito penal, em face do princípio da parificação.

A participação, seja qual fôr a sua natureza, acessória ou principal, funciona como concausa da manifestação do ilícito penal, pois que a convergência de ações ou omissões, constitui a causa única do evento, determinando a intervenção do princípio da solidariedade na responsabilidade criminal.

Em consequência, não se poderá mais exigir que a exposição do fato criminoso e de suas circunstâncias, contida na denúncia por fôrça do art. 41, do Código de Processo Penal em vigor, aliás contrariamente ao que dispunha o art. 12, do antigo Código de Processo Penal, seja casuística, explicando o modo pelo qual cada um dos partícipes contribuiu para a causação do ilícito penal que é objeto de classificação. Com efeito, na ab-rogada sistemática do Código Penal de 1890, em face da distinção entre o *auxiliator delicto causam dans* e o *auxiliator simplex*, no que concerne à autoria da infração penal, e os vários tipos de cumplicidade que poderiam ocorrer antes, durante e depois da execução (*ante delictum, delicti tempore* e *post delictum*), era necessário determinar a atuação de cada um dos co-autores ou de cada um dos cúmplices para o efeito de determinação da respectiva classificação penal. Mas no sistema do Código Penal de 1940, em face da teoria monística dominada pelo princípio de que é autor todo aquêle que de qualquer modo concorre para a causação do ilícito penal, já não mais se exige a descrição dos atos pra-

ticados pelos que concorreram para a prática de determinada infração penal. A exposição do fato criminoso com tôdas as circunstâncias elementares da definição do ilícito criminal e a qualificação dos que concorreram para a respectiva execução são suficientes para a inauguração da ação penal. O que se há de provar é a solidariedade, ou melhor, a adesão de interêsses e de vontades na obtenção do resultado, o que constitui, por sua natureza, questão estranha ao *habeas corpus* porque, envolvendo matéria de alta indagação, sòmente poderá ser discutida, provada e apreciada, no curso da instrução criminal.

Ademais, cabe ponderar que, no preâmbulo da ação penal, não poderão vir, desde logo, provadas a prática e a autoria do crime ou dos crimes que constituem objeto da imputação feita pelo Ministério Público. A entender-se de outro modo, não seria necessário o contraditório judicial da instrução criminal e bastaria a pretensão punitiva para servir de alicerce à prestação jurisdicional do mérito, envolvendo um decreto de condenação ou de absolvição. Trata-se de perquirição do dolo que é a livre e consciente determinação da vontade no sentido de causar um evento contrário à lei penal, ou de solidarizar-se para essa causação. Mas a perquirição dessa consciência e dessa vontade está subordinada ao exame da ocorrência de determinados fatos, de certos motivos e conseqüências da prática da infração penal, da razão de ser da conduta típica ou atípica do agente, e daí a conclusão de que se trata, em

última análise, de matéria de alta indagação que, escapando do âmbito do *habeas corpus*, sòmente poderá ser averiguada na instrução criminal. Cabe fazer, pois, uma distinção entre a *imputatio iuris* para efeito da denúncia que irá servir de suporte ao processo criminal e a *imputatio iuris* que deverá constituir o fundamento da sentença de mérito a ser proferida na ação penal. E neste sentido é que deverá ser entendida a lição de Néelson Hungria, que, ao referir-se à relação psíquica que vincula o agente ao evento criminoso, afirmou que sòmente com a averiguação *in concreto* dêsse nexos subjetivos se pode atribuir ao agente, para o efeito de punibilidade, uma conduta desconforme com a ordem ético-jurídica, ou reconhecer sua incidência no “juízo de reprovação” que informa o preceito penal.

Essa conclusão tanto mais se impõe quando não se ignora a distinção entre o juízo sòbre a verossimilhança e o juízo sòbre a verdade. O juízo sòbre a verossimilhança ou de probabilidade se resolve em uma conjectura que prescinde de qualquer resultado definitivo sòbre a verdade, podendo fundar-se em presunções; o juízo sòbre a verdade ou de certeza resulta da apuração de questões de alta indagação, devendo, pois, fundar-se em provas. A denúncia, como simples pretensão punitiva, pode ter apoio em um juízo sòbre a verossimilhança, haja vista para o cotejo entre os arts. 41 e 43, I, do Código de Processo Penal, e para a circunstância de que, mesmo na teoria pluralística de responsabilidade

penal consagrada pela nossa abrogada codificação criminal, o legislador já permitia que a *notitia criminis* assentasse apenas em presunções de acôrdo com o art. 12, inciso III, do antigo Código de Processo Penal. Já, ao contrário, a sentença de mérito, seja de absolvição, seja de condenação, há de fixar-se no juízo sôbre a verdade que, representando a certeza da prática do crime e de quem seja o seu autor, deverá exsurgir da instrução criminal. Isto porque a verdade existe como resultado de uma específica indagação que adquire sua plena objetividade pela simples razão de que é extraída do exame de todos os elementos de fato que, históricamente, determinam uma ação ilícitamente penal; a verossimilhança se resolve em uma conjectura, probabilidade ou presunção, a prescindir de uma profunda investigação do fato jurídico-penal, e que sômente poderá ser convertida em verdade através do contraditório judicial inerente à instrução criminal. Eis as razões por que se não pode exigir que a denúncia apresente, desde logo, os elementos de convicção que se exige para a sentença de mérito, seja de condenação, seja de absolvição.

Ademais, desde que a denúncia, bem ou mal, atendeu aos requisitos do art. 41, do Código de Processo Penal, não se há de falar de nulidade processual, por isso que o legislador foi explícito ao determinar expressamente que “as omissões da denúncia ou da queixa, da representação, ou, nos processos das contravenções penais, da portaria, ou do auto de prisão

em flagrante, poderão ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final”, segundo o art. 569, do Código de Processo Penal.

Por derradeiro, há a ponderar que, afastada qualquer idéia de inépcia ou de nulidade, na espécie, a denúncia não existe por si mesma, por isso que teve por suporte o Relatório e as Conclusões da Comissão Parlamentar de Inquérito sôbre os Problemas do Café, de que foi relator o eminente Deputado Herbert Levy, e que dêsse modo passou a constituir uma peça complementar. E se de omissões se ressentir a denúncia, estão elas supridas pela descrição minuciosa das irregularidades constatadas pela Comissão Parlamentar de Inquérito que concluiu pela prática de crimes de apropriação indébita e de estelionato, os quais, em face da co-participação de funcionários da pública administração, se transformaram na infração do art. 312, do Código Penal. A *notitia criminis* jamais é tomada isoladamente, por isso que constitui uma síntese ou uma visão panorâmica da peça que lhe deu origem e que tanto pode ser o inquérito policial, como o inquérito administrativo, o inquérito policial-militar ou o relatório de uma comissão de inquérito parlamentar, cuja instauração é sempre destinada à apuração de ilícitos que, por sua natureza, possam constituir infrações das normas da legislação penal. Por conseguinte, dada a unidade ontológica formada pela denúncia e por qualquer um daqueles processos de investigação, jamais poderá ser alegado qualquer prejuízo para a defesa, que não deve nem pode

ignorar a peça complementar da *notícia criminis* oferecida pelo Ministério Público.

Por sua vez, não é verdade haver a denúncia sido construída sobre os alicerces de uma responsabilidade colegial. Não ignora esta Côrte, não ignoramos nenhum de nós, a impossibilidade da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, eis que a responsabilidade penal é exclusivamente da pessoa natural. Todavia, a verdade é que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas se distribui entre as pessoas físicas que, de qualquer modo, contribuíram para a prática de uma infração penal através de deliberações sociais, tomadas em conjunto ou individualmente, excluindo-se apenas aquelas que não praticaram quaisquer atos ilícitos ou que de tais deliberações não participaram e, quando não, pôsto que delas houvessem participado, contra elas se insurgiram expressamente. Como bem o diz Georges Renard, a pessoa jurídica, como todo ente coletivo, é uma comunidade de formas de ser, individuais, a determinar, por sua vez, uma comunidade de ações. Se tais ações tomadas isoladamente constituíram concausas para a prática de um ilícito penal pela pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, todos aqueles que a praticaram, no respectivo órgão de deliberação, responderão penalmente pela manifestação do ilícito criminal. Presume-se *si et in quantum*, até a produção de prova em contrário, que o sócio ou diretor de uma pessoa jurídica se solidariza com o ato social contrário à lei penal. Esta solidarie-

dade, esta adesão da vontade individual à vontade social é uma forma de culpa penal, exclusivamente pessoal, tomada em sentido lato aquela expressão; e o dolo, ou seja, a vontade consciente e livre de concorrer, na ação de outrem, com a própria ação, constitui objeto de prova na instrução criminal.

Em consequência, não se há de acolher a alegação de que, havendo o paciente se desligado da direção da Companhia Comercial Paulista de Café (COMAL), em 12 de março de 1963, portanto, antes do fato principal a que alude a denúncia do Ministério Público, ou seja, da exportação de 500.000 sacas de café a Mário W. Simonsen & Sons Trust Co. Reg. (Wasin), cujo saque de US\$ 25,440,824.39 não foi pago, determinando o desvio de dinheiros públicos para as emprêsas em comento, estaria êle afastado de qualquer participação criminal. Mas a questão é que, afora êsse fato principal, outros ocorreram informando ilícitos penais durante o tempo em que o paciente exerceu funções na diretoria da Companhia Comercial Paulista de Café (COMAL), o que desde logo estaria a fulminar essa defesa contida na presente impetração.

Em verdade, não se trata, na espécie, de crimes permanentes cuja consumação se protraí no tempo, reproduzindo a todo o instante, como bem o diz Maggiore, o esquema de sua constituição. A hipótese é de crime continuado, constituído pela pluralidade de fatos criminosos que poderão ser tomados isoladamente, o que, por serem cometidos pelas mes-

mas pessoas, sucessivamente e sem intercorrente repressão, gozam de uma unidade fictícia *ope legis*. E tal como ocorre com o crime instantâneo, a sua execução demanda, por vêzes, a prática mais ou menos longa de atos de preparação (causa remota e causa mediata), razão por que todos os que contribuíram, mediata ou imediatamente, no processo executivo, respondem pela manifestação do evento no mundo exterior. Trata-se, como observa Antolisei, dos meios que caracterizam tôda e qualquer atividade com os quais o sujeito ativo do crime atinge o resultado que, determinando a manifestação de um evento no mundo exterior, constitui um ilícito penal. Daí a distinção entre atos preparatórios e atos executivos. Mas os atos preparatórios, quando inequívocos, dirigidos no sentido da infração de uma norma penal, constituem também concausa para a deflagração do ilícito criminal. Dessarte, todos os atos preparatórios, remotos ou imediatos, na hipótese de *delictum secutum*, importam, para quem os pratica, em participação na execução do crime, dando lugar à aplicação do art. 25, do Código Penal. Sòmente no caso de *delictum non secutum* é que os atos preparatórios não são puníveis, a menos que sejam incriminados pelo perigo de sua execução, como ocorre, por exemplo, na associação para delinquir, na conspiração e em outros crimes de idêntica natureza, previstos na legislação, haja vista para o disposto no art. 27, do Código Penal.

Dir-se-á então que deverá estar constatada a idoneidade de

tais atos de preparação no caso de *delictum secutum*. Nesse sentido é a opinião de Giuseppe Bettiol, segundo a qual se deve verificar, na hipótese, a idoneidade dos atos preparatórios praticados no *iter criminis* para que se os aceite como concausa do evento incriminado na lei penal. Porém, ao fazer essa afirmação, o insigne criminalista italiano adverte que essa missão cabe ao Juiz, o qual se deve colocar na posição do agente e verificar *in concreto* se os atos preparatórios por êle cometidos tiveram uma eficiência causal. Mas tanto constitui uma missão do Juiz da ação penal, visto como a verificação da idoneidade dos meios envolve questão de alta indagação que sòmente poderá ser resolvida na instrução criminal.

Dêsse modo, resolvidas as teses suscitadas na presente impetração, cabe-me enfrentar as questões de fato em que se fundou a denúncia oferecida pelo Ministério Público.

E desde logo cumpre frisar que, *sub specie iuris*, a defesa do paciente, sustentada na impetração do presente *writ of habeas corpus*, tem por alicerce a circunstância de que o paciente se desligou da diretoria da Companhia Comercial Paulista de Café (COMAL) a 12 de março de 1963, e, portanto, anteriormente ao fato principal aludido na denúncia (o que importa, aliás, em reconhecer a alusão à prática de outros fatos), ou seja, à exportação de 500.000 sacas de café a Mário W. Simonson & Sons Trust Co. Reg. (Wasin), cujo saque de US\$ 25,440,824.39 não foi pago

por aquela firma de exportação, e dos quais foram apenas regularizados US\$ 2,252,313.19 através de discutíveis acêrtos e encontros de contas. Todavia, como ficou demonstrado anteriormente, as pessoas físicas que constituem o órgão de deliberação de uma pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, respondem penalmente pelos atos de participação por elas praticados e que, por sua natureza, passaram a constituir uma concausa, mediata ou imediata, determinante da manifestação do ilícito penal no mundo exterior. E dêsse modo, constituindo aquela operação ilícita um dos crimes de uma cadeia causal de delitos praticados através do tempo, o princípio da continuidade estaria a apontar a presunção da responsabilidade do paciente de modo a incluí-lo na ação penal.

Mas que assim não seja *ad argumentandum*, a verdade é que a denúncia não se restringe àquele fato ilícito principal, eis que a *noticia criminis* aponta outros mais que foram praticados com a participação omissiva ou comissiva de diretores do Instituto Brasileiro do Café, da Superintendência da Moeda e do Crédito e da Fiscalização Bancária, quando o paciente ainda era diretor da Companhia Comercial Paulista de Café (COMAL).

No elenco dêsses outros atos ilícitos há o fornecimento de câmbio oficial pelo Banco do Brasil, a título de refrações, em Santos, de 1.º de julho de 1962 a 30 de junho de 1963, no total de US\$ 8,128,347, os quais foram recebidos por 68 firmas de expor-

tação. Pois bem. A Companhia Comercial Paulista de Café (COMAL) recebeu aproximadamente 65% dêsse total, na importância de US\$ 5,295,000, muito embora, naquela época, fôsse apenas de 10% a sua exportação nos portos de Santos e Paranaguá. Essa operação lhe proporcionou um lucro ilícito de Cr\$ 2.202.760,00, consideradas as diferenças de Cr\$ 400 e de Cr\$ 500 por dólar, entre a taxa livre e a taxa oficial. É de notar-se que as refrações são os abatimentos feitos no total dos dólares oficiais vendidos na exportação do café em virtude de reclamações comprovadas sôbre a respectiva qualidade, apresentadas pelas firmas de importação. Mas, na hipótese, não havia lugar para as refrações pois a Companhia Comercial Paulista de Café (COMAL) havia feito a exportação no limite mais baixo de preço e de qualidade, sem descrição. Entretanto, o Instituto Brasileiro do Café ordenou aquêle pagamento a título de inexistentes refrações a favor da empresa em comento, o que importou em desvio de dinheiros públicos em proveito alheio, consoante o disposto no art. 312, do Código Penal.

Também durante o tempo em que o paciente era Diretor da Companhia Comercial Paulista de Café (COMAL), esta empresa, tendo a posse de cafés pertencentes ao Instituto Brasileiro do Café, depositados em armazéns-gerais, sôbre êles emitiu e negociou *warrants*, não obstante expressa proibição contratual contida nas cláusulas *j* e *k* do Comunicado n.º 60/108, de 5 de setembro de 1960,

que, não só vedava a emissão de *warrants*, como também a caução ou o desconto de efeitos sob quaisquer documentos representativos desses cafés. Como se não ignora, porque seja de sabença por demais trivial, os armazéns-gerais, ao receberem quaisquer mercadorias, devem passar o recibo de depósito que é um título análogo ao do art. 88, n.º 3, do Código Comercial, não gozando, pois, de transferibilidade, nem de circulação. É apenas a prova de depósito das mercadorias nos armazéns-gerais e somente tem eficácia na relação entre o depositante e o depositário que é o empresário dos armazéns-gerais; em consequência, não é suscetível de desconto ou de caução. Já, ao contrário, o conhecimento de depósito, confere ao seu portador o direito de disponibilidade, servindo de meio de circulação das mercadorias, limitada pelo direito de penhor, porventura constituído sobre as mercadorias através do endosso do *warrant* correspondente. Por sua vez, o *warrant*, independentemente do conhecimento de depósito, confere ao seu titular um direito real de penhor sobre as respectivas mercadorias até a importância consignada no primeiro endosso, razão por que é ele considerado um instrumento de crédito sobre as mercadorias especificadas em seu conteúdo. Finalmente, o conhecimento de depósito e o *warrant*, quando reunidos no mesmo portador, têm a capacidade de conferir ao seu titular o direito de livre disposição das mercadorias depositadas nos armazéns-gerais. Na hipótese, a Companhia Comercial Paulista de

Café (COMAL), contraindo as cláusulas *j* e *k*, do Comunicado n.º 60/108, de 5 de setembro de 1960, obteve dos armazéns-gerais a emissão de conhecimentos de depósito e de *warrants* dos cafés pertencentes ao Instituto Brasileiro do Café. E como ficou averiguado pela Comissão Parlamentar de Inquérito, a Companhia Comercial Paulista de Café (COMAL) endossou em brancos *warrants*, nos termos do § 1.º, do art. 18, do Decreto n.º 1.102, de 21 de novembro de 1903, que o permite porque a indicação do primeiro endossatário irá denunciar aos sucessivos possuidores que o mutuário, recorrendo ao *warrant*, precisou de dinheiro de contado. Destarte, através do endosso em branco dos *warrants*, a Companhia Comercial Paulista de Café (COMAL) impediu que ficassem quaisquer vestígios do financiamento obtido sobre a coisa alheia que estava em seu poder por força de um mandato.

Por outro lado, ainda no período em que o paciente era Diretor da Companhia Comercial Paulista de Café (COMAL), esta empresa conseguiu o monopólio da comercialização do café, quando então lhe foram revendidas 413.392 sacas pelo Instituto Brasileiro do Café, pelo menos até 16 de novembro de 1962, com fraude do Comunicado 60/100, de 1.º de setembro de 1960. Mas a 22 de novembro de 1962, seis dias depois de terem as demais firmas começado a adquirir café do Instituto Brasileiro do Café, a diretoria da Companhia Comercial Paulista de Café (COMAL) escreveu uma carta ao Dr. Newton Ferreira de

Paiva, então Presidente daquela autarquia estatal, dizendo que havia notado uma divergência relativa às comunicações de vendas de cafés da intervenção, pois não teria comprado apenas 700 sacas ao preço de Cr\$ 580 por dez quilos, mas 70.000 sacas de café. O Presidente do Instituto Brasileiro do Café aceitou de plano essa retificação. Em consequência, como à época dessa estranha retificação, o preço já era de Cr\$ 950 por dez quilos, foi causado um prejuízo de Cr\$ 456.960.000 ao Erário Nacional.

Ainda no mesmo período em que o paciente exercia cargo na direção da Companhia Comercial Paulista de Café (COMAL), a citada empresa estava obrigada a recolher mensalmente o saldo médio de suas operações ao Instituto Brasileiro do Café, de acordo com os extratos da conta-corrente da firma em comento. E como ficou apurado, através da escrituração contábil da própria empresa, nos quatro primeiros meses de intervenção, ou seja, durante os meses de setembro, outubro, novembro e dezembro de 1960, a Companhia Comercial Paulista de Café (COMAL) reteve, mensalmente, em média, Cr\$ 2.698.611.532; nos 12 primeiros meses de 1961, a retenção mensal foi, em média, de Cr\$ 2.529.158.141,40; e finalmente nos 12 meses de 1962, esse saldo médio mensal elevou-se a Cr\$ 3.225.184.679, totalizando a soma de Cr\$ 79.846.559.972,80, sendo que apenas foi restituída a quantia de Cr\$ 100.000.000, como se

infere de uma carta de 26 de junho de 1962, do Instituto Brasileiro do Café.

Outrossim, cabe apontar o prejuízo para a economia nacional, causada pela Companhia Comercial Paulista de Café (COMAL), com a participação do Instituto Brasileiro do Café, da Superintendência da Moeda e do Crédito e da Fiscalização Bancária, resultante do lucro indevido de Cr\$ 70 por dólar, sobre um total de US\$ 9.000.000. Com efeito, de acordo com a Instrução n.º 157, de 10 de junho de 1958, e da Instrução n.º 167, de 4 de outubro de 1958, a venda de divisas no câmbio livre não se estendeu à exportação de café torrado, eis que incluíam, especificadamente, quais os produtos cuja importação teria direito à liberação de divisas e das quais constava apenas o café verde em grão. Mas a verdade é que a Companhia Comercial Paulista de Café (COMAL), fraudando tais instruções da Superintendência da Moeda e do Crédito, tratou logo de registrar vendas maciças de café torrado, que atingiram a parcela de US\$ 9.000.000. E o Instituto Brasileiro do Café e a Fiscalização Bancária concordaram com essa lesão à economia nacional, na importância de Cr\$ 500.000.000, dando origem à liberação provisória, concedida *a posteriori* pela Instrução n.º 174, de 10 de janeiro de 1959, da Superintendência da Moeda e do Crédito, através da qual, tão-somente para coonestar aquele desvio irregular de dinheiros públicos, o café torrado, moído ou não, foi estranhamente equiparado ao café verde em grão.

Além desses atos ilícitos há no respectivo elenco outros mais que foram cometidos pela Companhia Comercial Paulista de Café (COMAL), quando o paciente ainda fazia parte da diretoria da empresa em comento, como sejam, por exemplo, a troca de cafés em Curitiba e Paranaguá, realizada entre a mesma firma e o Instituto Brasileiro do Café, e que causou um prejuízo de Cr\$ 50.000.000 a essa autarquia estatal; a retenção indevida por três anos, em nome de firma, de vultosos estoques da intervenção, com a agravante de haver a Companhia Comercial Paulista de Café (COMAL) entregue ao Instituto Brasileiro do Café documentos de menos de 200 sacas, suspendendo a remessa da documentação correspondente a 2.000.000 de sacas que não foram objeto de tradição, e, finalmente, a livre movimentação pela mesma empresa dos cafés, intocáveis da intervenção, sem a presença de agentes do Instituto Brasileiro do Café, com violação de expressa obrigação contratual.

Todos esses fatos ocorreram anteriormente a 12 de março de 1963, data em que o paciente se desligou da Diretoria da Companhia Comercial Paulista de Café (COMAL), razão por que não se há de aceitar de plano a alegação de não terem sido praticados determinados ilícitos a que se refere a denúncia do Ministério Público, que serve de suporte à ação penal, contemporaneamente ao seu exercício em cargo de direção da empresa em comento. Se, porventura, o paciente não participou, efetivamente, de tais ilícitas ope-

rações, deixando de aderir à vontade dos demais diretores da Companhia Comercial Paulista de Café (COMAL), tanto constituiu matéria de alta indagação que somente poderá ser discutida e apreciada no curso da instrução criminal. Em linha de princípio é de presumir-se, até prova em contrário, a sua co-participação nas deliberações ilícitas da diretoria daquela empresa, e, portanto, de sua responsabilidade criminal resultante do princípio da solidariedade que, além de dominar o órgão de deliberação das pessoas jurídicas em geral, também preside à estrutura do *concursum delinquentium* dentro do quadro da teoria monística adotada pelo art. 12 do Código Penal.

Por derradeiro, não há que falar na inexistência do crime previsto no art. 312 do Código Penal pelo simples fato de os diretores do Instituto Brasileiro do Café não terem a posse direta dos dinheiros públicos que foram objeto de apropriação e de desvio irregular, pois se o *extraneus* pratica esse ilícito penal, o que ocorre é a participação do funcionário público ou de quem lhe seja equiparado para os efeitos penais na prática dos crimes previsto no art. 168 ou no art. 171 do Código Penal, segundo um dos itens da impetração. Aliás, esse argumento carrega ainda a possibilidade de terem ocorrido, além do crime previsto no art. 312 do Código Penal, os crimes a que aludem os arts. 168 e 171 c/c o art. 25, todos do citado diploma legal.

É que, em verdade, a forma pela qual o Instituto Brasileiro do Café, através da adesão de von-

tades de seus sucessivos diretores e presidentes, desviou dinheiros públicos em proveito da Companhia Comercial Paulista de Café (COMAL), permite a presunção de que tenha ocorrido o crime de peculato previsto no art. 312 do Código Penal, em face das provas coligidas no relatório e nas conclusões da Comissão Parlamentar de Inquérito sobre os Problemas do Café, aprovadas pela Resolução n.º 52, de 14 de maio de 1964, e que constituiu uma peça integrante e complementar da denúncia oferecida pelo Ministério Público, na conformidade do art. 41 do Código de Processo Penal.

Essa conclusão tanto mais se impõe quanto menos se ignora, por exemplo, que por força da cláusula *b* do Comunicado 60/108, de 5 de setembro de 1960, a envolver um instrumento particular de mandato, o Instituto Brasileiro do Café, através de seus diretores e presidentes sucessivamente, entregava dinheiros públicos à Companhia Comercial Paulista de Café (COMAL), para que essa empresa efetuasse o pagamento dos cafés que por ela fôsem comprados nas fontes de produção, inclusive as despesas, em nome daquela autarquia federal. Realizadas aquelas operações, a referida mandatária, que não passava assim de uma *longa manus* da pública administração, era obrigada a recolher mensalmente, os saldos mensais por ela apurados, aos cofres do Instituto Brasileiro do Café, e a cumprir tôdas as demais cláusulas do mandato, sem distorções que podem causar quaisquer danos a economia e as finanças públicas. Portanto, essa autarquia

federal entregava à empresa em comento dinheiros públicos para o fim específico de adquirir cafés e promover a respectiva exportação com a obrigação de devolver, mensalmente, ao Erário Nacional, os saldos mensais de tais operações. Entretanto, o Instituto Brasileiro do Café permitiu que a Companhia Comercial Paulista de Café (COMAL) não cumprisse aquela obrigação, sendo que, durante o período em que o paciente exerceu o cargo de diretor dessa empresa, foi desviado por êsse modo a importância de Cr\$ 79.846.559.972,80, e da qual só se tem notícia da restituição de Cr\$ 100.000.000, através de uma carta de 26 de junho de 1962, do Instituto Brasileiro do Café (*Diário do Congresso Nacional*, Suplemento n.º 78, de 5 de maio de 1964).

Ora, a diretoria do Instituto Brasileiro do Café tinha o poder de disposição de tais dinheiros públicos, exercível através de ordens de restituição e até mesmo o dever de proceder à revogação do mandato por infração do art. 180 do Código Comercial, e de promover a competente responsabilidade penal dos diretores da mandatária que desviaram aquêles fundos públicos, e, no entanto se absteve de agir nesse sentido, e com o que passou a participar do respectivo desvio que tantos danos causou à economia e às finanças da União.

Poder-se-á argumentar que não estaria caracterizado o crime previsto no art. 312 do Código Penal, por isso que o desvio de dinheiros públicos teria sido praticado por uma empresa particular, desde que dêles se despojara o

Instituto Brasileiro do Café quando transferiu a respectiva posse direta à Companhia Comercial Paulista de Café (COMAL). Mas a verdade é que, não obstante a transferência da posse direta, aquela autarquia federal continuou com a posse indireta, a disponibilidade, o poder de disposição exercível através de ordem de restituição daqueles dinheiros públicos. Em consequência, desde que os sucessivos diretores e presidentes do Instituto Brasileiro do Café, através de ação e de omissão causais, desviaram, por via oblíqua, tais fundos públicos postos em movimento, em proveito da Companhia Comercial Paulista de Café (COMAL), permitindo que essa empresa os empregasse em outros fins particulares com *animus sem sibi habendi*, senão mesmo *uti dominus*, e não para os que haviam sido expressamente consignados no mandato, a presunção é de que eles incidiram no art. 312 do Código Penal, com a necessária e continuada participação dos diretores da firma em comento, dando ensejo à aplicação dos arts. 25 e 51 do citado diploma legal. Outrossim, o desvio irregular da quantia de Cr\$ 2.202.760.000 a favor da Companhia Comercial Paulista de Café (COMAL), resultante de ato dos diretores do Instituto Brasileiro do Café, autorizando o Banco do Brasil a conceder ilegalmente àquela firma câmbio oficial a título de refrações; da importância de Cr\$ 456.960.000 através da aceitação de uma suposta retificação de vendas de café; e da quantia de Cr\$ 500.000.000 mediante a ação

daquela autarquia federal e da Fiscalização Bancária junto à Superintendência da Moeda e do Crédito que regularizou a *posteriori* uma exportação ilegal de café torrado, moído ou não, mas que não teve capacidade de convaler o ilícito penal, tudo isso está a demonstrar, até prova em contrário, o crime a que alude o art. 312 do Código Penal.

Dir-se-á, por outro lado, que, afastados os casos de ação causal, se trataria de omissão causal dos sucessivos diretores e presidentes do Instituto Brasileiro do Café, a qual, por sua natureza, teria importado, unicamente, na abstenção da prática de ato de ofício, por interesse ou sentimento pessoal, o que estaria a caracterizar o crime de prevaricação a que alude o art. 319 do Código Penal. Entretanto, a destruir esse argumento está o fato de que a abstenção indevida de prática de ato de ofício, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, configurando o ilícito de que trata a invocada disposição legal, é punível tão-somente porque envolve em sua estrutura a típica violação de um dever funcional, não sendo elemento essencial de sua definição jurídica qualquer idéia de dano patrimonial. Assim, desde que a omissão da prática de um ato de ofício, além de ter constituído uma violação do dever funcional determinou um dano patrimonial, decorrente do fato de não ter o funcionário público, ou quem lhe seja equiparado para efeitos penais, exercido o seu poder de disposição, sabendo que, abstendo-se, iria causar o desvio de dinheiros públicos, em proveito alheio, o crime de preva-

ricação previsto no art. 319 do Código Penal, se reduz a um crime-meio, eis que o crime-fim passou a ser o de peculato definido no art. 312 do citado diploma legal, no qual, como bem o diz Néelson Hungria, convergem, necessariamente, a violação de dever funcional e o dano patrimonial. Nessa hipótese, é de aplicar-se a agravante da letra *b*, do inciso II, do art. 44 do Código Penal, que, segundo Giuseppe Maggiore, presuppõe a existência de dois crimes ligados entre si por um nexo teleológico (de meio a fim) ou consequencial (da causa e efeito) em face do concurso material. Não há, pois, que excluir qualquer um dos dois crimes desde que ambos atingiram a consumação.

Ademais, cabe ponderar que o crime de peculato, segundo Salltelli — Romano di Falco, se caracteriza pela violação e abuso da fidúcia pública depositada, em linha de princípio, pelo Estado na pessoa dos funcionários públicos e dos que lhes são equiparados para efeitos penais. Portanto, a forma pela qual aquêle que tem *ratione officii* a posse direta, a posse indireta ou o poder disposição de coisas, valôres ou dinheiros do patrimônio estatal, os desviou em proveito de terceiros com quem contratou, permitindo a fraude na execução do contrato, é *res inter alicè actu* para a pública administração e para o direito penal, eis que bastam o conceito de posse, por qualquer título, em razão do cargo, e o desvio ilícito para que se caracterize o crime de peculato a que alude o art. 312 do Código Penal.

E também não se poderá plácitar de plano a alegação de que se trataria de peculato culposo, previsto no § 1.º do art. 312 do Código Penal, o qual, segundo a lição de Nelson Hungria, é o concurso não internacional, porque decorrente de inépcia, imprudência ou negligência, prestado à subtração por outrem (*intraneus* ou *extraneus*) de coisa, valor ou dinheiro do patrimônio do Estado, se se admitir aquela expressão como equipolente aos termos — apropriação indébita — e desvio irregular — empregados na norma penal, eis que a ocorrência de dolo ou de culpa é questão de alta indagação.

Por derradeiro, reconheço não ser defeso na sede de *habeas corpus* dar nova definição jurídica ao fato criminoso narrado na *notitia criminis* que é a peça inaugural da ação penal. Mas a verdade é que tanto sòmente poderá ocorrer quando a nova classificação penal seja de uma clareza solar de modo a impor-se independentemente de qualquer investigação em tôrno da intercorrência de dolo ou de culpa, que, por sua natureza, constitui matéria de alta indagação. Dessarte, em se tratando de crime de peculato, se a ação ou a omissão causal se revestiu de culpa, resultante de inépcia, imprudência ou negligência; se foi motivada por dolo genérico, que é a vontade consciente e livre de permitir o desvio e por dolo específico, que é a intenção de proveito próprio ou alheio, tanto deverá constituir objeto de prova no curso da instrução criminal.

Domina a matéria o princípio de que, desde que não se trata de

tipicidade objetiva da ação ou da omissão causal, não se poderá nesta sede de *habeas corpus* determinar de plano a desclassificação que, dependendo do elemento subjetivo da infração, constitui matéria inerente ao processo na instância inferior ou na sede recursal. Essa missão compete, unicamente, ao juízo da ação penal e ao colegiado da apelação ou da revisão criminal, os quais, em face da convicção judicial extraída das provas coligidas nos autos, poderão dar nova definição jurídica ao fato ilícito, na conformidade dos arts. 383, 384, 617 e 626 do Código de Processo Penal.

Por todos êsses fundamentos hei por bem denegar, como denequo, o presente *writ of habeas corpus*.

Decisão

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Após os votos dos Srs. Mins. Relator, Amarílio Benjamin e Hugo Auler denegando a ordem, pediu vista o Sr. Min. Djalma da Cunha Mello, aguardando os Srs. Mins. Godoy Ilha, Oscar Saraiva, Armando Rollemberg e Antônio Neder. O Sr. Min. Hugo Auler encontra-se preenchendo vaga decorrente da aposentadoria do Sr. Min. Cândido Lôbo. Presidiu o julgamento o Sr. Min. *Cunha Vasconcellos*.

Voto

O Sr. Min. *Djalma da Cunha Mello*: — Antes de mais nada quero dizer que a demora na continuação do julgamento dêste processo não me cabe. Motivos superiores, ligados à organização do

quorum, ditaram isso. Tanto que o processo me chegou hoje, porque eu já o havia devolvido à Secretaria, há muito tempo.

O Sr. Presidente sabe bem disso e atestará.

O Sr. Min. Presidente: — Exatamente. V. Ex.^a o trouxe logo, mas não havia *quorum* para julgamento.

O Sr. Min. *Djalma da Cunha Mello*: — No julgamento do *Habeas Corpus* n.º 1.350, disse eu: “Concedo o *writ* para, no que concerne ao paciente, excluí-lo da denúncia por peculato, e pois, do despacho de recebimento respectivo.”

Não se irroga incidência no artigo 312 do Código Penal, sem explicação minudente, simultânea, dos valôres do Erário atingidos pela apropriação ou desvio, pena de se impedir que o incriminado se defenda, de se abrir margem imensa aos libelos tendenciosos, ditados por propósitos infames.

Para obstar que se proceda em contrário, exige o Código de Processo, no art. 41, exposição do fato criminoso com tôdas as suas circunstâncias.

E a Lei das Leis, no art. 141, § 25, que se assegura aos acusados plena defesa na instrução criminal contraditória.

Que fêz, *in concreto*, a promoção?

Cá está o que fêz: (lê).

Além de confusa, de equívoca, não dá conta de peculato ao paciente. E um Ministério Público da Justiça da antiga Capital do País, da Cidade-Estado da Guanabara, não pode desconhecer deveres a êsse ponto.

De considerar, ainda, no julgamento do *habeas corpus*, que essa denúncia adveio de relatório de uma Comissão Parlamentar de Inquérito no qual não se invectiva uma só vez o paciente e como se isso não bastasse, como se não fôsse bastante para exculpar a ausência, total de alusões, de tachas, os próprios deputados incumbidos da devassa vieram dizer, corroborando o silêncio, que nada se joiou ali, nos trabalhos de sindicância, contra êsse mesmo pedinte de *habeas corpus*.

Disse o Deputado José Maria Alkmim: “Atendendo o pedido formulado em sua carta de 9 de abril do corrente, venho declarar, como Deputado e Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito, sobre assunto do café, destinada a apurar irregularidades argüidas em negócios com o mesmo produto, que o Dr. Hernani Azevedo Silva não teve o seu nome mencionado nas investigações da mencionada comissão, nem me consta que direta ou indiretamente, figurasse como responsável por qualquer operação incriminada por referido órgão. Atenciosamente (a) José Maria Alkmim (doc. 19).”

O Deputado Pacheco Chaves: “Atendendo a pedido formulado em sua carta de 8 do corrente, venho declarar, como Deputado Federal e membro da Comissão Parlamentar de Inquérito, sobre o Café, destinada a se apurarem as irregularidades havidas em negócios de Café, que o Sr. Hernani Azevedo Silva não teve, jamais, o seu nome mencionado nas investigações da C.P.I., direta ou indiretamente. Sem mais, atenciosa-

mente (a) João Pacheco Chaves (doc. 11).”

O Deputado Cantídio Nogueira Sampaio: “Em resposta à sua carta de 9 do corrente, cumpre-me declarar-lhe que não me consta haja o nome do Dr. Hernani Azevedo Silva tido qualquer vinculação com os fatos que deram causa à Comissão Parlamentar de Inquérito sobre o café, instituída pela Resolução n.º 24 de 1963, e da qual figurei como relator-substituto. Aproveito o ensejo para cumprimentar-lhe cordialmente (a) Cantídio Nogueira Sampaio (doc. 12).”

O Deputado Renato Celidônio: “Acuso o recebimento da carta de V. S.^a, datada do corrente mês, quando, na qualidade de advogado o Dr. Hernani Azevedo Silva, me solicitava informação relacionada com a CPI, instituída pela Resolução n.º 24, da Câmara dos Deputados. Como membro da referida CPI, informo V. S.^a que não tive conhecimento de qualquer vinculação do nome do Dr. Hernani Azevedo Silva com as investigações e apurações efetuadas pela mesma. Sem mais, apresento, a V. S.^a minhas cordiais saudações (a) Renato Celidônio (doc. 15).”

O Deputado Rogê Ferreira: “Em atenção à sua amável carta, e na qualidade de antigo membro da Comissão Parlamentar de Inquérito que investigou os problemas do café e tôdas as suas conseqüências, afirmo que em nenhum instante ou em qualquer depoimento ouvi referências ao Dr. Hernani Azevedo Silva. Desejo acrescentar que compareci a tôdas as reuniões referidas na

CPI, quer as realizadas em Brasília, Rio de Janeiro, Santos e Paranaguá tendo estado dessa forma a todos os trabalhos sempre presente. Sem outro particular, subscrevo-me atenciosamente (a) J. A. Rogê Ferreira (doc. 18).”

O Deputado Herbert Levy: “Em resposta à sua carta de hoje, devo esclarecer que ao conhecimento da CPI do Café, da qual fui relator, não chegaram fatos que implicassem a pessoa do Dr. Hernani Azevedo Silva nos assuntos que foram objeto de suas atividades. Sem mais, com estima e consideração, subscrevo-me atenciosamente (a) Herbert Levy (doc. 10)”.

Houve descomedimento na ação da promotória e que lembra algum possível fascínio exercido por aquela “teoria do bode expiatório” citada e invectivada na penúltima Sessão pelo Sr. Min. Oscar Saraiva.

O País quer e imperiosamente repressão para os crimes, precipuamente para o crime de concussão de peculato, de prevaricadores e de traficantes de influência, mas de nenhum modo quer ações penais arbitrárias ou desvios de normalidade na punição.

Promotor público não tem poder discricionário.

O ser humano mais ativo, airoso, o *vir probus, integer vitae, accelerisque purus*, viveria em sobresalto onde o Ministério Público pudesse impunemente servir de alcatruz a raivosos e inconfessáveis libelos, a imputações malévolas.

O aspecto político de insegurança que emerge das denúncias im-

precisas, incompletas, vem merecendo a preocupação dos nossos publicistas desde o Império, quando o Marquês de São Vicente, o preclaro Pimenta Bueno exclamava: seria grave crime o Ministério Público incomodar levemente ou oprimir, de modo injusto, a um só cidadão que fôsse. (*Apontamento sobre o Processo Criminal*, 5.^a ed., pág. 64).

Para permitir atuação serena, correta, imparcial, equidistante, ao promotor público, deu-lhe a lei tôdas as garantias contra influências e pressão dos governos e dos políticos, até nas questões de promoção.

É que na prática do processo criminal, na consideração dos textos da lei penal, a duração do indivíduo como dos detentores eventuais do Poder Político é uma unidade de medida temporal defeituosa. A Humanidade é que deve ser a medida. O hoje por mim amanhã por ti é que se deve considerar. A doutrina da reciprocidade é que deve preocupar. Tudo porque não deve o respeito à pessoa humana cair como o valor aquisitivo do papel-moeda dinheiro, que ao menos nos últimos tempos só conhece inflação e inflação que cresce progressivamente.”

É meu voto, Sr. Presidente.

Tudo isso se aplica no concreto. Concedo o *writ*.

Voto

O Sr. Min. Oscar Saraiva: — Sr. Presidente, acompanho o Sr. Min. Djalma da Cunha Mello e observo que, neste drama judiciário que se vem prolongando, dois personagens faltam; e são seus

personagens principais: um dêles, o diretor e principal acionista da Sociedade COMAL, o Sr. Mário Simonsen, que faleceu antes de denunciado; outro — e que seria o principal responsável porque dêle derivaria até a caracterização do crime, o de peculato — o antigo Presidente do I. B. C., o Senador Néelson Maculan. Em relação a êste, entretanto, o Egrégio Senado Federal negou licença para seu processo.

Em que pesem tôdas as doutrinas, e o fato de o Código Penal Brasileiro ter adotado a teoria monística, a cujo respeito tanto tem insistido e nos tem ministrado lições tão propectas o Sr. Min. Hugo Auler, a despeito disso tenho em que há normas de direito natural que o direito positivo não consegue suprimir e não consegue vencer. A idéia da gradação da responsabilidade em fatos delituosos — participação principal e secundária — se inscreve entre essas normas. Tudo que se diga na doutrina germânica, italiana e mesmo nacional, sôbre essa matéria, não conseguirá, jamais, vencer na consciência judiciária e no coração humano a idéia fundamental de que, na participação criminosa, deve haver distinção entre a participação principal e a participação acessória. Equiparar o partícipe principal ao partícipe acessório, a meu ver, é contrariar o que está na própria consciência do julgador. Sr. Presidente, digo isso para justificar a formação da minha convicção porque é de todo indefensável que num processo em que os autores principais dêle desapareceram, fazê-lo prosseguir em relação aos protagonistas se-

cundários. Eu, portanto, face a essas dúvidas e circunstâncias, inclino-me a favor do impetrante porque, no fundo, sinto a injustiça de que sejam punidos comparsas, figuras secundárias, de responsabilidades eventuais evidentemente menores, e que fiquem alheios os de responsabilidades maiores. Um, porque a morte o excluiu de tôda a responsabilidade, e nós sabemos que *mors omnia solvitur*; o outro, porque o Senado da República, em sua alta sabedoria, entendeu de negar licença para processá-lo, o que equivale a verdadeira *bill* de indenidade, pelo menos *si et en quantum*, dado que o processo se poderá reabrir em tempo oportuno. E se isso se der, que venha em condições melhores, em têrmos mais precisos, e com indicações mais exatas das responsabilidades. Neste caso, presenciemos uma simples situação de responsabilidade societária, em que se fêz a acusação sem discriminações de fatos e por mera participação na sociedade. Vieram aos autos as próprias e relevantes declarações dos ilustres membros da Comissão Parlamentar de Inquérito, isentando o denunciado. Por tais razões acompanho o Sr. Min. Djalma da Cunha Mello para conceder a ordem.

Voto (Vencido)

O Sr. Min. Armando Rollemberg.: — Sr. Presidente, o paciente foi denunciado pelo crime de peculato e a denúncia não indicou qual o ato específico por êle praticado, incluindo-o na parte geral da peça acusatória, porque diretor da COMAL. De outro lado, a mesma denúncia, embora se refira

a irregularidades várias, somente aponta um fato específico capaz de caracterizar o crime de peculato, que seria o desvio de 500.000 sacas de café do IBC.

Esse desvio se teria verificado em operação levada a efeito entre agosto e setembro de 1963, e conforme se constata do processo — não cito as folhas, porque os autos não estão comigo, embora os tenha consultado há alguns momentos — o paciente afastou-se da direção da COMAL no dia 12 de março de 1962.

O Sr. Min. Antônio Neder: — Só para esclarecer V. Ex.^a sobre a matéria de fato, que é da máxima importância: realmente o paciente, Sr. Jorge Wallace Simonsen, era Diretor da COMAL e afastou-se dela. Dá-se, contudo, que, na denúncia, o Promotor articulou, dentre os fatos criminosos praticados pela diretoria da COMAL, inclusive pelo paciente, Jorge Wallace Simonsen, o chamado fato da “warrantagem”, que foi proibida na carta-contrato do I.B.C. com a COMAL. Pois bem. Essa “warrantagem” foi feita pela diretoria da COMAL com o Banco Noroeste do Estado de São Paulo, cujo diretor ou presidente era o paciente. Ele saiu da diretoria da COMAL exatamente para fazer “warrantagem”. Este é um fato da máxima importância, que tem sido omitido aqui no plenário; só tomei conhecimento dele agora, porque sou Relator de um outro *habeas corpus* que será julgado ainda hoje. A prova disso está nos autos, como se pode ver pelo conhecimento de depósito do café, feito pela COMAL e en-

dossado pelo Banco Noroeste do Estado de São Paulo, cujo presidente ou um dos diretores era o paciente. É sabido que o endôso do conhecimento referente ao depósito do café transfere a propriedade deste.

Posso mostrar o documento a V. Ex.^a, Min. Armando Rollemberg. Afinal esses julgamentos se fazem com conhecimento completo dos fatos ou, senão, vamos desfigurá-los do princípio ao fim. Aqui está: (lê documento em seu poder).

É um fato da maior importância, que tem sido escondido e omitido aqui no plenário, de forma que verifico que estão julgando sem conhecimento preciso e exato dos fatos articulados na denúncia.

O Sr. Min. Oscar Saraiva: — Não seria interessante que todas essas minúcias constassem da denúncia, com a particularização dos fatos e dos nomes?

O Sr. Min. Antônio Neder: — Não precisa, Min. Oscar Saraiva. Na co-autoria só há necessidade de o Promotor fazer referência à conduta criminosa de cada autor, quando cada autor pratica um fato típico por si mesmo. Mas, no caso, é de autoria plúrima, o crime é continuado, mas composto de ações instantâneas, praticadas no tempo e no espaço pelos mesmos.

O Sr. Min. Armando Rollemberg: — Agradeço os esclarecimentos do Min. Antônio Neder e retomo o fio do meu raciocínio. Dizia eu que, se o fato caracterizador do peculato, crime pelo qual foi denunciado o paciente, deu-se em decorrência de operação realizada no segundo semestre de

1963, e se o paciente deixara a COMAL em 12 de março daquele mesmo ano, parece-me impossível que, pela condição de diretor, que até então teve, possa vir a ser responsabilizado por tal operação e, em consequência, por crime de peculato.

O Min. Antônio Neder nos traz ao conhecimento a circunstância de o paciente ocupar a Direção do Banco Noroeste do Estado de São Paulo, pela primeira vez lembrada neste Tribunal, sustentando que o paciente estaria, de qualquer sorte, envolvido no processo porque, como diretor de tal estabelecimento bancário, teria descontado os títulos onde haviam *warrants* proibidos pela determinação do IBC.

De qualquer sorte, isso não altera a conclusão do meu voto, porque, se verdadeiro o fato, se improcedentes as alegações feitas pela defesa de que teria havido falsificação em relação a tais *warrants*, mesmo que improcedentes, repito, o crime que decorreria, praticado pelo paciente, não seria o crime de peculato e, por isso, não há no processo justa causa para a denúncia por tal delito.

O Sr. Min. Antônio Neder: — Como não seria crime de peculato, se êle foi co-autor na prática do desvio do café? Se não é peculato, então qual é o outro crime? Se êle, ajudado pela Diretoria da da COMAL, ou ajudando a Diretoria da COMAL, procedeu ao desvio do café, é peculato. Café é bem público.

O Sr. Min. Armando Rollemberg: — Entende V. Ex.^a que, pelo fato de alguém ter realmente obtido *warrant* em relação a qual-

quer título, depois de devidamente resgatado, há peculato? Teria havido uma outra coisa, não apropriação. Não houve desvio.

O Sr. Min. Antônio Neder: — O “devidamente resgatado” a que V. Ex.^a se refere, no caso não se deu, porque as 500.000 sacas não foram pagas.

O Sr. Min. Armando Rollemberg: — Mas os *warrants* não são relativos a essas 500.000 sacas. A exportação das 500.000 sacas foi autorizada em reunião ministerial do dia 31 de agosto e o problema dos *warrants* é do ano anterior. Não posso admitir que essas 500.000 sacas é que tenham sido depositadas em Paranaguá e sobre elas é que tenham...

O Sr. Min. Antônio Neder: — Há um detalhe de Direito da maior importância para o qual V. Ex.^a não voltou a devida atenção. V. Ex.^a tem que considerar que, uma vez que o IBC entregou café para a COMAL, para comercializá-lo, isto é, para exportá-lo, a partir desse momento a Diretoria da COMAL passou, toda, a funcionar como preposta do IBC, como funcionária pública, por força do art. 327, do Código Penal. O ato que teriam praticado era público, de administração pública.

Êle era Diretor da COMAL, funcionário público. Em março, era Diretor da COMAL e do Banco Noroeste do Estado de São Paulo.

A COMAL recebeu o café do IBC para comercializá-lo, com a proibição expressa de fazer a *warrantagem*. Não obstante, fez circular o conhecimento de depósito deste café e o endossou. V. Ex.^a sabe que o endosso transfere a

propriedade da mercadoria. Mediante o endôso, o paciente, que foi o aceitante do endôso, passou a ser proprietário do conhecimento da mercadoria, isto é, do café que era do IBC, depositado no nome da COMAL. Aí se deu, portanto, instantaneamente, a transferência.

Conseqüentemente o promotor não precisava fazer tal referência, êle o fêz na denúncia, êle falou expressamente sôbre a *warrantagem* que foi proibida. Então o paciente, Diretor do Banco Noroeste de São Paulo, e Diretor da COMAL, aceitou o endôso do conhecimento do café. Quer maior prova da transferência do café, que era da Administração do IBC? Aí está a prova, provada, documentada do peculato; houve desvio, mediante o endôso.

O Sr. Min. Armando Rollemberg: — Entendo que não foram indicados fatos capazes de configurar peculato. Por isso, defiro a ordem.

Comunicação

O Sr. Min. Cunha Vasconcelos: — Srs. Ministros, está presente o Sr. Min. Godoy Ilha. O Sr. Min. Godoy Ilha, no momento, nos honra a todos, ao Tribunal e à Justiça, exercendo a Presidência desta Casa. Sinto certo constrangimento em estar ocupando esta cadeira, quando o Presidente da Casa está presente ao Tribunal.

O que é certo, porém, é que, por força do Regimento Interno, neste julgamento eu ainda invisto a condição de Presidente. Convido

S. Ex.^a a ocupar uma das cadeiras do plenário para que se prosiga no julgamento.

1.^a Questão de Ordem

O Sr. Min. Godoy Ilha (Pela ordem): — Sr. Presidente, eu, realmente, estava presente por ocasião em que se iniciou o julgamento dêste *habeas corpus*.

Em virtude do pedido de vista do Min. Djalma da Cunha Mello, que foi o primeiro a votar, após o Relator, todos os demais aguardaram o voto de S. Ex.^a. Assumindo, entretanto, a Presidência da Casa, entendi, como Presidente, que não estava vinculado ao julgamento, em face do pedido de vista formulado pelo Sr. Min. Djalma da Cunha Mello, pôsto que, nos têrmos do Regimento, o Presidente só ficará vinculado às causas em que tiver apôsto o visto, como Relator ou Revisor.

Levanto esta questão de ordem para que V. Ex.^a a submeta à decisão da Casa e inclinar-me-ei ao que fôr decidido pelos meus eminentes Colegas.

O Sr. Min. Cunha Vasconcelos: — V. Ex.^a quer, afinal, saber se está ou não regimentalmente vinculado ao julgamento. Se deve tomar parte no julgamento por tê-lo iniciado, e êste vir a ter prosseguimento quando V. Ex.^a já é o Presidente do Tribunal.

O Sr. Min. Godoy Ilha: — Levanto esta questão de ordem, para que não se possa invocar, mais tarde, a nulidade do julgamento, de modo que o Tribunal decida, com inteira liberdade, e submeter-me-ei ao que os meus eminentes Colegas decidirem.

1.^a Questão de Ordem

Voto (Vencido)

O Sr. Min. Oscar Saraiva: — Sr. Presidente, entendo que, em tese, todos os Juizes que participam do Tribunal, na primeira assentada do julgamento, devem participar dos trabalhos subsequentes, porque a regra é a de que o julgamento não se interrompe, mas o fato é que vez por outra se interrompe, por vários motivos. Mas o *quorum* deve ser aquêlle inicial, participando os Juizes que tiveram assento no primeiro julgamento e não participando os que não tiveram assento. Se os Juizes estão presentes e podem votar deverão fazê-lo.

O Sr. Min. Antônio Neder: — Mesmo depois de iniciado o julgamento?

O Sr. Min. Oscar Saraiva: — Sr. Ministro, proponho que cada um de nós dê a sua opinião mais tranqüilamente e com mais segurança, sem desvios indesejáveis, no sentido de nos afastarmos do argumento central.

O Sr. Min. Antônio Neder: — Desde que a intervenção seja no sentido de esclarecer, não tem mal nenhum. O julgamento não é secreto.

O Sr. Min. Oscar Saraiva: — Não é questão de segredo, Sr. Ministro, mas de ordem no raciocínio. O raciocínio é um processo mental que, se tem o seu seguimento interrompido, sofre os efeitos dessa interrupção e, algumas vezes, não se reata com facilidade.

de. V. Ex.^a tem agora um exemplo... Vou procurar retomar o meu raciocínio.

O juiz que tomou parte na assentada do julgamento deve participar do prosseguimento dêste e é desejável que o faça. Apenas se sobrevier qualquer impedimento à sua presença, é que o julgamento não deve ficar à espera do juiz ausente, indeterminadamente. Se a ausência do juiz é temporária, julgo que o seu voto deve ser colhido: dever-se-á aguardá-lo. Quando a ausência é longa, em caso de licença, por exemplo, então o julgamento se completará sem o voto dêsse Ministro. Este é o meu entendimento. Não há norma regimental. Mas, estou expondo a questão como entendo que deva ser resolvida. O Sr. Min. Godoy Ilha é quem dará a sua interpretação e decidirá, em sua sabedoria, como julgar acertado. É matéria de consciência pessoal.

1.^a Questão de Ordem

Voto

O Sr. Min. Amarílio Benjamin: — Srs. Ministros, há poucos dias fixamos nós o entendimento de que o Sr. Min. Godoy Ilha, eleito Presidente da Casa, havia perdido para todos os efeitos o seu lugar na bancada de Juiz dêste Tribunal, salvo nos processos em que, regimentalmente, estivesse prêso, ou identificado. Ora, posta a questão novamente, nada custa raciocinar com os eminentes Colegas em voz alta, como estou fazendo. Pergunta-se: no presente *habeas corpus*, que se iniciou quando o Sr. Min. Godoy Ilha era apenas um

Juiz do Tribunal, e, presente à sessão, participara da assentada, se hoje, que S. Ex.^a ocupa a Presidência, deve votar? Deveremos resolver a dúvida pelo princípio geral. Há de se fazer ainda outra pergunta: S. Ex.^a está identificado com o processo, está prêso ao julgamento? Se S. Ex.^a estivesse prêso ao julgamento, êste não poderia ter-se iniciado sem a sua presença, como se iniciou, está na vista. Por que se iniciou sem a sua presença? Se S. Ex.^a não tivesse vindo, poderia se prosseguir no feito? Digo que sim. Dessa forma é que temos procedido em relação a outros casos, em que não sendo o Juiz Relator, Revisor, ou não tendo pedido vista, não estando presente, salvo matéria constitucional, o julgamento prossegue independentemente da sua presença e o resultado é proclamado, sem o seu voto. Tenho para mim que o caso não é questão de consciência, tem que ser decidido pelo Regimento na forma por que, *data venia*, estou submetendo à consideração dos eminentes Ministros. É o meu voto, entendendo que o Min. Godoy Ilha não deve tomar parte no julgamento.

1.^a Questão de Ordem

Voto (Vencido)

O Sr. Min. Armando Rollemberg: — Creio que o Min. Godoy Ilha, dentro dos têrmos regimentais, pode votar, porque assistiu o relatório e está inteirado do caso. Agora, não é obrigado a votar, uma vez que o julgamento se reiniciou sem a sua presença.

Ratificação da Primeira

Questão de Ordem

O Sr. Min. Godoy Ilha: — Sr. Presidente, com a devida vênua do Min. Armando Rollemberg, solicitaria a V. Ex.^a que formulasse a questão, a meu ver principal, que está em debate: se estou, ou não, vinculado ao julgamento, pelo fato de ter composto o Tribunal Pleno por ocasião do início do julgamento do presente pedido. O Sr. Min. Armando Rollemberg limitou-se a entender que, apenas pela circunstância de eu haver chegado tardiamente a esta sessão, não teria obrigação de votar, ou seja, que estaria ao meu alvedrio. Mas, o que está em causa foi o que suscitei em minha questão de ordem. Pediria a V. Ex.^a que consultasse a respeito S. Ex.^a, o Sr. Min. Armando Rollemberg.

1.^a Questão de Ordem

Voto

O Sr. Min. Antônio Neder: — Sr. Presidente, verifico que êste julgamento teve comêço na sessão do dia 14 de junho de 1965 e que foi interrompido porque o Sr. Min. Djalma da Cunha Mello pediu vista do processo. Naquela sessão o *quorum* do Tribunal era formado pelos Srs. Mins. Henrique d'Ávila (Relator), Djalma da Cunha Mello, Godoy Ilha, Oscar Saraiva, Amarílio Benjamin, Armando Rollemberg, Antônio Neder e Hugo Auler (êste convocado para a vaga decorrente da aposentadoria do Sr. Min. Cândido Lôbo). Prosseguimos hoje, 27-8-65, no julgamento, sob a esclarecida Presidência de V. Ex.^a, que é o

Sr. Ministro mais antigo, embora estejam presentes na Casa o Sr. Min. Godoy Ilha, que é o nosso estimado e honrado Presidente, e o Sr. Min. Oscar Saraiva, que é o nosso igualmente estimado e honrado Vice-Presidente, eleitos, um e outro, depois daquela referida sessão. Verifico, igualmente, que, à hora do início desta sessão de hoje, não compareceu neste recinto o Sr. Min. Godoy Ilha, atual Presidente, e que nêle compareceu o Sr. Min. Oscar Saraiva, atual Vice-Presidente, e que, não obstante a presença dêste último, houve por bem V. Ex.^a, na qualidade de Juiz mais antigo, subir à Presidência e dirigir os nossos trabalhos, que já vão bem adiantados, visto que do início da sessão até êste momento votaram os Srs. Mins. Oscar Saraiva, Amarílio Benjamin e Armando Rollemberg. Agora, neste momento, quando é chegada a hora de V. Ex.^a tomar o meu voto (eu que sou o último Juiz do *quorum* a votar), anuncia V. Ex.^a que se acha no recinto o Sr. Min. Godoy Ilha, e o convida a tomar parte no julgamento por ter S. Ex.^a formado o *quorum* da sessão de 14 de junho último. E o Sr. Min. Godoy Ilha, diante do convite de V. Ex.^a, suscita questão de ordem, que é a de se saber se S. Ex.^a, pelo fato de haver formado o *quorum* anterior e, posteriormente, haver sido eleito Presidente da Casa, ficou ou não ficou vinculado ao julgamento dêste *habeas corpus* impetrado pelo Prof. Heleno Cláudio Fragoso em favor de Jorge Wallace Simonsen. Essa é a primeira questão de ordem suscitada por V. Ex.^a e pelo

Sr. Min. Godoy Ilha e agora submetida ao julgamento do Tribunal. Apreciando e julgando essa questão de ordem, permito-me, antes do mais, dizer que muito estimaria eu que o Sr. Min. Godoy Ilha pudesse tomar parte neste julgamento, que se acha aliás a findar-se. A participação de S. Ex.^a, com a sua experiência, por certo seria valiosa para esclarecer a controvérsia, e os subsídios de seu voto contribuiriam para um julgamento completo. Dá-se, contudo, que, no meu humilde entendimento, o Sr. Min. Godoy Ilha está agora impedido de participar dêste julgamento. É que S. Ex.^a não está vinculado ao *quorum* anterior, tanto que, embora na Casa, não compareceu neste recinto para formá-lo. Estou em que não há vinculação do Juiz ao *quorum* em matéria de *habeas corpus* quando êsse juiz, eleito para a Presidência do Tribunal, como neste caso ocorreu, deixa o recinto para ocupar a cadeira de Presidente. O Regimento Interno do Tribunal impõe, no caso, que o seu *quorum* seja o ordinário, isto é, seis juízes. Ora, desde que votaram os Srs. Mins. Henrique d'Ávila, Djalma da Cunha Mello, Oscar Saraiva, Amarílio Benjamin, Armando Rollemberg e Hugo Auler, ao todo seis, e que eu me encontro aqui para votar (pois ainda não votei), donde o total de sete juízes, aí está o *quorum* folgadoamente composto. Se o Sr. Min. Godoy Ilha desligou-se do recinto por ter sido eleito Presidente, clara é a conclusão de que S. Ex.^a desligou-se também do *quorum*, que inicialmente composto de oito juízes, é agora composto de sete (excluído

o Presidente). Assim, *data venia*, não há que se cogitar de, agora, ao findar o julgamento, formar o mesmo *quorum* anterior sob o fundamento de uma inexistente vinculação.

O Sr. Min. Godoy Ilha: — O julgamento tinha que prosseguir sob a Presidência do Min. Cunha Vasconcellos. É de Regimento. Como entendia que não estava vinculado ao julgamento, não compareci. Compareci, por solicitação do Presidente, e disse que atendia a sua convocatória mas iria suscitar uma questão de ordem que deixaria à decisão dos Colegas.

O Sr. Min. Antônio Neder: — Felicito-o por êsse ato, que demonstra equilíbrio de V. Ex.^a. Mas a verdade é que V. Ex.^a está impedido de funcionar, porque o julgamento de hoje se faz com o *quorum* ordinário, sem vinculação de qualquer juiz. Vinculação não é identidade, como bem disse o Sr. Min. Amarílio Benjamin. Quando V. Ex.^a chegou ao recinto, já haviam votado os Srs. Mins. Djalma da Cunha Mello, Oscar Saraiva, Amarílio Benjamin e, creio, também o Sr. Min. Armando Rollemberg. Dá-se, então, o seguinte, digamos a verdade: é que, alterando o *quorum*, modificar-se-á o julgamento. O julgamento poderá, amanhã, ser havido por nulo.

O Sr. Min. Oscar Saraiva: — O *quorum* que se iniciou era o originário. O que se tem em vista é o *quorum* do início do julgamento.

O Sr. Min. Antônio Neder: — O *quorum* inicial só é de ser observado na sessão. Êste não é o caso.

O Sr. Min. Oscar Saraiva: — Não é obrigatório. Não há vinculação obrigatória. É facultativo.

O Sr. Min. Antônio Neder: — Dado que já se iniciou o julgamento, que acontecerá? Vai acontecer que a presença do Sr. Min. Godoy Ilha, a cuja honradez presto a minha homenagem...

O Sr. Min. Godoy Ilha: — Muito obrigado.

O Sr. Min. Antônio Neder: — ... poderá, eventualmente, dar ao julgamento um sentido diferente daquele que terá com o *quorum* que se formou nesta sessão.

O Sr. Min. Oscar Saraiva: — Foi o caso daquele Mandado de Segurança que invoquei e que motivou a modificação.

O Sr. Min. Antônio Neder: — Mas o Sr. Min. Amarílio Benjamin ressaltou que, naquele caso, naquela época S. Ex.^a tinha o mesmo entendimento que tem agora. O caso de hoje é que se iniciou o julgamento com o *quorum* regimental. No meio do julgamento, entra no recinto o Sr. Min. Godoy Ilha, e pergunta: "Posso votar?" Se S. Ex.^a estivesse vinculado não haveria dúvida. Mas a vinculação, Sr. Min. Oscar Saraiva, é de exceção. O Código só se refere à vinculação do juiz que põe o "visto", ou, então, em matéria constitucional. Êsse *quorum* é o legal. O de que se trata agora é de *quorum* regimental.

Aceito a fundamentação do Sr. Min. Amarílio Benjamin, e a ela acrescento a que esbocei agora. Lamento. Gostaria que o Sr. Min. Godoy Ilha tomasse parte no julgamento. Espírito lúcido, eminente-

te Colega nosso, dotado de saber e de outros atributos. Voto, pois, pelo impedimento.

1.^a Questão de Ordem

Voto

O Sr. Min. Hugo Auler: — Sr. Presidente. Em face da forma pela qual foi empostada por S. Ex.^a, o Sr. Min. Godoy Ilha, a *sedes materiae*, da questão de ordem levantada pelo eminente Presidente desta Côrte, está restrita à vinculação. Ora, o legislador regulamentar, prevendo a hipótese de um Ministro ser eleito e empossado no cargo de presidente desta alta Côrte de Justiça Federal, estabeleceu que “o ministro que fôr eleito presidente, continuará como relator ou revisor nos casos em que tiver pôsto visto”, de acôrdo com o art. 120 do Regimento Interno do Tribunal Federal de Recursos.

Então, a vinculação a que alude o texto regimental se resume e restringe ao “visto” nos casos em que houver sido relator e revisor. Nestas condições, é óbvio que naqueles outros casos em que o ministro eleito e empossado presidente, não houver apôsto visto, nem como relator, nem como revisor, ou não haja pedido “vista” dos autos, desaparece a vinculação. Em consequência, S. Ex.^a, como Presidente do Egrégio Tribunal Federal de Recursos já não mais terá direito de voto, a não ser nas hipóteses previstas na norma regimental.

2.^a Questão de Ordem

O Sr. Min. Djalma da Cunha Mello: — O Sr. Min. Cunha Vas-

concellos não está na Presidência de julgamento de *habeas corpus* por ter presidido a sessão inicial dêste mesmo julgamento, mas porque é o substituto do Presidente que se segue ao Ministro-Vice-Presidente, que foi quem na ausência do Presidente efetivo abriu a sessão e quem ainda ausente o Presidente efetivo lhe passou a Presidência. S. Ex.^a tem a meu ver que prosseguir na Presidência até que se interrompa a sessão ou que se ultime a êsse julgamento. É como penso.

2.^a Questão de Ordem

O Sr. Min. Cunha Vasconcellos: — V. Ex.^a perdoe-me, um momento. Parece-me que, pelas mesmas razões por que foi decidida a consulta do Sr. Min. Godoy Ilha, não devo eu continuar na Presidência do julgamento. Estou na Presidência pela circunstância de ter iniciado o julgamento anterior e por força de uma orientação que o Tribunal adotou desde sua fundação. Assim entendendo, peço licença ao Tribunal para me retirar.

O Sr. Min. Antônio Neder: — Queira V. Ex.^a, pelo menos, ouvir os companheiros do Tribunal.

O Sr. Min. Cunha Vasconcellos: — Não estou pedindo pronunciamento. É ato meu.

O Sr. Min. Antônio Neder: — Então, por que V. Ex.^a assumiu a Presidência no lugar do Min. Oscar Saraiva, que é o Vice-Presidente?

O Sr. Min. Cunha Vasconcellos: — V. Ex.^a está enganado, o Min. Oscar Saraiva abriu a sessão e me passou a Presidência.

O Sr. Min. Antônio Neder: — Não importa isso. O Presidente que permaneça até o fim do julgamento, porque tem voto de desempate. O Sr. Min. Oscar Saraiva já tem voto conhecido. Portanto não pode ir para a Presidência, porque, se houver empate, terá de desempatar com voto conhecido (!).

O Sr. Min. Oscar Saraiva: — Voltamos ao *quorum* primitivo.

O Sr. Min. Antônio Neder: — O Tribunal está constituído de acôrdo com a lei. O Sr. Min. Cunha Vasconcellos assumiu a Presidência por verificar o não comparecimento do Sr. Min. Godoy Ilha. Não se pode modificar o *quorum* no meio do julgamento. Não posso concordar com isso. É o mesmo que formar um *quorum ad hoc, data venia*.

O Sr. Min. Cunha Vasconcellos: — Não submeti ao Tribunal o caso. Tomei uma decisão pessoal.

O Sr. Min. Antônio Neder: — *Data venia*, a decisão de V. Ex.^a ofende o Regimento. V. Ex.^a deve submeter-se ao Regimento.

O Sr. Min. Cunha Vasconcellos: — Atendendo, entretanto, às ponderações de V. Ex.^a, vou submeter ao Tribunal também uma outra questão de ordem, em face da decisão tomada no caso do Min. Godoy Ilha, cujos fundamentos, ao que me parece, se aplicam como uma luva ao caso da presidência.

Pergunto: o juiz que presidiu o julgamento interrompido, em face da eleição de nôvo presidente e da terminação de suas funções, está vinculado à presidência na continuação do aludido julgamen-

to? O regimento não resolve nem essa questão nem a anterior, referente no Min. Godoy Ilha. Ambas são objeto de construção pelo tribunal. A prática vem de muitos anos. Entretanto, hoje, pela maioria presente, o Tribunal modificou entendimento tranqüilo. Penso que o Tribunal deverá decidir as duas questões pela mesma forma.

Peço, inicialmente, o voto do Min. Djalma da Cunha Mello.

2.^a Questão de Ordem

Voto

O Sr. Min. Djalma da Cunha Mello: — O Min. Godoy Ilha fazia parte da assentada julgadora quando feito o relatório e proferido o primeiro voto, o do Relator. Ao meu pedido de vista, retrucou, dizendo que o aguardaria, votaria em seguida, portanto. Pouco depois contudo e antes que eu proferisse voto, S. Ex.^a foi eleito para a Presidência do Tribunal. A aceitação da Presidência tirou-lhe o voto na bancada. Empossado na Presidência, S. Ex.^a votará na bancada apenas nos processos em que tiver apôsto visto de Relator ou de Revisor. Num julgamento anterior de matéria constitucional votaria, sim, para completar *quorum*, mas da própria Presidência. Em suma, não se conjugando o caso presente, concreto, com os que assinaei, especifiquei, individuei, S. Ex.^a nêle não pode mais votar.

2.^a Questão de Ordem

Voto

O Sr. Min. Oscar Saraiva: — Sr. Presidente, estou em posição

muito cômoda para votar, porque estou dentro da lógica a mais rigorosa. Entendi que o *quorum* era o do início do julgamento e, assim, continuo entendendo, *data venia* dos que pensam em contrário. V. Ex.^a, Sr. Presidente, foi chamado a presidir, não apenas porque fôsse o mais antigo, o que foi uma coincidência, mas, porque presidiu o Tribunal ao tempo do julgamento e, na realidade, deveria votar.

Entendo que V. Ex.^a deve continuar presidindo o julgamento, eis que êste é o princípio que norteou êste Tribunal em todos os casos anteriores.

2.^a Questão de Ordem

Voto

O Sr. Min. Amarílio Benjamin: — Srs. Ministros, entendo, dentro das minhas possibilidades, que o Sr. Min. Cunha Vasconcellos está vinculado à Presidência no presente julgamento. A questão de ordem que o Tribunal ainda há pouco decidiu em relação ao Sr. Min. Godoy Ilha não envolve a questão que S. Ex.^a acabou de pôr. É possível que, oportunamente, o ponto de vista de E. Ex.^a provoque particular exame do Tribunal. Agora, não só porque penso da maneira que já expus, como, também, por entender que há uma preclusão que impede que se examine a matéria, como disse em outras palavras o Sr. Min. Djalma da Cunha Mello, desde que o julgamento está a meio, sem que no comêço nada fôsse argüido. A minha conclusão, pois, não pode ser outra, senão a de que o Min. Cunha Vasconcellos deve continuar na Presidência. Se por-

ventura, S. Ex.^a deixar a direção dos trabalhos em meio ao julgamento, à tomada de voto, como ficaremos? Nisto: dar-se-á uma situação dramática e original. A meu ver, os votos ficarão anulados (votos dados hoje) para que se inicie nova consideração, sob outra Presidência. É êste o meu pensar.

2.^a Questão de Ordem

Voto

O Sr. Min. Armando Rollemberg: — Tal qual o Min. Oscar Saraiva e pelas mesmas razões por êle expostas, entendo que V. Ex.^a é competente para presidir o julgamento.

2.^a Questão de Ordem

Voto

O Sr. Min. Antônio Neder: — Também eu entendo, Sr. Presidente, que V. Ex.^a não pode deixar a Presidência, e isto pelo seguinte: se V. Ex.^a descer ao plenário, terá V. Ex.^a direito de voto? Outra coisa: quer suba para a Presidência o Sr. Min. Oscar Saraiva, que é o Vice-Presidente, pode S. Ex.^a presidir, se já tem voto conhecido? E se vier a ser chamado a desempatar? Como fará, se S. Ex.^a já votou? Por outro lado, outro *quorum* se formaria, ofendendo a lei, ofendendo o Regimento e, até certo ponto, comprometendo a validade dêste julgamento. Entendo que V. Ex.^a deve continuar na Presidência até o final. Por que V. Ex.^a passou a presidir êste julgamento, quando é certo que o Presidente e o Vice-Presidente do Tribunal estão na Casa? As razões pelas quais V. Ex.^a passou a presidir a sessão

exigem de V. Ex.^a que permaneça.

2.^a Questão de Ordem

Voto

O Sr. Min. *Hugo Auler*: — Sr. Presidente. Desde o momento em que V. Ex.^a, nesta assentada do julgamento do presente *habeas corpus*, assumiu a Presidência do Egrégio Tribunal Federal de Recursos e passou a colhêr os votos dos Srs. Ministros que ainda não haviam presidido o presente *writ*, V. Ex.^a perdeu o direito de voto, mas assumiu a obrigação de presidir ao julgamento até seu final.

2.^a Questão de Ordem

Explicação

O Sr. Min. *Cunha Vasconcellos*: — Quero pedir licença para dizer ao Tribunal que me prezo e hei de prezar-me até o fim de meus dias de ser um Juiz disciplinado. Acima de qualquer inclinação pessoal, de qualquer ímpeto próprio aos homens — e quem não os tem? — acima de quaisquer contingências, sempre coloquei e sempre tenho colocado e hei de colocar a lei, os meus deveres de Magistrado e os princípios da disciplina judiciária.

Voto (Mérito)

O Sr. Min. *Antônio Neder*: — O paciente Jorge Wallace Simonsen, era um dos Diretores da COMAL. A COMAL recebeu café do I.B.C. para comerciá-lo, isto é, para exportá-lo. Quando a COMAL recebeu o café do I.B.C. para exportá-lo, os diretores da COMAL se transformaram em funcionários públicos, porque a autorização que o I.B.C. deu à

COMAL para a comercialização do café importou em outorgar a ela a prática de ato administrativo, que era do I.B.C. O I.B.C. é uma autarquia federal. Se êle outorgou à COMAL a comercialização do café, transferiu para ela uma das suas atribuições de autarquia federal. Conseqüentemente, os diretores da COMAL passaram a ser, a partir do momento em que assinaram o convênio com o I.B.C., funcionários públicos para efeitos criminais, dado o que expressa o art. 327 do Código Penal. Muito bem. Acontece que o comunicado reservado do I.B.C. à COMAL é de 5 de setembro de 1960. Foi nesse dia, 5 de setembro de 1960, que o I.B.C. deferiu à COMAL a comercialização do café no Paraná. A partir desse dia, a COMAL passou a comprar café no mercado interno do Paraná para exportá-lo. E pela carta-contrato que o I.B.C. celebrou com a COMAL, esta obrigou-se a depositar êsse café em companhias de armazéns-gerais, mas no nome do I.B.C. Ê o que está escrito num dos itens da carta-contrato.

Então a COMAL deveria depositar o café, que recebeu do I.B.C., nos armazéns, mas no nome do I.B.C.. Embora não esteja expresso, está implícito, por causa da cláusula que diz: “Tôda a sua movimentação deverá ser assistida pela nossa Agência em Paranaçuá”. A COMAL levou êste café e o depositou nos armazéns, mas no seu próprio nome. Conseqüentemente, aí se deu a apropriação do café por parte da COMAL. Esta, na verdade, é uma entidade abstrata. O que há de real nela

é a Diretoria. Um dos diretores é o paciente. Embora nos autos haja cópias fotográficas de atos que não têm assinatura dêle, isto não significa que não fôsse diretor. Nós sabemos como são feitas as atas nas sociedades anônimas. É um funcionário que lavra a ata e colhe as assinaturas. Deixou-se de colhêr a assinatura dêle. Esta é a verdade. Não obstante, era diretor. Se exerceu ou não a diretoria, é matéria de fato, a ser provada, matéria que não se pode apreciar em *habeas corpus*.

A despeito de a COMAL haver depositado café no seu próprio nome nesses armazéns, a COMAL ainda fêz a *warrantagem*, proibida na carta-contrato, e essa *warrantagem* foi feita da seguinte maneira: a COMAL foi ter à Companhia de Armazéns-Gerais e lhe pediu o *warrants* e conhecimento de depósito. Não endossou o *warrant*, mas endossou o conhecimento de depósito. A prova disso está num memorial que me foi entregue pelo Professor José Frederico Marques. Esse memorial tem a cópia fotográfica do conhecimento endossado pela COMAL. Mas em favor de quem? Em favor do Banco Noroeste do Estado de São Paulo. De quem é o Banco Noroeste do Estado de São Paulo? É do paciente Jorge Wallace Simonsen, seu Diretor.

Através do endosso do conhecimento de depósito da mercadoria, essa mercadoria deixou de ser propriedade da COMAL, ou, melhor, do I.B.C., entidade da Administração Pública, e passou a ser do mencionado banco.

Quando a denúncia diz que o paciente, assinando papéis, come-

teu crime de peculato, em co-autoria, disse, rigorosamente, o certo, traduziu o texto da lei, tal como expressa o seu padrão. A *fatispecie* concreta e a *fatispecie* abstrata, no caso, são rigorosamente iguais. Negar isso — Deus do céu! — é negar a verdade provada. Está mais do que provado o desvio do café ou, então, se quizerem, a apropriação do café.

A diretoria da COMAL e a do Banco Noroeste de São Paulo eram compostas de pessoas da família Simonsen. O paciente era um dos diretores do Banco. COMAL e Banco, no caso, são a mesma coisa.

Ainda mais: a COMAL tomou a si o encargo de exportar o café e o exportou para a Wasin, Wasin essa que é a COMAL dos Estados Unidos, assim como a COMAL é a Wasin do Brasil, porque ambas são emprêsas da família Simonsen.

Há nisso tudo, Sr. Presidente, uma trama muito bem urdida, como disse o Dr. Promotor na denúncia. Os ilustres defensores acusam o Dr. Promotor, mas o fazem de maneira injusta. Porque a verdade é que o Dr. Promotor é quem agiu corretamente ao dizer que os diretores da COMAL, assinando papéis, transferiram o café de propriedade do I.B.C. para outra entidade. Aí está o peculato configurado, realmente, de acôrdo com o padrão legal. Dir-se-á: “É negócio jurídico privado, que se aprecia na instância do Cível”. Sim, mas se houve dolo juntamente com a inadimplência de natureza privada, civil ou comercial, então o ilícito comercial passa a ser também ilícito penal.

É necessário que o Tribunal saiba dêste detalhe. Aqui está o conhecimento de depósito, endossado pela COMAL; estão aqui as fotografias que me foram apresentadas por um homem de bem, eminente, patrono dos pacientes, o Professor Frederico Marques. No verso do conhecimento está escrito o endosso. Não está feito o endosso do conhecimento? Para que mais?

Só por êsse informe se prova a *warrantagem*.

Infelizmente, o Dr. Promotor estendeu-se demasiadamente na denúncia, e a parte de maior relevância ficou esfarinhada no seu texto imenso. Isto, porém, não lhe retira o conteúdo jurídico.

A COMAL transferiu a propriedade do café para o Banco Noroeste de São Paulo. Êste banco é da família Simonsen. Ê o mesmo grupo econômico. A denúncia é, pois, perfeita e dá ensejo a que os acusados se defendam no processo criminal. Não é uma denúncia inepta, como se disse.

Ê evidente que a diretoria da COMAL tinha poderes de disponibilidade do café e o vendeu. Exportou êsse café para uma outra companhia, nos Estados Unidos, a Wasin, da mesma família Simonsen. Portanto, a COMAL transferiu o café para a Wasin e esta não pagou. São 500 mil sacas de café, e a *warrantagem* que a COMAL fêz é proibida. Conseqüentemente, transferiu-se a propriedade do café. Logo, a denúncia está tècnicamente perfeita. Por outro lado, chama a atenção para outro argumento que considero da maior importância. Ê um argumento pelo qual me bati em

outros julgamentos. Ê que o Tribunal considera que a denúncia é omissa no descrever o fato criminoso. Então que aplique o art. 569 do Código de Processo Penal, mandando suprir as omissões da denúncia.

O Tribunal afirma que é omissa a denúncia, que esta não descreve o fato criminoso. Então, o Tribunal deverá tranqüilamente, cumprir o art. 569 do Código de Processo Penal. Pois bem, a respeito dessa norma, vou ler a insuspeita lição do Professor José Frederico Marques, que é um dos impetrantes do *habeas corpus* de que sou Relator, e que vai ser julgado daqui a pouco, nesta mesma sessão.

Diz S. Ex.^a o seguinte, num livro que escreveu para seus estudantes da Faculdade de Direito de São Paulo, livro, aliás, muito bom, que serve para os estudantes e para ou doutos. Eis a sua lição: “Não existe ação penal condenatória sem acusação, e tampouco acusação em que se não faça referência ao fato delituoso imputado ao réu. E como não há processo penal condenatório sem a propositura da ação penal, segue-se daí que é inexistente, como processo penal, o procedimento instaurado mediante denúncia que seja omissa quanto à imputação.

Nesse caso, deve o juiz, em qualquer fase dêsse procedimento irregular e írrito, mandar que os autos sejam apresentados ao Ministério Público para elaborar denúncia apta a produzir efeitos jurídico-processuais.”

Esta é a lição insuspeita do Professor Frederico Marques, que

é um dos impetrantes neste caso, a que tem acompanhado com desvêlo.

Portanto, omissa a denúncia, o Tribunal só poderá conceder o *habeas corpus* para um efeito: ordenar ao Dr. Promotor que supra as omissões da denúncia, articulando a ação criminosa de cada um dos denunciados na trama criminosa.

Há ainda, no presente caso, o seguinte: é que o Promotor não estava obrigado a mencionar a ação de cada um dos co-autores porque o crime foi praticado instantâneamente. A ação foi praticada no momento em que se escreveu o endôso no conhecimento. Esse conhecimento circulou instantâneamente e operou a transferência do café para outra entidade que não a COMAL. Nesse momento, consumou-se o crime. Então, cada diretor da COMAL é co-autor.

Nego a ordem.

Peço desculpas ao Tribunal pela veemência com que falei.

Decisão

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Prosseguindo-se no julgamento, os Srs. Mins. Djalma da Cunha Mello, Oscar Saraiva e Armando Rollemberg votaram no sentido de conceder o *habeas corpus*. Nesta altura apresentou-se em Plenário o Sr. Min. Godoy Ilha, que, convidado a votar pelo Sr. Min. Presidente, por ter constituído o Tribunal na Sessão de 14 de junho último, requereu fôsse submetida a seus pares a questão de ordem de se dizer se, pela circunstância apon-

tada, estava ou não, êle vinculado ao julgamento. Decidindo esta questão de ordem, o Tribunal, pelos votos dos Srs. Mins. Djalma da Cunha Mello, Amarílio Benjamin, Antônio Neder e Hugo Auler (Henrique d'Ávila), vencidos os Srs. Mins. Oscar Saraiva e Armando Rollemberg, que entendiam que o Sr. Ministro decidiria em sua liberdade, concluiu que o Sr. Min. Godoy Ilha não podia tomar parte no prosseguimento do julgamento. A esta altura, o Sr. Min. Cunha Vasconcellos, eventualmente na Presidência, entendeu que, pela mesma razão que o Tribunal respondera a consulta do Sr. Min. Godoy Ilha, entendia que não deveria continuar na Presidência eventual. O Tribunal entretanto, por unanimidade manifestou-se em sentido oposto. Colhido o voto do Sr. Min. Antônio Neder no mérito, negou S. Ex.^a a ordem. Assim, pois, o resultado do julgamento foi de indeferimento do pedido, vencidos os Srs. Mins. Djalma da Cunha Mello, Oscar Saraiva e Armando Rollemberg. Na 1.^a Questão de Ordem, os Srs. Mins. Amarílio Benjamin, Antônio Neder e Hugo Auler (Henrique d'Ávila) votaram de acôrdo com o Sr. Min. Djalma da Cunha Mello. Na 2.^a Questão de Ordem os Srs. Mins. Oscar Saraiva, Amarílio Benjamin, Armando Rollemberg, Antônio Neder e Hugo Auler votaram com o Sr. Min. Djalma da Cunha Mello; no mérito os Srs. Mins. Amarílio Benjamin, Hugo Auler e Antônio Neder votaram com o Sr. Min. Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Cunha Vasconcellos.