

Habeas Corpus nº 3.222-5 – RJ

(Registro nº 95.0002518-3)

Relator: *O Sr. Ministro Adhemar Maciel*
Impetrantes: *Augusto Frederico Gaffree Thompson e outro*
Impetrada: *Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*
Paciente: *Aílton Guimarães Jorge*
Advogados: *Drs. José Eduardo Rangel de Alckmin e outros*

EMENTA: *Penal. Crime de quadrilha ou bando. Crime permanente. A manutenção da associação criminosa após a condenação ou mesmo a denúncia constitui novo crime formal de quadrilha ou bando. Inocorre bis in idem na nova imputação. Ordem denegada.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas: Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo os Srs. Ministros Anselmo Santiago e Vicente Leal. Vencido o Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

Brasília, 24 de maio de 1995. (data do julgamento)

Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Presidente. Ministro Adhemar Maciel, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Adhemar Maciel**: Os advogados Augusto F. G. Thompson, José Eduardo Rangel de Alckmin e outros impetram a presente ordem de *habeas corpus* em favor de Aílton Guimarães Jorge. Apontam como autoridade coatora a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

2. O paciente foi condenado pelo juízo da 14ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro - RJ, à pena de 6 anos de reclusão, por infração ao art. 288 do Código Penal. Decisão mantida pela 3ª Câmara Criminal do TJRJ.

Persistindo em se manter na associação criminosa, o Ministério Público ofereceu nova denúncia, com pedido de prisão preventiva, contra o paciente. Recebida a denúncia, e deferida a custódia preventiva pela juíza da 36ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro, impetrou-se *habeas corpus* perante o TJRJ, denegado por sua 2ª Câmara Criminal, em acórdão assim ementado:

“Habeas corpus. *Trancamento de ação penal por falta de justa causa e nulidade do processo.* Se a alegação de falta de justa causa e nulidade do processo resta fulcrada em posição controvertida na doutrina penal, não claramente eivada de ilegalidade ou nulidade, mostra-se inidônea à estreita via do *habeas corpus*, para impedir que o juízo natural decida sobre o tema, em cognição normal e necessária” (fls. 309).

3. Alegam os impetrantes estar o paciente a sofrer constrangimento ilegal, por configurar a ação penal verdadeiro *bis in idem*, uma vez já ter sido condenado pela prática do mesmo crime.

4. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Dr. **Wágner Natal Batista**, opinou pela denegação da ordem. O refazimento e reestruturação da sociedade criminosa tipifica novo delito de quadrilha. Para afastar essa presunção seria necessário um exame profundo da prova, incabível nos estreitos limites do *habeas corpus*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Adhemar Maciel** (Relator): Em seu memorial, um dos impetrantes, o eminente advogado José Eduardo Rangel de Alckmin, redargüiu que na peça acusatória o Ministério Público não diz que os denunciados tenham interrompido a *societas deliquentium*. Ao contrário, fala que os quadrilheiros “permaneceram associados para o fim de praticar crimes”. A tese central da acusação baseia-se no entendimento de que, com a primitiva denúncia, operou-se a interrupção do crime. Assim, o prolongamento da mesma conduta ensejaria nova denúncia. Ora, a pretendida interrupção constitui mera ficção, o que só se admite no direito penal, se amparada por lei. Não é o caso dos autos, pois.

Senhor Presidente, se a questão sob o aspecto puramente doutrinário é nova, o mesmo não se dá com os fatos, que já foram apreciados por mais de uma vez por esta Turma.

Não paira dúvida de que a competência é do STJ, pois se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. O paciente, através de seus advogados, impetrou *habeas corpus* contra decisão da juíza da 36ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro. O TJRJ, através de sua 2ª Câmara Criminal, denegou o pedido:

“Habeas corpus. *Trancamento de ação penal por falta de justa causa e nulidade do processo.*

Se a alegação de falta de justa causa e nulidade do processo resta fulcrada em posição controvertida na doutrina penal, não claramente eivada de ilegalidade ou nulidade, mostra-se inidônea à estreita via do *habeas corpus*, para impedir que o juízo natural decida sobre o tema, em cognição normal e necessária” (fl. 309).

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em 26/09/94, denunciou 28 pessoas sob o fundamento de que elas — *in verbis* — “associaram-se, de forma estável e permanente, juntamente com terceiras pessoas ainda não identificadas, em quadrilha, para fim de cometer crimes, notadamente de corrupção, com o pagamento de propinas a autoridades e agentes do serviço público, ameaças e homicídios, tudo visando à manutenção de suas atividades ilícitas, dentre elas a exploração do jogo do bicho, inclusive com o uso de armas.”

Os denunciados, em ordem numérica, são:

01. Castor Gonçalves de Andrade Silva, vulgo “Castor”;
02. Aílton Guimarães Jorge, vulgo “Capitão Guimarães”;
03. José Petros, vulgo “Zinho”;
04. Paulo Roberto de Andrade Silva, vulgo “Paulinho Andrade”;
05. Aniz Abrahão David, vulgo “Anísio”;
06. Antônio Petrus Kalil, vulgo “Turcão”;
07. Haroldo Rodrigues Nunes, vulgo “Haroldo Saens Peña”;
08. Carlos Teixeira Martins, vulgo “Carlinhos Maracanã”;
09. Waldemir Garcia, vulgo “Miro”;
10. Waldemir Paes Garcia, vulgo “Maninho”;
11. José Caruzzo Escafura, vulgo “Piruinha”;
12. Luiz Pacheco Drumond, vulgo “Luizinho Drumond”;
13. Fernando de Miranda Ignácio;
14. João Carlos Andrade e Silva;
15. César Andrade Lima Souto;
16. Américo Siqueira Filho, vulgo “Mequinho”;
17. Sérgio Ires José de Almeida, vulgo “Sérgio Íris”;
18. Norma Bechepeche;
19. Antônio Soares da Silva;
20. Antônio Jaider Soares da Silva, vulgo “Jaider”;
21. Orlando Alves Pereira, vulgo “Orlando Careca”;
22. Abílio da Silva Aleixo, vulgo “Abílio Português”;
23. Humberto Chucri David, vulgo “Humberto”;
24. Luiz Carlos Batista da Costa;
25. Weber Stabile;
26. Venílton Stabile;
27. Jorge Teixeira da Silva, vulgo “Jorginho da Farmácia” e
28. Cosme Luiz Teixeira da Silva, vulgo “Cosminho”.

O paciente, como se viu da lista, é o denunciado de número 2.

Diz o denunciante:

“Desde tempos pretéritos, os denunciados designados pelos ns. 01 a 12, respectivamente, Castor Gonçalves de Andrade Silva, vulgo “Castor”, Aílton Guimarães Jorge, vulgo “Capitão Guimarães”, José Petros, vulgo “Zinho”, Paulo Roberto de Andrade Silva, vulgo “Paulinho Andrade”, Aniz Abrahão David, vulgo “Anísio”, Antônio Petrus Kalil, vulgo “Turcão”, Haroldo Rodrigues Nunes, vulgo “Haroldo Saens Peña”, Carlos Teixeira Martins, vulgo “Carlinhos Maracaná”, Waldemir Garcia, vulgo “Miro”, Waldemir Paes Garcia, vulgo “Maninho”, José Caruzzo Escafura, vulgo “Piruiinha” e Luiz Pacheco Drumond, vulgo “Luizinho Drumond”, juntamente com duas outras pessoas aqui não denunciadas, em inegável *pactum sceleris*, associaram-se para a prática de determinado jogo de azar, vinculados a nomes de certos animais, o qual tornou-se popularmente conhecido como “jogo do bicho.”

“Com isso, visando à manutenção do domínio de suas áreas de contravenção e ampliação de suas atividades ilícitas, constituíram uma verdadeira organização criminosa que se tornou conhecida como a cúpula do jogo do bicho que, para a consecução de seus espúrios objetivos, tem, a toda evidência, o fim de cometer crimes, dentre os quais se incluem a corrupção de funcionários públicos, seqüestros, e a eliminação de pessoas que se contraponham a seus negócios escusos.

.....

“Mister observar que, no curso da Ação Penal em tela, os referidos *denunciados* nos ns. de 01 a 12, em demonstração explícita de continuação da sociedade criminosa, mantinham, nas cercanias do Palácio da Justiça, quando da realização das audiências pertinentes à ação penal referida “seguranças” fortemente armados, que, para contato com seus “chefes”, dispunham, até, de unidades móveis celulares.

.....

“Releva-se notar que, exatamente após a sentença condenatória já mencionada, passaram a ser evidentes os sinais de que os denunciados de ns. 01 a 12, já presos, persistiram em se manter associados para o fim de cometer crimes, notadamente corrompendo agentes do serviço público e tramando o assassinato de autoridades.

.....

“Intimado a prestar esclarecimentos, o então Diretor da DC-PO-LINTER, Delegado de Polícia Mauro Guimarães, confirmou a utili-

zação de um telefone celular pelos presos, negando, contudo, as notícias publicadas na mídia de que os banqueiros do “Jogo do Bicho” ali presos “bancaram” as obras realizadas na carceragem da DC-PO-LINTER, classificando tais notícias de “puramente mentirosa e especulativa” e que tal fato não é verdadeiro...” (*cópia da informação — Anexo nº 4*).

.....
“O exame dos referidos livros contábeis atesta a disseminação da corrupção patrocinada pelos banqueiros da denominada *cúpula do jogo do bicho* entre autoridades e servidores públicos, constatando-se que distribuíam propinas de forma habitual e reiterada (o chamado “PP fixo”), tudo sempre escriturado de forma metódica (*cópia do livro-caixa — Anexo nº 05*).

“Vale acrescentar que os 1º, 2º, 4º, 6º, 8º, 11º, 12º, 13º, 15º, 22º, 23º, 24º, 25º denunciados, respectivamente, Castor Gonçalves de Andrade Silva, “Castor”, Aílton Guimarães Jorge, vulgo “Capitão Guimarães”, (*omissis*), são, também, réus na ação penal acima mencionada, eis que foram denunciados pela prática do crime definido no art. 333 (corrupção ativa) c/c os arts. 29 e 71 todos do Código Penal (*cópia da denúncia e aditamento — Anexo nº 06*).

“Relembre-se, ainda, que após o reencontro dos denunciados ns. 05 a 12 (Aniz Abrahão David, vulgo “Anísio”, Antônio Petrus Kalil, vulgo “Turcão”, Haroldo Rodrigues Nunes, vulgo “Haroldo Saens Peña”, Carlos Teixeira Martins, vulgo “Carlinhos Maracanã”, Waldemir Garcia, vulgo “Miro”, Waldemir Paes Garcia, vulgo “Maninho”, José Caruzzo Escafura, vulgo “Piruiinha” e Luiz Pacheco Drumond, vulgo “Luizinho Drumond”, no Instituto Penal Vieira Ferreira Neto, em Niterói, conhecido na mídia e jargão do Sistema Penitenciário como “Sítio do Pica-Pau Amarelo”, inusitados acontecimentos envolvendo esses denunciados levaram o MM. Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais a adotar medidas, através do Procedimento Especial nº 021/94, instaurado naquela Vara (*cópia dos autos do Procedimento Especial nº 021/94 — dois volumes — Anexo nº 07*).

“Assim é que foram constatadas várias *saídas dos denunciados*, sempre a pretexto de *consultas médicas*, algumas com sinais evidentes de *desvio de rota*, fatos em apuração no âmbito do Ministério Público (*cópia do expediente encaminhado pela 5ª Promotoria de Justiça junto à Vara de Execuções Penais — Anexo nº 08*).”

Após dizer que no dia 14/01/94 e em 17/01/94 o presidente do TJRJ havia recebido um manuscrito assinado pelo preso Almir Gonçalves Teixeira, dando conta de que havia um plano para matar — *in verbis* — “O Dr. Antônio Carlos Amorim,

Dra. Denise Frossard, Dr. Roberto Marinho, um procurador e a promotora da VEP Dra. Celma (*cópia dos autos do Procedimento Especial nº 02/94 – fls. 05/06 – Anexo nº 07*).

Mais para a frente, a denúncia fala que com ordem judicial foi feita uma gravação (do dia 03/03 a 01/05/94) das conversas telefônicas pelos denunciados Aniz Abrahão David, Antônio Petrus Kalil, Haroldo Rodrigues Nunes, Carlos Teixeira Martins, Waldemir Garcia, Waldemir Paes Garcia, José Caruzzo Escafura e Luiz Pacheco Drumond. Acrescenta textualmente a denúncia;

“Com efeito, os textos reproduzidos das gravações comprovam, eficazmente, que os denunciados referidos controlam suas atividades ilícitas de dentro da unidade prisional, “negociando”, corrompendo e determinando empreitadas criminosas, inclusive a *eliminação de pessoas*, sempre visando à manutenção de seus *espúrios feudos*, acabando por transformar o Instituto Penal Vieira Ferreira Neto em peculiar *bunker (sic)* da *cúpula do jogo do bicho* (*cópia dos autos do Procedimento Especial nº 021/94 – fls. 77/107 e 337/365 – Anexo nº 07*).”

Passemos, agora, ao decreto de prisão.

A juíza da 36ª Vara Criminal às fls. 75/82, após falar genericamente em *periculum libertatis* dos réus, enfoca aspectos principais dos 13 anexos ao processo. A certa altura, diz:

“Os 2º a 12º Réus, na condição de reclusos, vêm agindo de forma inaceitável, ao que tudo indica, valendo-se do assessoramento proporcionado pelo grupo — a denominada “Cúpula” — para ignorar os regulamentos do DESIPE, a Lei de Execução, em demonstração de pouco acatamento à Justiça Criminal.”

Bem mais para a frente, continua a eminente magistrada:

“Os pressupostos do art. 312 do C.P.P. estão presentes, pela documentação que aponta para a existência material da infração, havendo indícios suficientes e idôneos acerca da autoria.

“Diga-se que o mesmo acerca das circunstâncias que autorizam sua decretação: a ordem pública deve ser garantida, ante a intranquilidade trazida ao meio social pela ação de agentes organizados, dispondo de equipamentos, instalações, armamento e dinheiro fácil.

“Podem, deste modo, prosseguir sem maiores transtornos em suas atividades ilícitas.

“Outrossim, persiste o fundado receio de que venham a pressionar e subornar funcionários no exercício da função, causando constrangimento e desassossego àqueles que tentam exercer suas precípuas atribuições, e aos cidadãos ordeiros, que respeitam a lei.

“Há, também, suspeitas de que, apesar da segregação dos líderes condenados, continuam as práticas ilegais, de modo violento e intimidador, como o homicídio de Norival e as notícias de suborno a Delegados de Polícia, ora respondendo a processos criminais.

“A conveniência da instrução penal aponta a perspectiva de intimidação ou aliciamento de testemunhas, através de métodos pouco ortodoxos e, *in casu*, previsíveis, de molde a inviabilizar a aplicação da lei penal.

“Por todo o exposto, acolho o requerimento da Promotoria e, com base nos artigos 311 e 312 do Cód. Processo Penal, decreto a prisão preventiva de todos os Réus.”

Em seu voto, o eminente Des. Carlos Brazil argumentou:

“Por outro lado, os Impetrantes clamam pelo trancamento da ação penal, que tramita na 36ª Vara Criminal, Comarca da Capital, alegando ausência de justa causa e nulidade do processo.

“Asseveram que esse processo penal é um desdobramento da ação que motivou a condenação do Paciente, na 14ª Vara Criminal, pois, o crime de quadrilha é permanente e, se houve uma condenação anterior, o crime persistiria, não podendo vir a ser condenado, pelo mesmo crime, que não estaria estanque.

“Em abono de sua tese, trazem lições de ilustres Juristas. Todavia, um deles, Mirabete, entende, em resumo, referindo-se ao crime de quadrilha que, *se após o oferecimento da denúncia, persistir a associação criminosa, passa esta atitude a constituir novo crime.*

“Outros autores entendem diferentemente e outros, ainda, marcam, subjetivamente, um momento, para que se tenha uma nova infração, ou seja, um ponto de estancamento da primeira ação.

“Ainda, nas suas considerações os Impetrantes admitem que poucos autores se preocupam com a questão (fls. 16), isto é, que a maioria dos juspenalistas se desinteressaram pelo tema.

“Portanto, como se verifica, a matéria no seu ponto fulcral é controvertida, indubitavelmente, e, por isso mesmo, foi repelida a exceção da coisa julgada em despacho fundamentado, não existindo, assim, o *bis in idem*, a *prima facie*, deixando o Juízo, esta questão de fundo, entrelaçada, fortemente, com o mérito, para a decisão final.

“Ora, é lição pacífica doutrinária que a falta de justa causa só justifica o *habeas corpus*, quando a contestação aos fatos e ao direito não incursiona no contraditório, e, na hipótese, ocorreu o crime em tese e não se pode, nesta estreita via, proceder a valoração de questão

controvertida, doutrinariamente, em tema, inclusive, árido, no tratamento dos Tribunais e estudiosos, em questão que adentra *in merito causae*, sendo inadequado o remédio heróico, com a sua sumária cognição aprofundada deste exame, subtraindo-se ao Ministério Público o exercício do *jus accusationis*, a pretexto de não estar provado, exatamente, aquilo que o órgão do *Parquet* se propõe provar no curso da instrução.

“É, outrossim, inadmissível o trancamento da ação penal regularmente instaurada com base em pretendida justa causa e nulidade do processo, não claramente manifesta e, se pretender discutir no bojo do *mandamus*, matéria controvertida, doutrinariamente, significando o trancamento o condão intolerável de, sumariamente, suprimir o pleno e cabal exame de todos os elementos que pudessem trazer as partes e, a decisão do mérito que, em última análise, constituem o fundamento da própria jurisdição.

“Finalmente, não se mostrando, como se demonstrou, clara, límpida e manifestamente ilegal a ação penal guerreada, não se pode, no campo singelo do *habeas corpus*, ausente nulidade radical ou frente à patente falta de criminalidade, trancar a referida ação.

Por tais considerações, denega-se a ordem.”

Senhor Presidente, li com atenção o excelente memorial do advogado José Eduardo Rangel de Alckmin. Sua tese é de que o crime de quadrilha, por ser permanente, pode não se interromper só pela denúncia ou pela sentença. Tais fatos jurídicos não têm o condão de se sobrepor à realidade fática, segmentando a atividade criminosa num “antes” e num “depois” da denúncia. E a realidade fática, *de acordo com a denúncia*, é que o crime de quadrilha, pelo qual o paciente e outros comparsas foram condenados pela juíza da 14ª Vara, não sofreu nenhuma interrupção. Ao contrário, prolongou-se depois da própria sentença condenatória. Logo, a nova ação penal configura um *bis in idem*.

Senhor Presidente, os impetrantes têm razão num ponto. As questões de direito, por mais complicadas que possam se apresentar ou por ensejarem mais de uma saída jurídica para a solução do caso concreto, podem e devem ser resolvidas através da ação de *habeas corpus*. Só as questões peçadas de fatos controversos é que não têm como ser resolvidas, uma vez que o *habeas corpus* é um típico “processo de prova documental” (*Urkundenbeweisprozess*). No caso concreto, como mostrou o relator *a quo*, ainda que de um modo um tanto vacilante, há justa causa para a denúncia. Os fatos constituem, em tese, crime de quadrilha. Por mais de uma vez já abordei a questão, embora não diretamente, no sentido de que nada impede, após a denúncia ou mesmo após a condenação, a configuração de um novo crime formal de quadrilha ou bando. Também trouxe à colação a mesma lição de Mirabete:

“Sendo a formação de quadrilha ou bando um crime permanente, a coisa julgada a respeito da imputação pelo art. 288 incide sobre um só crime constituído por estado delituoso que persiste e cujo momento consumativo se protraí no tempo, cabendo contra o agente, a propositura de uma única ação penal relativa ao crime de bando ou quadrilha (RJDTACRIM 6/244). Entretanto se após o oferecimento da denúncia a respeito do delito persistir a associação criminosa, passa esta a constituir novo crime. O fato imputado em posterior ação penal é outro, pois a primeira imputação refere-se à associação até a data do oferecimento da denúncia, incorrendo o *bis in idem* na nova imputação” (*Manual de D. Penal*, Atlas, 6ª ed., 3º vol., pág. 190. Destaque do relator).

Assim, Senhor Presidente, não vejo, não obstante o esforço dos impetrantes, como trancar a ação penal.

Com tais considerações, denego a ordem.

É como voto.

VOTO - VOGAL

O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro: Srs. Ministros. Com grande satisfação, saúdo a presença do Eminentíssimo Subprocurador-Geral da República em nossas assentadas. Sua Exa. é um cultor do Direito Penal e seus pareceres sempre ponderados; por isso, vou pedir vênias a S. Exa. para fazer algumas anotações a sua douta fala.

Já se disse, o Direito Penal sacrifica a verdade real em favor da verdade formal. Em outras palavras: o Estado, por necessidade de obedecer ao princípio da anterioridade da lei penal, precisa, antes da prática da conduta, através de lei em sentido formal, defini-la como infração penal. Assim, por mais imoral, censurável que seja o comportamento humano, do ponto de vista penal, será irrelevante dada a tipicidade. Aliás, o grande penalista argentino Sebastian Soler, em seu tratado, diz expressamente — e a imagem é feliz — que o Direito Penal é um arquipélago, o que vale dizer, conjunto de várias partes desconexas. Não compreende, não ocupa todo o oceano. É uma conquista histórica. Tenho a impressão que um Tribunal Superior há de ser atento a essas ponderações e ao entendimento de que o nosso Direito Penal, como a maioria dos direitos penais, não acompanha, dada sua formalidade, muitas vezes, a celeridade da criminalidade; por isso, determinadas infrações penais ficam como que desatualizadas no tempo.

É tradicional na nossa Constituição, desde 1824 e não interrompida sequer em período de autoritarismo, *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Além disso, é labor fecundo dos penalistas saber projetar a estrutura, a ontologia de cada figura delituosa.

Por isso, peço vênia ao Eminentíssimo Procurador da República, a quem respeito constantemente, para dizer que o crime de quadrilha é eventualmente permanente. Não é da sua essência, da sua estrutura, dos elementos constitutivos, a necessidade de se prostrar no tempo. Três ou mais pessoas podem reunir-se com o intuito, propósito de praticar crimes. Entretanto, logo em seguida, pode haver a desconstituição desse propósito. A associação, antes mesmo de praticar as infrações penais imaginadas, desconstituiu-se, não se projetando no tempo.

O que é permanência, do ponto de vista penal? É prostrar-se no tempo, projetar-se durante algum tempo juridicamente relevante. Ao contrário do crime de casa de prostituição, definido no art. 229.

Este sim, essencialmente permanente, porque se refere a:

“Manter por conta própria ou de terceiro casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fins libidinosos.”

Manter é da ontologia da conduta, projeção no tempo. Assim, se alguém abrir casa de prostituição, mas fechá-la em seguida, não houve crime, pois não houve manutenção nem permanência. Nisso a doutrina praticamente é unânime. Valhame, inclusive, do excelente parecer apresentado pelo impetrante, subscrito pelo prezado amigo – talvez o mais festejado penalista vivo da Argentina, com quem tenho tido oportunidade de debater em vários congressos internacionais – **Eugenio Raul Zaffaroni**, que mostra, com base na doutrina italiana, e principalmente na doutrina tedesca, fonte principal de sua cultura jurídica, que há de se fazer necessária a permanência. Hoje, na literatura italiana, a não ser pronunciamento de **Antolisei**, crime de quadrilha é, eventualmente, permanente.

Sendo crime preparatório, e não deixa de ser crime preparatório – é mais uma impugnação que peço licença para fazer – se não fosse a exceção do art. 31, impondo a definição do art. 228, a simples preparação, ou ajuste, seria desnecessário, atípico, equiparar-se-ia a uma *societas sceleris*, eventual co-autoria. E não há dúvida que existe o concurso; nos atos preparatórios como os crimes imaginados, uma vez acontecidos, há pluralidade de condutas. Isso é crime. Não há dúvida alguma.

Entretanto, não é caso excepcional. Confrontemos o art. 289 e o art. 291. O primeiro refere-se a:

“Falsificar, fabricando ou alterando uma moeda metálica ou papel moeda de curso legal no país ou no estrangeiro.”

É crime de moeda falsa. Mas, para preservar o bem jurídico, o Estado antecipa-se e pune, no art. 291, “petrechos para falsificação de moeda”. Imagine-se o seguinte: se alguém foi colhido, preso, com moeda falsa e constatado que dispunha de uma organização, petrechos, é evidente, ele comete dois crimes. Pergunto, entretanto; se aqueles petrechos continuarem na sua casa, se esses elementos materiais necessários ali continuarem e não forem apreendidos, sendo condenado, imediatamente será ele denunciado e punido por novo crime de petrechos para falsificação de moeda? Aqui, segundo **Giuseppe Raim**, que li no voto anterior, é flagrante, é evidente o *ne bis in idem*. Estaria a mesma ação, a mesma conduta, na hipótese, a mesma preparação sendo punida várias vezes.

Ouvi, inclusive do Eminentíssimo Relator, que esse crime se projeta no tempo e que o

Estado não pode ficar de mãos atadas, indiferente, assistindo, pura e simplesmente, ao desenrolar do acontecimento. Por isso, é necessário punir uma vez, punir duas, três, quatro e assim sucessivamente. Isso contrasta, com o devido respeito, com interpretação lógico-sistemática do Código Penal e do Direito Penal em qualquer que seja o país. Temos, além dos crimes permanentes, todos sabem, o crime instantâneo de efeito permanente. Aquele em que o resultado é irreversível, acontecerá sempre, sendo impossível recuperar os seus efeitos: é o homicídio. Alguém mata, a vítima morre, o crime é instantâneo, mas o efeito é permanente. E qual a reação do Estado, não só do Estado Brasileiro, mas de qualquer Estado? Pune a pessoa uma vez só. De doze a trinta anos, no máximo trinta anos, embora o efeito seja irrecuperável. Não é o efeito em si, senão cairemos no *versare in re illicita*, no direito objetivo. *Data venia*, estou diante do Ilustre Constitucionalista. O Direito Penal, por força da nossa Carta Magna é de responsabilidade subjetiva. Não prospera nenhuma hipótese de responsabilidade objetiva no nosso Direito. Vejam os Senhores, a resposta jurídica é normativa, não é fática. A prosperar, *data venia*, o entendimento que me parece majoritário nos votos já tomados, por via indireta, decretar-se-á a prisão perpétua no Brasil. Ela é literalmente proibida no nosso ordenamento. Estaremos, portanto, por um somatório de penas, punindo, quando o próprio Código Penal determina que nenhuma pena pode ser superior a trinta anos. A Constituição proíbe a prisão perpétua.

O Eminentíssimo Relator fez-se impressionar pela fala do Ilustre Procurador, dizendo que, a prevalecer o voto que proferira eu no *habeas corpus* anterior, o paciente teria um *bill of indemnity*, peça de desculpas ao Eminentíssimo Ministro Adhemar Maciel, que é um mestre da língua inglesa. *Data venia*, é erro de perspectiva. Há de se distinguir — e vou usar a expressão do nosso douto Procurador — que, a vincular a tese, haveria direito adquirido à prática do crime. Não é isso. Ninguém tem direito adquirido à prática do crime. Toda pessoa tem o direito adquirido, isso sim, de não ser punido duas vezes pelo mesmo fato. Essa é a distinção, Procurador. Ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato. Se a conduta já foi punida, *data venia*, não é possível que se repita. É o arquipélago de que fala Soler; é o ensinamento dos autores alemães e dos autores italianos. Como poderia fazer o flagrante, se o crime já está punido? Peço vênias aos Eminentíssimos Ministros para afirmar, no caso, a falta de justa causa. Quando ocorre esse instituto jurídico? Quando a denúncia descrever fato atípico, estiver extinta a punibilidade ou houver ilegitimidade *ad causam*. Se, no caso concreto, demonstrado, caracterizado e narrado, literalmente, na imputação, que o paciente fora já condenado pelo crime de quadrilha e que estaria prosseguindo, é, *data venia, bis in idem*. O fato é atípico. É observação inicial de que o direito penal sacrifica a verdade real em favor da verdade formal para garantir o direito de liberdade. Por exemplo: todos estão de acordo e ninguém contesta que, do ponto de vista de efeito negativo, socialmente visto, o furto de uso é igual ao furto. Entretanto, o furto de uso é atípico. Há reclamações e postulações para, no âmbito da neocriminalização, ampliar-se a figura. Enquanto isso não acontecer, por estarmos no estado de direito democrático, peço vênias aos Eminentíssimos Ministros a fim de conceder o *habeas corpus*, reconhecendo falta de justa causa. Há, sem dúvida, *bis in idem*; com o respeito devido, mais uma vez peço desculpas para dissentir da douta maioria.

O Sr. Ministro **Adhemar Maciel** (Relator): Sr. Presidente, estou me lembrando

de uma expressão muito conhecida do Sr. Ministro Oliver Wendell Holmes da Suprema Corte Americana que fez uma observação muito importante, a de que tomar em consideração que o Direito não é só lógica. Às vezes, há uma tendência, sobretudo em matéria de Direito Penal, de se aplicar essa lógica matemática, o que pode levar a uma derrocada. Impressionou-me a questão do *bill of indemnity*, do Dr. Ribeiro de Bonis. Não quero fazer polêmica, apenas deixo registrado esse ponto. Em matéria de direito temos que ter um certo cuidado senão cairemos em formalismo exagerado.

O Sr. Ministro **Luiz Vicente Cernicchiaro**: *Data venia* de V. Exa., a questão é preocupante; não sou considerado formalista, sou até chamado, em outros lugares, de defensor do Direito Alternativo. Tenho dito, no momento em que a norma formalizada se revele contrastante com os valores jurídicos, há de ser superada. Norma formalizada, como a lei, é um momento histórico.

Repito as palavras de **Giuseppe Bettiol**: “O Direito não poderia reduzir-se à jurisprudência abstrata, mas haveria de buscar os fatos concretos”. Sempre foi o meu sentido. Mas há que pensar o seguinte, Excelência: Direito Penal é um Direito Formal, é como o Direito Tributário. Vossa Excelência não pode ampliar o fato impositivo. Direito Penal e Direito Tributário nasceram na mesma época, voltaram-se para os mesmos valores, juridicamente vistos, embora de lados diferentes: o Direito Penal, para defender a liberdade, e o Direito Tributário para defender o patrimônio. O Direito se define. Ocorre que pode haver, não há dúvida alguma, a influência da cultura, dos usos e costumes, na interpretação da norma jurídica. A isso sou sensível. Na semana passada, em uma palestra proferida na Universidade de Santos, recordava um fato. Naquela cidade passei a minha infância – estava na praia, um dia, e na esquina da Avenida Bartolomeu de Gusmão com Conselheiro Nébias, via um aglomerado, uma moça e policiais, por ali; fomos ver o que era; a moça estava sendo presa porque saíra da praia portando maiô de corpo inteiro, entretanto não tivera a cautela de vestir-se com um robe de chambre. Aquela época, era menino, não sabia nem que existia Direito Penal – mas o crime estava definido. Hoje, não houve mudança literal alguma. Entretanto, acredito, se o policial fizesse hoje aquela prisão, seria indiciado no crime de abuso de autoridade. São os usos e costumes que se movimentam, que se modificam. O que não podemos é desprezar a norma, o tipo, caso contrário, dar-se-á marcha-à-ré. Iremos a período anterior a Beccaria, ao período da vitória dos postulados da Revolução Francesa, caindo no autoritarismo. Não é possível. Fico com receio de ampliarmos a extensão punitiva, gerando uma infração penal que não existe. Isso só aconteceu no tempo mais remoto do período de Hitler, quando, para definir o crime, dizia que se devia invocar o são sentimento do povo germânico.

Por considerar o fato descrito na denúncia, *data venia*, peço desculpas para manter meu entendimento e dissentir da douta maioria.

VOTO

O Sr. Ministro **Vicente Leal**: Sr. Presidente, também peço vênias ao entendimento que consagra a tese de que, na espécie, não haveria, com a denúncia, a descontinuidade da ação delituosa. Penso que não se pode, assim, *prima facie*, trancar uma

ação penal, considerando a circunstância de que essa organização criminosa seria uma continuação da outra.

O *habeas corpus* é uma medida muito estreita, e não se pode, por sua via, fazer grandes indagações de ordem fática. Todavia, em face da tese jurídica, à primeira vista, sem um estudo mais profundo, tendo a filiar-me à linha de Mirabete, que foi adotada pelo Ministro-Relator. Não se poderia admitir que, com a denúncia, pudessem os réus dar continuidade ao crime. Seria uma forma de, em sendo um crime de quadrilha – mesmo depois de instaurada ação penal, em que o Estado procura coibir a ação delituosa – poder ela, de forma impune, continuar atuando naquela atividade criminosa sob o fundamento de que, em sendo um crime continuado e permanente, bastaria uma só acusação.

Creio que são ações que se separam. Embora, faticamente, possa parecer uma única ação, e uma ação de natureza permanente, quando o Estado desenvolve uma atividade no sentido de exercer o *jus puniendi* e propõe, perante o Estado-Juiz, a instauração de uma ação penal, fatos posteriores não podem estar englobados naquela primeira ação penal. Parece-me de difícil aceitação a idéia de que uma primeira conduta, determinada, visualizada e denunciada perante o Judiciário para sua punição, pudesse ter continuidade após a instauração da ação penal.

Por isso, sem um estudo maior e completo sobre o assunto, para acompanhar o Sr. Ministro-Relator.

Habeas Corpus nº 3.448-1 – SP
(Registro nº 95.0018986-0)

Relator: *O Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini*
Impetrante: *Fábio Mesquita Ribeiro*
Impetrada: *Terceira Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo*
Paciente: *Valentim Anatriello (preso)*

EMENTA: *Processual Penal — Prisão civil — Cumprimento em regime domiciliar — Excepcionalidade.*

– O benefício da prisão domiciliar não se estende, em tese, à prisão civil, pois esta não é pena, mas simples coação admitida para cumprimento de obrigação.

– Tratando-se de pessoa idosa, gravemente enferma, aliado ao fato de que a prisão civil está prestes a expirar, admite-se, excepcionalmente, o seu cumprimento em regime domiciliar.

– Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taqui-