

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.443 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
RECTE.(S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
RECDO.(A/S) : **FREDERICO CARLOS JAÑA NETO**
RECDO.(A/S) : **ARI DE AZEVEDO MARQUES NETO**
ADV.(A/S) : **GUILHERME OCTÁVIO BATOCHIO E OUTRO(A/S)**
RECDO.(A/S) : **GUILHERME NOVITA GARCIA**
ADV.(A/S) : **ALOÍSIO LACERDA MEDEIROS E OUTRO(A/S)**
RECDO.(A/S) : **LUIS EDUARDO PASSARELLI TIRICO**
ADV.(A/S) : **LUIZ FERNANDO SÁ E SOUZA PACHECO E OUTRO(A/S)**
INTDO.(A/S) : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Eis as informações prestadas pelo Gabinete:

O Superior Tribunal de Justiça, em *habeas corpus* impetrado em favor de Frederico Carlos Jaña Neto e Ari de Azevedo Marques Neto, trancou ação penal em que se imputa aos pacientes e a outros dois denunciados (Guilherme Novita Garcia e Luis Eduardo Passarelli Tirico) a prática de homicídio qualificado (artigos 121, §2º, inciso III, c/c 29, do Código Penal). Entendeu o Tribunal, em votação majoritária, faltar à espécie justa causa para o prosseguimento da persecução criminal, tendo estendido a ordem de ofício aos últimos corréus referidos.

Na linha do voto vencedor, de autoria do ministro Paulo Gallotti, afirmou-se não trazerem os elementos probatórios contidos no processo qualquer indicativo de que os denunciados, ora recorridos, teriam praticado as condutas descritas na peça acusatória, consistentes em impedir os recém-ingressos na faculdade de medicina da Universidade de São Paulo-USP (“calouros”), entre os quais a vítima Edison Tsung

Chi Hsueh, de emergir da piscina onde estava sendo aplicado o denominado “trote” universitário. Asseverou-se, ainda, inexistir qualquer prova de que tais condutas teriam ocasionado a morte do estudante (provocada por asfixia mecânica por afogamento). Assim, decidiu-se à vista do exame necroscópico, do depoimento prestado pelo médico subscrevente de tal laudo perante a comissão de sindicância instaurada pela instituição de ensino, dos depoimentos prestados pelas testemunhas nas fases policial e judicial, do depoimento de “calouro” efetuado perante a aludida comissão, da conclusão da própria sindicância administrativa, e, por fim, do relatório final do inquérito policial. No mais, mencionou-se fita contendo declaração do denunciado Frederico Carlos Jaña Neto admitindo ser o autor do homicídio. Concluiu-se estar revelado que a suposta confissão não passou de uma “brincadeira de mau gosto” (folha 228), não tendo sido inclusive levada em conta pelo órgão de acusação.

O ministro Paulo Medina, não obstante ter formado na maioria no sentido de trancar a ação penal, assim o fez por outro fundamento. Salientou Sua Excelência que, em virtude do extenso conjunto probatório produzido, a sinalizar a complexidade do caso, não haveria como se perquirir, em sede de *habeas corpus*, a eventual ausência de justa causa para a persecução criminal. Quanto à outra premissa, consistente na falta de individualização das condutas delituosas de cada um dos denunciados, assentou, à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa e do artigo 41 do Código de Processo Penal, a inépcia formal da denúncia, que não teria descrito os meios empregados para atingir o resultado criminoso e o modo pelo qual foi praticado o crime.

O ministro Hamilton Carvalhido, em voto vencido, consignou a regularidade da inicial acusatória, que teria se mostrado totalmente ajustada ao preceito inscrito no artigo 41 do Código de Processo Penal. Asseverou a validade de imputação genérica de fato criminoso quando carece o órgão de acusação, no início da persecução criminal, de elementos

suficientes à individualização das condutas, sobretudo em casos de concurso de agentes. Referiu-se ao artigo 569 do Código de Processo Penal, a autorizar que as omissões da denúncia possam ser supridas a todo tempo antes da sentença final. Mencionou jurisprudência reiterada do Superior Tribunal de Justiça quanto à excepcionalidade do trancamento da ação penal na via do *habeas corpus*. Concluiu pela existência de elementos de prova idôneos à afirmação da justa causa da ação penal. Sustentou, ainda, que o Tribunal não poderia substituir-se ao juiz natural de admissibilidade da acusação, examinando o conjunto probatório, sobretudo em *habeas corpus*, no que se mostra inadequado para tal fim.

O Ministério Público Federal opôs sucessivos embargos declaratórios, ao final, acolhidos para esclarecer que o trancamento da ação penal mostrou-se devidamente justificado, “não havendo que falar em violação do art. 5º, XXXVIII, ‘d’, ou do art.129, I, ambos da Constituição Federal” (folha 323).

No extraordinário interposto com base na alínea “a” do permissivo constitucional, o recorrente articula com a transgressão dos artigos 129, inciso I, e 5º, inciso XXXVIII, alínea “d”, do Diploma Maior. Argumenta que o Ministério Público narrou com clareza conduta supostamente delituosa, descrevendo as respectivas circunstâncias, o que afasta a possibilidade de rejeição da denúncia (antigo artigo 43 do Código de Processo Penal, atual artigo 395). Destaca que, em relação a crimes cometidos mediante concurso de agentes, como ocorre no presente caso, a individualização da conduta de cada autor pode ficar postergada para a fase da instrução criminal, não sendo exigível a especificação quando da instauração da ação penal. Afirma que o acórdão impugnado, ao implicar óbice ao seguimento da persecução criminal em tela, desatendeu comando constitucional que confere ao Ministério Público a função institucional de promover privativamente a ação penal pública.

Defende apenas ser possível o trancamento da ação penal por falta de justa causa, em *habeas corpus*, nos seguintes casos:

(i) atipicidade da conduta, (ii) flagrante inocência do acusado ou (iii) extinção da punibilidade, que sustenta inexistentes na espécie. Alega que o Tribunal de origem substituiu-se ao juiz natural da causa - o Tribunal do Júri – quando procedeu a profundo exame dos elementos de prova. Cita, ainda, precedentes do Supremo no sentido da inviabilidade de análise probatória na via estreita do *habeas corpus* e da competência do juízo natural para a apreciação da eventual ausência de justa causa.

Sob o ângulo da repercussão geral, anotou que a questão jurídica trazida se apresenta relevante do ponto de vista jurídico e social, transcendendo os interesses subjetivos da causa, porquanto em jogo a soberania do Júri e as funções institucionais do Ministério Público.

A Procuradoria Geral da República, em parecer, opina pelo conhecimento e provimento do recurso, porquanto o Superior Tribunal de Justiça teria substituído, de forma indevida, o Juízo da 5ª Vara do Júri do Foro Regional XI Pinheiros, competente para pronunciar, impronunciar ou absolver sumariamente os réus, havendo emitido análise de mérito na via estreita do remédio constitucional.

O extraordinário foi admitido na origem (folha 461 a 463).

Em 19 de março de 2009, o chamado “Plenário Virtual” reconheceu a repercussão geral do tema (folha 473 a 480).

É o relatório.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.443 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Na interposição deste extraordinário, atendeu-se aos pressupostos gerais de recorribilidade. A publicação do acórdão ocorreu em 18 de abril de 2008 – sexta-feira (folha 330). A peça, subscrita por Subprocurador-Geral da República, foi protocolada em 28 de abril seguinte – segunda-feira (folha 333) –, no prazo legal. Esclareço que o Ministério Público, na protocolação deste extraordinário, atua não como parte – que não o é no processo revelador de *habeas corpus* –, mas como fiscal da lei.

Está em jogo saber a viabilidade de, à luz dos artigos 5º, inciso XXXVIII, e 129, inciso I, da Carta da República, juízo diverso do natural – no caso, o Tribunal do Júri –, em *habeas corpus*, avocar para si competência constitucionalmente atribuída ao citado tribunal para o julgamento de crimes dolosos contra a vida e, examinando fatos e provas, decidir pelo trancamento da ação penal, sem a instrução processual. Transcrevo os preceitos mencionados:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

- I - promover, privativamente, a ação penal pública, na

forma da lei;

Segundo o Ministério Público Federal, apenas é possível o trancamento de ação penal por falta de justa causa, na via estreita do *habeas corpus*, quando, diante da mera exposição dos fatos narrados na denúncia, verifica-se, de plano, ou a atipicidade da conduta, ou a patente inocência do acusado, ou a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas, ou, ainda, a consumação da prescrição punitiva.

De um lado, o Diploma Maior, ao versar a ação de *habeas corpus*, incluiu-a no rol de garantias individuais e dispôs que haverá a concessão sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação na liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (inciso LXVIII do artigo 5º).

De outro lado, o Código de Processo Penal prescreve:

Artigo 648. A coação considerar-se-á ilegal:

- I- Quando não houver justa causa;
- II- Quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;
- III- Quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;
- IV- Quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;
- V- Quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;
- VI- Quando o processo for manifestamente nulo;
- VII- Quando extinta a punibilidade.

O cerne da questão reside na configuração da justa causa.

Antes de tudo, consigno que, em face de razões de cunho prático, descabe adentrar a seara da discussão doutrinária de a justa causa ser, ou não, condição da ação penal. Tal polêmica surgiu com a promulgação da

Lei nº 11.719/2008, cujas disposições não apenas revogaram o artigo 43 do Código de Processo Penal, mas também incluíram expressamente a justa causa como questão preliminar, consoante se verifica da leitura do artigo 395, inciso III, do mencionado Código.

E o que é justa causa?

Para Afrânio Silva Jardim, eminente livre-docente em processo penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, justa causa é o lastro mínimo de prova que deve fornecer base à acusação, sendo desnecessária a existência de prova cabal, bastando constar, no inquérito policial ou nas peças de informação, algum elemento indiciário, “ainda que leve”. Dessa forma, o exame aprofundado das questões relacionadas à justa causa ficaria adstrito ao mérito do processo.

Compartilhando do pensamento de Afrânio Silva Jardim, Hélio Tornaghi, saudoso mestre da Faculdade Nacional de Direito, explicava não se tratar de saber se a coação dirigida ao paciente é justa ou injusta – reconhecimento esse que somente se dará na sentença –, mas de verificar se a dita coação mostra-se legal ou não, acrescentando que “a prisão de um homicida é justa, mas será ilegal se não se der o flagrante delito ou por ordem escrita do juízo competente. Justa causa, assim, é a causa suficientemente baseada em lei”.

Rogério Lauria Tucci, ao discorrer acerca do tema, defende faltar justa causa quando ausentes os requisitos tidos como imprescindíveis à prolação de sentença de mérito, que podem ser reduzidos a uma única condição, na esteira do pensamento sempre atual de José Frederico Marques, “inexistência de pretensão viável, quer no plano objetivo, quer no plano subjetivo”. Corroborando tal visão, Darcy Arruda Miranda, já nos idos de 1969, afirmava com exatidão que “a falta de justa causa para a ação penal é a falta de amparo legal, é a restrição indevida da liberdade individual, é o abuso de direito, ou de poder, é a acusação injusta, arbitrária, sem fomento de direito”.

Revela-se suficiente, portanto, que não se enquadre, em qualquer moldura legal (tipicidade), o fato narrado na acusação; ou que não se patenteie, de pronto, o interesse na prestação jurisdicional, com o

estabelecimento da necessária correlação entre o conteúdo desta e a situação antijurídica noticiada na peça inicial da ação penal; ou que a acusação não tenha sido formulada por quem seja, segundo a legislação em vigor, expressamente autorizado a fazê-lo e fique dirigida contra quem, por variados motivos, esteja livre de sofrê-la.

Consoante Maria Thereza Rocha de Assis Moura, ministra do Superior Tribunal de Justiça, há íntima ligação entre a justa causa, a legalidade e a legitimidade da acusação. Para alguém ser acusado em juízo, faz-se imprescindível que a ocorrência do fato típico mostre-se evidente, haja probabilidade – não mera possibilidade – de o sujeito incriminado ser o autor e exista um mínimo de culpabilidade. Pressupor, em exame de *habeas corpus*, que o membro do Ministério Público ofereceu denúncia e que o recebimento pelo Juízo competente aconteceu de modo completamente diverso da realidade fática apresentada nos autos do inquérito é presumir o extraordinário e contrariar o princípio da boa-fé do agente público. Somente situações demonstradas e dotadas de excepcionalidade desafiam o deferimento da ordem.

A indagação a ser feita é quando se poderá observar a presença, ou não, de justa causa.

De antemão, anoto competir ao tribunal de justiça, sem sombra de dúvidas, a análise dos elementos configuradores da justa causa, desde que – repito – respeitados os parâmetros ressaltados pela doutrina e, principalmente, pela remansosa jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Júlio Fabbrini Mirabete destaca cumprir a concessão de *habeas corpus* quando a falta de justa causa ficar evidenciada diante da simples exposição dos fatos ou se puder verificar, à primeira vista, a não participação do indiciado na prática do delito. Assinala ser suficiente ao recebimento da peça acusatória a presença de elementos que tornem verossímil a denúncia.

Afrânio Silva Jardim ensina não incumbir ao tribunal examinar prova, pois, além de não ser possível tal análise “em sede de *habeas corpus*, estaria substituindo função do juiz de 1º grau e suprimindo uma instância”. Também afasta a possibilidade de, ante o princípio do juízo

natural, o tribunal “suspender” inquérito ou processo alegando a insuficiência de prova ou valorando-a, para absolver indiretamente o réu no 1º grau de jurisdição por meio de *habeas corpus* impetrado no 2º grau.

Conforme estampado no artigo 129, inciso I, da Carta da República, o Ministério Público tem o direito e o dever de, em defesa da sociedade, tentar provar os fatos afirmados na denúncia. Caso tenha sustentado, na peça, possuir prova mínima – justa causa – de fato típico, antijurídico e culpável, somente depois de exaurida a prova a ser produzida no juízo natural, é que pode ocorrer a absolvição, ou não, do réu.

Descabe a tribunal, antecipadamente – em recurso ou em *habeas corpus* –, dizer que a prova é suficiente ao reconhecimento da excludente de ilicitude ou de culpabilidade. No julgamento de impetração, há de restringir-se à apreciação das condições para o exercício da ação, dos pressupostos processuais, relativamente ao processo cujo trâmite se dá em instância inferior. De outra forma, acabar-se-á, de maneira inconstitucional e não republicana, por afastar do Ministério Público a possibilidade de provar, no momento adequado, com o irrestrito respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, que o réu praticou conduta típica, ilícita e culpável, conforme descreveu na denúncia. A exigência de prova cabal é inoportuna nessa fase embrionária da ação penal, devendo-se aguardar a instrução probatória, as alegações finais e a prolação de sentença.

Sendo obrigatória a ação penal pública, mostra-se impróprio, nesse estágio, qualquer exame acerca da viabilidade da acusação, revelando-se necessária apenas a descrição de fato, em tese, típico. Na ação penal, porque voltada à satisfação do bem comum, no que visa a punição de eventuais violadores da lei penal, impera a presunção relativa de que o interesse está presente.

Em vários pronunciamentos, tive a oportunidade de consignar a excepcionalidade da suspensão de inquérito ou de ação penal mediante *habeas corpus*, proclamando sempre que o “trancamento da ação penal por órgão diverso do retratado como juiz natural pressupõe que os fatos narrados na denúncia não consubstanciem crime, ou que haja incidência

de prescrição ou defeito de forma, considerada a peça inicial apresentada pelo Ministério Público”. Cito como precedentes os *Habeas Corpus* nº 84.738/PR, 92.089/MG, 91.518/SP e 89.585/PI, todos de minha relatoria.

Outra não é a jurisprudência reiterada de ambas as Turmas do Supremo. Recentemente, a Segunda Turma, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 105.251/RJ, da relatoria da ministra Ellen Gracie, reafirmou o entendimento segundo o qual, “na fase de recebimento da denúncia, o julgador deve se pautar pelo princípio *pro societate*. Assim, para o recebimento da exordial (*sic*) acusatória, basta a presença da prova da materialidade delitiva e dos indícios suficientes de autoria”. Em outra ocasião, os ministros integrantes da Primeira Turma aludiram ao fato de não se poder substituir o processo de conhecimento pela via excepcional do *habeas corpus*, “o qual se presta, precipuamente, para afastar a manifesta violência ou coação ilegal ao direito de locomoção”.

Igualmente, quando do recebimento da denúncia formalizada no Inquérito nº 3.108/BA, relator ministro Dias Toffoli, o Pleno assentou:

[...]

2. A denúncia somente pode ser rejeitada quando a imputação se referir a fato atípico, certo e delimitado, apreciável desde logo, sem necessidade de produção de qualquer meio de prova, eis que o juízo acerca da correspondência do fato à norma jurídica é de cognição imediata, incidente, partindo-se do pressuposto de sua veracidade, tal como se dá na peça acusatória.

[...]

Vale realçar que, há várias décadas, essa tem sido a óptica do Supremo. Exemplo paradigmático é o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 32.208, julgado em 24 de setembro de 1952, relator ministro Orozimbo Nonato, no qual ficou evidenciado só existir falta de justa causa:

[...] que justifica a concessão de *habeas corpus*, quando o

fato, nem mesmo em tese, constitui crime, ou quando, configurando uma infração penal, resulta de pura criação mental da acusação. Essa tese se alicerça em sólidos fundamentos. Não é possível, sob a alegação de falta de justa causa, convocar o juiz a examinar os extremos do pedido, se a queixa reveste as condições legais e dá os elementos do delito. Quando a queixa foi lançada nesses termos e o Tribunal julga que há indícios de que os recorrentes são os autores desse fato, não há ausência de justa causa, de modo a trancar o processo.

O trancamento de ação penal pressupõe a inexistência de juízo de probabilidade da ocorrência da infração e da autoria. Como ensina o ex-Procurador-Geral da República Joaquim Canuto Mendes de Almeida, não se exige, de pronto, a certeza moral quanto à ocorrência do fato, da autoria e da culpabilidade. Essa será imprescindível ao final, como modo de autorizar a condenação.

Nas palavras de Marcellus Polastri Lima, o tribunal no qual impetrado o *habeas* não pode ir ao exame de fundo, na forma do artigo 386 do Código de Processo Penal, pois não se trata de aferir a procedência da imputação e sim de averiguar se esta se faz lastreada no menor suporte probatório, ou seja, se o fato narrado está embasado no mínimo de prova, se encontra correspondência em inquérito ou peça de informação. Ao tribunal descabe confrontar provas ou apontar se essas são boas ou não, mas apenas verificar se a acusação está lastreada em elementos colhidos, mesmo que isolados ou contraditados, sem emitir juízo de mérito, pois não pode haver imputação gratuita, carente de dados embasadores, ou reveladora de fato completamente diverso daquele apurado.

No *habeas corpus*, a cognição é ampla no tocante à extensão, porque, se juiz ou tribunal podem até conceder a ordem de ofício, não estarão impedidos de apreciar, inclusive, matérias não trazidas pelos interessados. Quanto à profundidade, o exame exauriente do mérito é dependente da clara demonstração da ilegalidade da coação ou da ameaça. Sem uma prova cabal dos fatos alegados, que deve acompanhar

o pedido inicial ou resultar de eventual confirmação por parte do coator ou de diferentes elementos trazidos ao processo, o juiz se verá obrigado a indeferir a ordem. Isso não impede, entretanto, que, mediante outros meios, seja reconhecido o direito dos pacientes. Trata-se de caso de cognição limitado à prova existente. É o que ocorre, por exemplo, em situação na qual se deixa de conceder a ordem para trancamento de ação penal por apontada atipicidade do fato imputado, o que não inviabiliza que, no julgamento da mesma ação penal, venha o juiz a decidir pela absolvição exatamente por não ser o fato típico. A prova dúbia, incompleta ou contrariada por outros elementos não autoriza pronunciamento favorável.

Sobre o tema, assim se manifesta Heráclito Antônio Mossin:

[...] o que é vedado ao julgador é o cotejo, o balanço da prova, notadamente. A prova que informa o *mandamus* deve ser clara e precisa, não ficando na dependência de sua valoração com outros elementos de convicção, o que é próprio do processo penal comum.

Na espécie, ficou claro que o Superior Tribunal de Justiça, em posição contrária à ora defendida, terminou por substituir-se, em primeiro lugar, ao Juízo e, em segundo, ao Tribunal do Júri, órgão cuja competência se encontra definida no artigo 5º, inciso XXXVIII, do Diploma Maior.

A valoração e o cotejo analítico de provas, testemunhos e perícias médicas indicam ter o Superior adentrado seara imprópria à ação de *habeas corpus*.

Diante da narrativa de fato típico, antijurídico e culpável, não alcançado pela prescrição punitiva, cabe apenas e tão somente permitir que a ação penal siga o curso natural, para, suplantada a fase de pronúncia, por ocasião da sentença de mérito, serem esquadrihadas todas as provas e evidências pelo juízo natural.

Conheço do extraordinário e o provejo para reformar o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, determinando o prosseguimento da Ação

RE 593443 / SP

Penal nº 230/99 perante o juízo competente, qual seja, a 5ª Vara do Júri do Foro Regional XI Pinheiros/SP.

Cópia