



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E DE CIÊNCIAS SOCIAIS

ANA CAROLINA LARANJEIRA DE PEREIRA

**A JUSTA CAUSA NA AÇÃO PENAL: UM CONCEITO JURÍDICO
INDETERMINADO**

Brasília
2013

ANA CAROLINA LARANJEIRA DE PEREIRA

**A JUSTA CAUSA NA AÇÃO PENAL: UM CONCEITO
JURÍDICO INDETERMINADO**

Monografia a ser apresentada como
requisito para conclusão do curso de
bacharelado em Direito do Centro
Universitário de Brasília.

Orientadora: Prof. MSc. Eneida Orbage
De Britto Taquary

Brasília
2013

RESUMO

Trata-se de monografia cujo objetivo é demonstrar a falta de concretude ao conceito jurídico da justa causa na ação penal e desta forma revelar que é um conceito jurídico indeterminado. Diante de divergências em sede doutrinária e jurisprudencial, observa-se controvérsia no tocante a aplicação e a noção da justa causa, e para demonstrar essa falta de uniformidade, será analisada uma decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça em que uma Turma analisa uma mesma situação cujo objeto é a justa causa na ação penal e surgem decisões distintas. A Turma de Ministros analisa um mesmo caso, analisam as mesmas situações fáticas, o mesmo conjunto probatório, e chegam a conclusões distintas. Esse quadro é capaz de revelar que a falta de previsão legal concreta para a justa causa, agrega a este conceito interpretações distintas, que são fruto da análise subjetiva e individual pelos operadores do direito, o que revela a indeterminação deste conceito jurídico.

Palavras-chave: Processo penal. Ação penal. Justa causa. Conceito jurídico indeterminado. STJ. Caso Edison Tsung Chi Hsueh.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 5 |
| 1 DIREITO PROCESSUAL PENAL..... | 8 |
| 1.1 A Dignidade da Pessoa Humana..... | 11 |
| 1.2 A Ação Penal..... | 15 |
| 2 A JUSTA CAUSA NA AÇÃO PENAL..... | 20 |
| 2.1 Os Conceitos Jurídicos Indeterminados..... | 25 |
| 2.2 A Justa Causa na Ação Penal..... | 28 |
| 3 ESTUDO DO CASO EDISON TSUNG CHI HSUEH..... | 32 |
| 3.1 O caso Edison Tsung Chi Hsueh..... | 32 |
| 3.2 O Habeas Corpus no trancamento de Ação Penal..... | 33 |
| 3.3 A indeterminação da justa causa observada no julgamento do HC 22.824 – SP pelo Superior Tribunal de Justiça..... | 37 |
| CONCLUSÃO..... | 43 |
| REFERÊNCIAS..... | 47 |
| ANEXO..... | 50 |

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo discutir um instituto de direito processual penal, qual seja, a justa causa no âmbito da ação penal de forma a demonstrar que se trata de um conceito jurídico indeterminado.

O leitor encontra um apanhado geral de informações que a autora lhe fornece para situá-lo na discussão, tratando do direito processual penal em uma breve análise da sua posição no ordenamento jurídico brasileiro, seu conceito e observações pertinentes à atividade da persecução penal pelo Estado, bem como sua posição diante do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Ainda depara-se com o instituto da ação penal, onde são trabalhadas suas espécies e características, além dos legitimados para sua propositura.

Mais adiante, será destacado o objeto em si do trabalho, a regulamentação em si do instituto jurídico da justa causa, qual o seu objeto, o que se pretende tutelar, o que leva à sua incidência, as divergências quanto à sua conceituação prática – se vem a ser um requisito para propositura da ação penal, ou não, e se não é, o que vem a ser – e de que forma deve ser analisada visando não ofender princípio constitucional garantido pela Constituição Federal.

Toda essa preparação irá situar o leitor para a discussão da justa causa, instituto do direito penal e processual penal que não possui previsão a cerca de sua aplicação. Sabe-se o que deve ser observado para a sua verificação muito embora não existam critérios colocados no ordenamento jurídico a fim de postular sua aplicação.

A justa causa é uma observação que é feita pelo magistrado no momento da análise do recebimento da denúncia, quando deve ser verificado se existem indícios suficientes da autoria e da materialidade do delito, juntamente com os demais pressupostos processuais, mas de forma separada. O juiz diante da denúncia, após verificar os pressupostos processuais para o seu recebimento, verifica se existem indícios capazes de determinar a autoria, bem como a materialidade do fato criminoso narrado na exordial acusatória.

Os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles conceitos incompletos, quando observados e interpretados em determinado modo são passíveis de aplicação, quando analisados por outro ângulo, sua aplicação não seria permitida. Existe um campo falho dentro desses conceitos.

O que se pretende abordar é a falta de completude ao instituto jurídico da justa causa, dessa forma, como ela se torna um conceito jurídico indeterminado, trazendo ao leitor quais principais as consequências dessa questão, demonstrando de forma clara e objetiva toda a análise que se faz necessária para a compreensão do instituto jurídico que não possui orientação concreta acerca de sua aplicação, como o operador do direito traçou diretrizes para sua melhor interpretação e como a doutrina e jurisprudência pátria têm abordado o tema.

A partir do momento que não existem direcionamentos positivados capazes de guiar o operador do direito em determinado sentido, o instituto jurídico com o qual se trabalha revela-se indeterminado, e esta indeterminação pode gerar interpretações diversas diante de um mesmo caso concreto.

Essa possível interpretação díspar entre operadores do direito diante de um mesmo caso é uma experiência que evidencia ao leitor a falta de concretude do instituto objeto deste trabalho, e assim será demonstrada a indeterminação da justa causa na ação penal, mostrando ao leitor como uma mesma situação é capaz de valorar entendimento diverso entre convicções.

Plenário nega recurso sobre morte em trote na USP e mantém decisão que encerrou ação penal, título recente de artigo que foi publicado na página eletrônica do Supremo Tribunal Federal, informa que o Superior Tribunal de Justiça determinou o trancamento de ação penal por ausência de justa causa para a persecução criminal e este entendimento foi mantido pela Egrégia Suprema Corte Brasileira.

Em fevereiro de 1999, o então estudante do curso de medicina da Universidade de São Paulo foi encontrado morto no fundo de uma piscina na Associação Atlética Acadêmica Oswaldo Cruz, e após apuração dos fatos que envolveram o calouro do curso, o Ministério Público ofereceu denúncia contra quatro alunos, veteranos do curso, responsabilizando-os pela morte do rapaz, incorrendo

na pena contida no artigo 121, §2º, inciso III do Código Penal combinado com o artigo 29 do mesmo diploma legal, ou seja, homicídio qualificado.

No julgamento do *Habeas Corpus* 22.824 referente ao caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, a Sexta Turma, em decisão não unânime, a Turma concedeu a ordem para trancar a ação penal por falta de justa causa, com o voto vencido do Excelentíssimo Senhor Ministro Hamilton Carvalhido, que denegava a ordem.

O entendimento diverso entre Ministros revela a indeterminação da justa causa, e analisando os pontos divergentes entre os votos no caso em voga, pretende-se trazer ao leitor a possibilidade de verificação concreta da falta de determinação jurídica para o instituto objeto do trabalho.

1 DIREITO PROCESSUAL PENAL

A forma pela qual o direito é regulado evidencia quais valores são dominantes e representativos do momento histórico no qual o homem vive, e em sociedade (FERNANDES, 2010):

“O homem não pode viver senão em sociedade. (...) As sociedades são organizações de pessoas para a obtenção de fins comuns, em benefício de cada qual. (...) Visando à continuidade da vida em sociedade, à defesa das liberdades individuais, em suma, os homens organizaram-se em Estado. Desde então, elas se submetem às ordens dos governantes, não mais fazendo o que bem queiram e entendiam, mas o que lhes era permitido ou não proibido”. (TOURINHO FILHO, 2011, p. 41/42).

O Estado elabora leis que disciplinam as relações entre os homens e estas regulam as relações derivadas de fatos, acontecimentos e conflitos que surgem na vida em sociedade, e essas normas são indispensáveis para que se saiba o que se pode, e o que não se pode fazer. “Quando “o sujeito de um dos interesses em conflito encontra resistência do sujeito do outro interesse”, fala-se em lide.” (TOURINHO FILHO, 2011, p. 43).

A definição de lide como uma pretensão insatisfeita independe da resistência do sujeito, uma vez que toda pretensão punitiva é, de fato, insatisfeita, e só se satisfaz por meio de sua condução ao Poder Judiciário, com a abertura, formação do processo (PACELLI, 2009).

Quando se fala em lide, fala-se em um conflito de interesses qualificado por uma pretensão insatisfeita ou resistida, e a forma pela qual se compõe um litígio é o que chama-se processo (TOURINHO FILHO, 2011).

“O processo consiste, assim, numa sucessão de atos que se iniciam com a denúncia ou queixa e culminam com a decisão final do órgão jurisdicional dando fim ao litígio, dando a cada um o que é seu. Ao sistema de princípios e normas que regulam o processo, disciplinando as atividades dos sujeitos interessados, do órgão jurisdicional e de seus auxiliares, dá-se o nome de Direito Processual” (TOURINHO FILHO, 2011, p. 53).

O direito processual apresenta dois ramos: o Direito Processual Civil e o Direito Processual Penal, em que se leva em consideração o conteúdo ou o objeto

de se que se reclama regulamentação (TOURINHO FILHO, 2011), mas tratando do ramo Processual Penal, anote-se a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho no que tange ao seu conceito:

“Podemos conceituá-lo como Frederico Marques o fez: conjunto de normas e princípios que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal objetivo, a sistematização dos órgãos da jurisdição e respectivos auxiliares, bem como da persecução penal” (TOURINHO FILHO, 2011, p. 54).

A lide penal surge a partir do conflito de interesses no qual o Estado tem a pretensão punitiva sobre aquele que infringe a lei, ao passo que este infrator, por força constitucional oferece resistência a esta pretensão, por meio de defesas técnica e pessoal – ampla defesa e autodefesa (CAPEZ, 2011).

“Podemos entender por lide penal o conflito existente entre o interesse punitivo do Estado versus o interesse de liberdade e dignidade do réu. Tanto o status libertatis e o status dignitatis ficam em jogo. Nas ações condenatórias, ficam em jogo esses 2 (dois) status, pugnando o autor pela condenação do réu e este pela sua absolvição” (PALAZZOLO, 2007, p. 132).

O processo penal convencionou em denominar como pretensão punitiva, a pretensão condenatória para imposição de uma sanção penal àquele que cometeu determinado fato que é configurado como delituoso, este é o seu objeto de trabalho, refere-se ao direito de punir (PACELLI, 2009).

Afirmando que o Direito Processual Penal reúne os princípios e normas que disciplinam a composição das lides penais, por meio da aplicação do Direito Penal objetivo (CAPEZ, 2011), quem detém o direito de punir?

“O Estado, única entidade dotada de poder soberano, é o titular exclusivo do direito de punir (para alguns, poder-dever de punir). (...) Esse direito de punir (poder-dever de punir), titularizado pelo Estado, é genérico e impessoal porque não se dirige especificamente contra esta ou aquela pessoa, mas destinam-se à coletividade como um todo” (CAPEZ, 2011, p. 43/44).

A investidura é privativa do Estado para a punição daquele que delinque – é legítima e decorre do ordenamento jurídico legal, nasce no momento em que é cometida a infração penal de forma que esse direito abstrato se concretiza, individualizando-se na pessoa do infrator. (CAPEZ, 2011). “Trata-se do *jus puniendi in concreto*”.(CAPEZ, 2011, p. 72).

As normas de processo penal não regulam matéria fática, mas regras procedimentais:

“A finalidade do processo é propiciar a adequada solução jurisdicional do conflito de interesses entre o Estado-Administração e o infrator, através de uma sequencia de atos que compreendam a formulação da acusação, a produção das provas, o exercício da defesa e o julgamento da lide.” (CAPEZ, 2011, p. 44/45).

“O (...) relacionamento entre o processo e o Estado exige a introdução cada vez maior nos textos constitucionais de princípios e regras de direito processual, levando ao desenvolvimento de estudos específicos sobre as normas processuais de índole constitucional” (FERNANDES, 2010, p. 22).

Na seara processual penal não há que se falar em direito, mas sim em dever de ação, o direito de punir se concretiza no campo material, no poder conferido ao Estado de impor restrições de condutas à coletividade, ou, ainda assim, de produzir normas incriminadoras, nas quais aquele que incorrer nessas condutas, sofrerá uma sanção (PACELLI, 2011).

Sendo o Estado o detentor do direito de punir os indivíduos da sociedade, quando transgredirem as normas penais – objetivas – há que se analisar as normas constitucionais que resguardam os direitos fundamentais deste indivíduo que será submetido à esta intervenção.

“De um lado, na evolução do relacionamento indivíduo-Estado, sentiu-se a necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder estatal intervencionista. Para isso, os países inseriram em suas Constituições regras de cunho garantista, que impõem ao Estado e à própria sociedade o respeito aos direitos individuais” (FERNANDES, 2010, p. 20).

O simples ajuizamento de uma ação penal que busca a condenação do acusado já é suficiente para atingir o seu estado de dignidade, de modo a provocar significativas repercussões no tocante ao seu patrimônio moral, o qual é compartilhado com a comunidade em que vive e desenvolve suas atividades, razão pela qual a peça acusatória deve observar um tratamento digno aos envolvidos (PACELLI, 2009).

Todo acusado tem direito a um tratamento igualitário perante os demais na mesma situação em que se encontra, o princípio da igualdade se manifesta no processo penal àqueles que estão na mesma posição no processo (autor, réu,

testemunha) e assegura-lhes tratamento idêntico, de outro lado, o princípio também dirige-se ao que estejam em posições contrárias, autor e réu, garantindo idênticas oportunidades de manifestação e impedindo que à qualquer parte sejam atribuídos maiores poderes, direitos, ou ainda que maiores deveres, ou ônus, sejam impostos a uma parte do que à outra (FERNANDES, 2010).

“Desdobramento do princípio consagrado na Constituição Federal, art. 5º, *caput*, de que todas as pessoas são iguais perante a lei. Dessa forma, as partes devem ter, em juízo, as mesmas oportunidades de fazer valer suas razões, e ser tratadas igualmente, na medida de suas igualdades, e desigualmente, na proporção de suas desigualdades (CF, art. 5º, *caput*)” (CAPEZ, 2011, p. 62).

A igualdade processual é um princípio geral informador do processo, e inerente ao processo penal, mas há que se destacar o princípio se serve de alicerce a todos os demais princípios fundamentais constitucionais: a dignidade da pessoa humana.

1.1 A Dignidade da Pessoa Humana

A República Federativa do Brasil é formada pela união dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, e se constitui em um Estado democrático de direitos, e tem como princípios fundamentais a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político, conforme o disposto no artigo 1º da Constituição Federal de 1988 (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

O Estado Democrático de Direito visa a consolidação da Constituição como instrumento que garanta a justiça em sociedade, de forma solidária e digna, fazendo desses valores a razão da própria existência do Estado, assegurando de forma igualitária direitos políticos aos cidadãos e atribui os direitos sociais a todos os esses indivíduos que fazem parte dessa sociedade, combate as desigualdades, o desemprego e as diversidades econômicas. (PRADO, 2008)

“A origem do Estado moderno surge como produto da transformação do poder político que sai das mãos do senhor feudal e se transfere para às do monarca absolutista. O novo Estado que está emergindo deve ser liberal, democrático e fortemente social, a fim de garantir os

direitos civis que protegem a vida, a propriedade e a liberdade, bem como assegurar que cada cidadão seja tratado com respeito, independentemente de riqueza, sexo, raça ou cultura.” (PRADO, 2008, p. 231).

Observando o artigo 1º e seu parágrafo único da Constituição Federal, to tocante a um dos princípios fundamentais, encontramos o princípio da dignidade da pessoa humana.

O fundamento desse princípio é explícito, compõe a estrutura da Constituição Federal do Brasil de 1988, e o constituinte, ao referir-se a este princípio garante a dignidade de cada indivíduo, de todas as pessoas de forma concreta e individual (PALAZZOLO, 2007). A dignidade da pessoa humana encontra-se, sem ressalvas, no que é possível chamar de núcleo central do Estado Democrático de Direitos, dentre os direitos fundamentais expressos, bem como os valores, constitucionalmente (SANTANA, 2011).

Sendo um princípio constitucional, a dignidade da pessoa humana é inviolável, o valor de cada indivíduo, da pessoa humana, é trazido juridicamente por este princípio fundamental, que se dirige o homem concreto e individual, capaz de protegê-lo – e devendo fazê-lo – nas várias dimensões, seja material ou espiritual. A pessoa humana é considerada como o mais eminente de todos os valores uma vez que constitui a fonte e a raiz de todos os demais, representa a fonte primordial de enriquecimento e de dinamismo de toda a sociedade (PALAZZOLO, 2007).

O princípio da dignidade humana ocorre com o reconhecimento dos direitos fundamentais os quais pertencem ao ser humano, que devem ser respeitados tanto pelas demais pessoas quanto pelo Estado. Esses direitos realizam o conteúdo da dignidade da pessoa humana de forma jurídica ao passo que estabelecem os postulados indispensáveis para que o indivíduo seja tratado e respeitado como fim em si mesmo. Dessa feita, a dignidade da pessoa humana é representada, no âmbito jurídico, por uma série de direitos e garantias fundamentais do ser humano, considerando-o como tal (SANTANA, 2011).

“Apesar de serem fundamentados na dignidade humana, os direitos fundamentais dela derivam em diferentes intensidades, existindo alguns direitos fundamentais que já se encontram intrinsecamente vinculados à idéia de dignidade da pessoa, afirmados historicamente como indispensáveis à condição humana, e outros direitos cujo conteúdo se desenvolve a partir de novas condições históricas, ou de concretização ou densificação de direitos anteriores. Todavia, ainda

que constituam explicitações da dignidade da pessoa humana em níveis variáveis, em cada direito fundamental é possível notar alguma projeção da dignidade humana, já que eles estão ligados à idéia de proteção e desenvolvimento de todas as pessoas” (SANTANA, p. 12, 2011).

Sob essa égide jurídica, ser digno significa ser reconhecido como sujeito de direitos, que deve ser tratado como “alguém” e não como “algo”, ser contemplado como um indivíduo que tem direito à vida, à liberdade, à segurança, à integridade moral e física, bem como a todos os demais direitos oriundos do fato de se pertencer a uma comunidade jurídica (SANTANA, 2011).

“Em um Estado Democrático de Direito deve-se compreender que a dignidade da pessoa humana é o reconhecimento constitucional dos limites do poder de intervenção do Estado na vida do cidadão, ou seja, os princípios que norteiam os direitos e garantias previstas na Carta Magna, estabelecendo a abrangência da atuação do Estado na sociedade” (PRADO, 2008, p. 234).

Considerando o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, quando um indivíduo encontra-se acusado, processado ou mesmo condenado pela justiça criminal democrática, a sua dignidade deve sempre ser preservada até que haja transito em julgado da decisão condenatória (PRADO, 2008).

“Deve-se assegurar a todos um processo acusatório célere, com limitação à prisão preventiva, separação de presos condenados dos processados e dos provisórios, bem como a integridade física e moral do preso (art. 5º, inc. XLIX), porquanto o processo penal priva o homem da sua liberdade, mas não da sua dignidade” (PRADO, 2008, p. 236).

Há que se estabelecer limites ao exercício do poder punitivo. Todos os princípios penais relacionam-se com a idéia de dignidade humana, o grau de interferência nos direitos fundamentais é elevado quando no tratamento dispensando às pessoas pelo Direito Penal. Os princípios e conjuntos de regras da baseiam e permitem a intervenção penal devem estar restritos aos limites inerentes às diretrizes básicas da ordem constitucional. Assim, qualquer interferência penal que atinja de forma incoerente os direitos fundamentais pertinentes à dignidade humana deve ser considerada inconstitucional (SANTANA, 2011).

No que tange ao processo penal, não basta que os princípios e garantias constitucionais estejam previstos, é necessário que existam meios que satisfaçam a sua efetivação:

“Em sede de processo penal, de um lado tem-se o Estado, representando toda a sociedade, no exercício do *jus puniendi* e, do outro, o indivíduo, no exercício do *jus libertatis*, devendo ser assegurada a aplicação não só dos princípios constitucionais expressos (entre eles, a igualdade, a legalidade, o devido processo legal, o juiz natural, o contraditório, a ampla defesa, a publicidade dos atos processuais, a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*) mas também a prevalência dos valores fundamentais decorrentes da própria Constituição. Por conseguinte, os princípios constitucionais de natureza processual penal são todos aqueles que expressam os desígnios fundamentais do Estado Democrático de Direito e seus valores supremos, tais como a dignidade da pessoa humana e a ideia de justiça social, daí a imperiosidade de sua aplicação.” (PRADO, 2008, p. 231).

A relação entre a dignidade humana e Direito Penal – bem como o Processo Penal - deverá ser analisada em todos os seus aspectos sob a ótica do princípio supracitado, tendo em vista que a sua inobservância poderá implicar em atitudes que violem a esfera dos direitos fundamentais e que poderão causar lesão maior do que aquela pela qual já se pretende punir determinada pessoa. Forçoso reconhecer que à dignidade humana atribui-se um caráter universal, sendo irrenunciável e inalienável, do que se infere a impossibilidade de se tentar diminuí-la ou retirá-la de qualquer indivíduo sob argumento de ter este cometido atos indignos, de forma que a dignidade constitui a base para a extração e análise dos valores, princípios e também normas penais (SANTANA, 2011).

“Na medida em que se assegura o caráter universal da dignidade humana, estendendo-se a todo e qualquer indivíduo, reconhece-se que mesmo aqueles que tenham cometido atitudes indignas possuem direitos que devem ser protegidos, não podendo ser, em virtude de suas condutas, tratados como objetos ou animais” (SANTANA, p. 15, 2011).

Reiterando, quando se trabalha o direito processual penal, não basta que os princípios e garantias constitucionais que o cercam estejam previstos, os meios indispensáveis que garantam a sua satisfação são igualmente necessários e fundamentais. A dignidade como um consenso vem a ser uma determinação atribuída ao ser humano como resultado de um consenso racional. Assim, a dignidade não é definida de modo matemático, lógico, tão pouco algo que pode ser atribuído a seres determinados, mas sim um conceito que evoca a concepção ideal de respeito e atenção, que virá a ser aplicada a determinado conjunto de sujeitos, segundo o consenso de uma comunidade de agentes morais, livres, responsáveis e racionais. Essa prerrogativa é fruto do diálogo, o reconhecimento da dignidade

depende do exercício de consenso e de argumentos que surjam a favor ou contra ela mesma (SANTANA, 2011).

“A concretização da dignidade da pessoa humana no Processo Penal pode ser traduzida no conflito entre a Segurança Social *versus* a Liberdade do indivíduo. Ao homem, ainda que na condição de acusado, remanesce o objetivo precípua da relação processual e a sua dignidade, legitimando a organização política e a existência do Estado. Os Juízes, por seu turno, no labor diário de solução de dos conflitos concretos que lhes apresentam para a solução, devem considerar aspectos de hermenêutica jurídica que garantam plenamente a dignidade da pessoa humana”. (PALAZZOLO, 2007, p. 72).

A identificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental não se faz apenas como uma declaração de conteúdo ético e moral, muito embora em sua essência assim seja, mas constitui uma norma jurídico-positivada que contém em sua totalidade, status constitucional formal e material e, assim, de forma inequívoca, é carregado de eficácia, alcançando, por conseguinte, a condição de valor jurídico fundamental da comunidade (SANTANA, 2011).

“Nessa qualidade que lhe é atribuída de princípio e valor fundamental, a dignidade da pessoa humana se torna uma fonte de valor capaz de animar e justificar a própria existência de um ordenamento jurídico, razão pela qual é possível verificar-se que estamos diante de um princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa” (SANTANA, p. 14, 2011).

O exercício do Direito Penal se vale de instrumentos pelos quais o Estado protege bens jurídicos intrínsecos ao homem, dessa forma, representa a intervenção mais profunda nos direitos fundamentais, de forma que adentra a esfera da dignidade do indivíduo devendo ser garantido a todos os indivíduos que tal ingerência confirme sua condição de ser humano.

1.2 A Ação Penal

No direito penal quando determinado fato provoca lesão a direitos de um indivíduo, ou da sociedade, cabe ao Estado valer-se de sua legitimidade e intervir nesta situação para reprimir a lesão. Essa intervenção, investidura do Estado na relação entre aquele que lesionou algum direito e o que teve seu direito lesionado é

a sua atuação na forma de repressor de condutas condenáveis – previstas em lei, tuteladas pelo legislador –, de forma que esse exercício de ação se dá por meio da ação penal (MIRABETE, 2005).

Previsto e amparado pelo artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, encontra-se o direito de ação, garantido de forma que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

O Direito Processual adota determinados critérios quanto à oportunidade, viabilidade e titularidade do exercício da ação penal. A ação penal no sistema jurídico normativo trata-se do direito de invocar a prestação jurisdicional por parte do Estado, sua matéria é processual e não material, por consequência (TOURINHO FILHO, 2011). O conceito apresentado é simples e direto embora bem colocado pela doutrina e jurisprudência de forma pacífica, e a partir deste desencadeiam-se questionamentos acerca das normas processuais penais.

O *jus puniedi* é privativo do Estado, é sua a detenção do direito de punir, reprimir condutas praticadas em desacordo com as normas jurídicas elencadas pelo legislador, e esta é uma das formas mais simbólicas que demonstram a sua soberania. Diante da hipótese de uma infração a determinado bem jurídico tutelado pela legislação penal, o Estado vem a proteger os interesses do indivíduo e da sociedade de forma a assegurar a ordem jurídica, revelando sua detenção do poder de punição e da titularidade da ação penal, promovendo e garantindo a aplicação da lei penal (TOURINHO FILHO, 2011).

O direito de ação é autônomo, é a possibilidade de invocar do Estado a aplicação do direito material, objetivo, por ter natureza material, é característico o caráter processual desta norma penal (TOURINHO FILHO, 2011).

O ordenamento jurídico em um entendimento estendido é uma entidade que por um lado se move conforme as normas, mas, sobretudo, por outro, ele mesmo as move quase como se elas fossem peões em um tabuleiro de xadrez. Deste modo, as normas representam mais o objeto e o meio da atividade do ordenamento, do que um elemento próprio da sua estrutura (ROMANO, 2008).

Os questionamentos levantados sobre a posição da ação no penal no ordenamento jurídico remete aos requisitos que legitimam esse direito de invocar a prestação jurisdicional do Estado.

“Sendo o direito de ação, no plano processual, instrumentalmente conexo a uma pretensão, natural procurasse o legislador disciplinar-lhe o exercício, pois, do contrário, seria uma fonte inesgotável de abusos, acarretando perda de tempo e assoberbando de serviço inútil os órgãos incumbidos da administração da justiça” (TOURINHO FILHO, 2011, p. 245).

A ação penal é isso, direito de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do Direito Penal objetivo, e se desenvolve pelo processo, subordinada às condições previstas em lei, e somente será possível a instauração quando estiverem presentes essas condições (MIRABETE, 2005).

Os requisitos da ação na seara penal são comuns ao direito civil, sendo elas a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimação para agir. Entretanto, o exercício do direito na área penal só é possível e legítimo se estiver presente um outro instituto do processo penal que apresenta divergência quanto ao seu entendimento doutrinário e jurisprudencial, a justa causa.

Nada vale o entendimento sobre o que seria a ação penal sem conhecer a devida distinção que existe entre as classificações da ação. A ação penal pode ser pública condicionada ou incondicionada, ou ainda privada.

A ação penal em regra é pública, será privada quando houver disposição em contrário conforme versa o seu artigo 100 Código Penal Brasileiro (Lei nº 2.848) no título que trata especificamente da ação penal. A distinção entre a ação penal pública e privada se faz no tocante a quem é legítimo para agir. A ação penal pública deve ser promovida pelo Ministério Público, enquanto a privada é de iniciativa do ofendido ou do seu representante legal, e o seu início efetivo será quando a denúncia – nos casos de ação penal pública – ou queixa – quando a ação penal for privada – for recebida pelo juiz (TOURINHO FILHO, 2011).

No momento do recebimento da queixa ou da denúncia, o juiz irá verificar se estão presentes os requisitos da ação e ainda a justa causa, conforme previsão do artigo 395 do Código de Processo Penal que preceitua em seu inciso III que a denúncia ou queixa será rejeitada quando faltar justa causa para o exercício da ação penal.

A ação penal pública, conforme foi adiantado, é promovida pelo Ministério Público observando os princípios da indisponibilidade e obrigatoriedade, e em regra, esta é a modalidade das ações penais, públicas e incondicionadas. A ação penal pública ainda pode ser condicionada, quando o exercício de ação se subordina a determinada condição, que pode ser a vontade manifestada do ofendido (ou de seu representante legal), ou a requisição do Ministro da Justiça (CAPEZ, 2011).

Quando a ação penal pública é condicionada à representação do ofendido, o que se busca proteger é a própria intimidade da vítima, proteger e evitar que novos danos sejam-lhe causados, seja em seu patrimônio material, psicológico, ou moral (PACELLI, 2009). Na lição de Fernando Capez:

“O Ministério Público, titular desta ação, só pode a ela dar início se a vítima ou seu representante legal o autorizarem, por meio de uma manifestação de vontade. Nesse caso, o crime afeta tão profundamente a esfera íntima do indivíduo, que a lei, a despeito da sua gravidade, respeita a vontade daquele, evitando, assim, que o *strepitus iudicii* (escândalo do processo) se torne um mal maior para o ofendido do que a impunidade dos responsáveis” (CAPEZ, p. 163, 2011).

Por fim, quando a ação penal quando condicionada à requisição do Ministro da Justiça, esta requisição é um ato político, uma vez que em determinados crimes a conveniência da persecução criminal está diretamente subordinada a uma conveniência política. São hipóteses de requisição: o crime cometido contra estrangeiro fora do Brasil, os crimes contra a honra cometidos contra chefe de governo estrangeiro, e crimes contra a honra cometidos contra o Presidente da República (CAPEZ, 2011).

As ações penais provadas dividem-se em espécies distintas, quais sejam a exclusivamente privada, privada personalíssima e subsidiária da pública. A primeira, também conhecida como propriamente dita deve ser proposta pelo próprio ofendido, se maior de 18 anos e capaz, ou por seu representante legal quando menor de 18 anos, e sendo o caso o ofendido ter falecido ou ter sido declarada sua ausência, são legítimos para a propositura da ação o seu cônjuge, ascendente ou irmão (PACELLI, 2009)

Quando a titularidade da ação é única e exclusivamente atribuída ao ofendido trata-se de ação privada personalíssima, e o seu exercício de ação é

vedado inclusive ao seu representante legal, e não cabe hipótese de representação por morte ou ausência. Fernando Capez destaca que há apenas um caso desta espécie de ação, em crime de induzimento a erro essencial ou ocultação de impedimento, nos crimes contra o casamento (CAPEZ, 2011).

Finalmente, a ação penal privada subsidiária da pública é proposta nos crimes de ação pública. Quando o Ministério Público deixa de oferecer denúncia em ações condicionadas ou incondicionadas à representação no prazo legal, o próprio ofendido poderá fazê-lo. É a desídia do Ministério Público que cria o direito ao ofendido, esse exercício de ação reconhece de forma explícita a existência de interesse não só público, mas também privado na imposição de uma sanção penal àquele que incorreu em conduta criminosa (PACELLI, 2009):

“E uma vez que tal interesse, que anteriormente legitimava o próprio direito de ação, seja atingido pela inércia e inação do órgão estatal acusatório, abre-se ensejo à iniciativa do ofendido, ou, na hipótese de sua morte ou ausência, aos sucessores processuais arrolados no art 31 do CPP, para o exercício de verdadeiro direito ao início da persecução penal” (PACELLI, p. 154, 2009).

Neste caso, subsistindo a morte do ofendido ou a sua declaração de ausência, serão legítimos para fazer suas vezes quando no momento de apresentação de representação formal pela denúncia de existência de crime, que deveria ter sido apresentada por membro do Ministério Público, os mesmos sucessores legitimados quando estamos diante de um caso em que a ação penal seja propriamente dita ou ainda privada, quais sejam, o seu cônjuge, os ascendentes, descendentes ou irmãos, sujeitos que estão arrolados no artigo 31 do Código de Processo Penal.

2 A JUSTA CAUSA NA AÇÃO PENAL

Tem-se como objeto de questionamento a justa causa como um conceito jurídico indeterminado e quais as conseqüências dessa ausência de previsão legal acerca desse instituto para o mundo jurídico, de forma a esclarecer como a livre compreensão é aplicada pelo operador do direito diante deste tema que ora é analisado.

A justa causa se faz presente como um requisito para o exercício da prestação jurisdicional na seara do direito penal e processual penal, mas existe divergência quanto a ela se confundir ou não com os pressupostos processuais penais. O exercício do direito de ação é possível e legítimo quando observadas e cumpridas determinadas exigências legais, são condições para o exercício jurisdicional penal a possibilidade jurídica, o interesse de agir, e a legitimidade para a propositura da ação.

Entender qual posição a justa causa ocupa no mundo jurídico seria a melhor forma de não confundi-la com os demais pressupostos processuais, mas existe divergência quanto a este posicionamento. Há quem defenda que a justa causa seria um quarto requisito da ação, há quem defenda que não, dessa feita, deve-se esclarecer quais são os conceitos de cada um dos requisitos.

A possibilidade jurídica no direito penal é formulada de forma que somente será objeto de manifestação àquelas condutas que explicitamente estiverem elencadas na norma, não se pode denunciar qualquer indivíduo se o fato em análise tido como criminoso for em verdade, atípico. No entendimento de Maria Thereza de Assis Rocha Moura, “a providência pleiteada deve ser admissível, em abstrato no mundo jurídico” (MOURA, 2001).

O mesmo é válido para o interesse de agir, visualiza-se na prestação jurisdicional que somente o Estado pode processar e julgar o indivíduo que ora é réu em certa ação penal, mesmo nos casos em que esta for condicionada à representação do ofendido, ainda é o Estado quem oferece denúncia, por intermédio de um membro do Ministério Público, e o réu tem seu direito de defesa garantido e realizado por defensor público, ou advogado que por ele vier a ser constituído. Os

direitos à ampla defesa e contraditório são fundamentais a todos os membros da sociedade e são garantias previstas no texto da Constituição Federal de 1988 – ora vigente no ordenamento jurídico.

A essa questão, remete-se a legitimidade para a propositura da ação, que é a legitimidade das partes, o exame que verifica se os envolvidos na tutela jurisdicional são legitimados a fazer parte dela – “diz respeito à titularidade ativa e passiva da ação” (MOURA, 2001).

Diante do exposto, resta indagar sobre a justa causa para o exercício da ação penal. Presente no direito penal como um elemento normativo, uma parte integrante dos tipos penais, a justa causa para alguns doutrinadores se confunde com o interesse de agir – já demonstrado acima – mas não há entendimento pacífico quanto a sua natureza jurídica.

O entendimento de alguns doutrinadores como sendo talvez um quarto requisito da ação, é justificado de forma que quando não estiverem presentes os indícios suficientes, capazes de comprovar a autoria e materialidade do crime, não estará ausente o interesse processual, mas sim a existência do direito em si. O que não se concretizará será o exercício da tutela jurisdicional, não por falta de interesse, mas sim pela não existência de um direito ferido, uma vez que o direito posto não se confunde com a possibilidade de sua aplicação. Segundo a lição de Afrânio Silva Jardim, citado por Maria Thereza de Assis Rocha Moura:

“[...] como a simples instauração do processo penal já atinge o *status dignitatis* do acusado, o legislador exige da acusação o preenchimento de mais esta condição, para invocar legitimamente a tutela jurisdicional.

A justa causa, ou seja, “um lastro mínimo de prova que deve fornecer arrimo à acusação”, segundo o doutrinador, deve resultar do inquérito policial ou das peças de informação, que devem acompanhar a acusação penal. Não é necessário, para a sua existência, que exista prova cabal, mas alguma prova, ainda que leve” (MOURA, 2001, p. 218).

“Bem-vinda a nova redação do art. 395 do CPP, trazido com a Lei 11.719/08, deixando expressamente assentada a justa causa como condição da ação (art. 395, III, CPP)” são as palavras de Eugênio Pacelli, ressaltando que a existência da justa causa como condição da ação sempre existiu, seja como uma quarta condição inserida em um contexto de demonstração do interesse de agir, seja

enquanto um lastro mínimo de prova a fim de demonstrar a viabilidade da pretensão deduzida (PACELLI, p. 107, 2011).

Ainda, tem-se a justa causa como uma síntese das condições da ação. Ausentes os elementos comprobatórios da autoria do crime, ou de sua existência, não cabe a continuidade da ação penal, sendo a justa causa o interesse de agir e devendo ser amparada e justificada por elementos probatórios que demonstrem a idoneidade da acusação (MOURA, 2001).

Acredita-se também, que a justa causa possa ser uma condição genérica da ação, paralela ao interesse de agir – mas demonstrando a utilidade que a ação penal caso processada e julgada viria a ter – , possibilidade jurídica e a legitimidade das partes, muito embora se todos os pressupostos processuais estiverem presentes, e a justa causa não, de qualquer forma a ação penal não terá prosseguimento (MOURA, 2001).

A justa causa é identificada nos fundamentos aos quais se fincam a acusação, as razões às quais a autoridade competente justifica sua teoria em desfavor do indivíduo. Ausente esse embasamento, inexistente a justa causa para o prosseguimento da ação penal. A norma penal deve sempre ser confrontada com o fato analisado, com a realidade do ocorrido, haja vista que a pretensão de punição que o Estado possui deve ser a última esfera a ser utilizada contra todo e qualquer cidadão, não se pode denunciar um indivíduo sem que haja uma mínima comprovação entre a conduta descrita na peça acusatória e os fatos que de fato ocorreram, após a sua devida apuração.

Eugênio Pacelli afirma que a questão de se exigir um lastro mínimo de prova pode ser apreciada igualmente na perspectiva do direito à ampla defesa. Com efeito, reclamar ao Estado, por intermédio de um órgão da acusação, ou ainda de um particular quando nos casos das ações penais privadas, que na imputação acusatória inicial se demonstre de plano a pertinência do pedido, aferida pela adequação e correspondência entre os fatos narrados juntamente com a justificativa de indiciamento, nada mais seria do que uma extensão da garantia já conferida “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, prevista no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, e estando o réu

ciente de que as acusações de fato caem sobre ele, já seria possível desenvolver a defesa pertinente ao caso (PACELLI, 2011).

Mais uma vez se afirma a ausência de norma específica que conceitue o instituto ora trabalhado, a sua verificação nas ações penais é sempre subjetiva, não havendo direito posto na norma que torne essa análise objetiva, não deixando à livre apreciação do magistrado a sua presença, ou não. De acordo com Paulo Queiroz, a interpretação não depende diretamente do direito, muito embora o direito dependa da interpretação, sendo o direito a própria interpretação (QUEIROZ, 2008).

Todos os atos decisórios do magistrado exigem sua devida motivação. É essa motivação, fundamentação que justifica o seu posicionamento, que evidencia como o operador do direito interpretou a lei na qual se debruça e igualmente como aplicou-a diante do caso concreto. A Constituição Federal prevê esta fundamentação, e não existe qualquer incerteza quando a indispensabilidade da motivação de todos os atos proferidos pelo Poder Judiciário (TUCCI, 2011). Anote-se: “[...] ninguém pode ser condenado senão em virtude de uma sentença firme ditada por um juiz ou Tribunal competente, sob os marcos estabelecidos legalmente”. (BUSATO, p. 159, 2003).

Para que se evite a insegurança jurídica, a justa causa deve ser sempre observada para que não seja ferida a dignidade da pessoa humana. Não se pode receber denúncia ou queixa contra qualquer indivíduo com provas temerárias, não são necessárias e exigidas provas cabais e inequívocas que comprovem a materialidade e autoria do delito, mas ao menos indícios formais capazes de ligar o denunciado ao crime descrito – crime este que é previsto na norma penal, norma à qual Victor Gabriel Rodríguez refere-se como:

“Essas normas formam um direito penal exclusivamente simbólico, que identifica “a especial importância outorgada pelo legislador aos aspectos de comunicação política a curto prazo na aprovação das correspondentes normas [penais]”, e marcam um excessivo punitivismo, ou seja, normas que impõem condenações penais que serão aplicadas [...]” (RODRIGUES, 2010, p. 12).

Quanto ao crime, há que se observar alguns princípios que norteiam o direito penal, tais como o princípio da insignificância, da ofensividade e da obrigatoriedade da ação penal. Tratando destes de forma una, não se verifica presente a justa causa nos delitos de menor potencial ofensivo, a tipicidade é

excluída quando ofensas mínimas à bens jurídicos tutelados acabam por afastar a tipicidade uma vez que a liberdade é regra, e a segregação da liberdade exceção. É necessário que se demonstre o real e efetivo dano ao bem tutelado para que verifique a ofensa que a ele foi causado, e caso não seja constatada, a denúncia ou queixa pode ser tão logo rejeitada extinguindo a ação sem sequer apreciar o mérito, haja vista que não existe obrigação que prepondere o exercício da ação penal uma vez que é nítida a percepção de que não houve dano efetivo.

“Se as normas processuais penais visam a regular a atividade necessária para tornar evidente a relação jurídico-penal, não se pode negar seja a ação penal um instituto nitidamente processual. Aquela atividade necessária se inicia com a ação penal” (TOURINHO FILHO, 2011, p. 163).

Em todas as hipóteses acima relatadas, não resta provada a existência de justa causa para prosseguimento da ação. Deste instituto, verifica-se que se faz necessária a adoção de algum posicionamento, seja como outro pressuposto processual, seja como condição genérica ao prosseguimento da ação, para que se continue sua apreciação. Maria Thereza de Assis Rocha Moura expõe seu posicionamento de forma clara:

“[...] a análise da *justa causa*, vale dizer, da justa razão ou da justa razão para a instauração da ação penal, não se faz apenas de maneira abstrata (vale dizer, em tese), mas também, e principalmente, calcada na conjunção dos elementos [...] que demonstrem a existência de fundamento de fato e de Direito, a partir do caso concreto. Diz respeito, portanto, e de forma prevalecte, ao mérito” (MOURA, 2001, p. 223).

Diante do exposto, rompeu-se com a ideia de que a justa causa seria um outro pressuposto para o exercício da ação penal, esse instituto ultrapassa as condições da ação. De forma concreta, a justa causa exige um lastro probatório suficiente que fundamente o exercer do direito, *in casu*, da ação penal, tendo em vista as possíveis afrontas que podem ocorrer à dignidade do indivíduo ora em acusação, já que é um princípio fundamental garantido pela Carta Magna, a dignidade da pessoa humana. Oportuno destacar a concepção de Paulo Queiroz quanto ao que seria o direito:

“O direito não é, por conseguinte, somente o que o legislador diz que é; é também o que os juizes dizem que é, a partir e segundo múltiplos discursos de atores sociais múltiplos,; é, pois, um discurso, uma prática (social) discursiva, socialmente construída, variável no

tempo e no espaço, mais ou menos previsível e, no caso penal (mas não só nele), arbitrariamente seletiva, pois o sistema penal recruta sua clientela, quase sempre, sobre os grupos mais vulneráveis” (QUEIROZ, 2006, p. 12).

A justa causa extrapola as condições da ação, não cabe fazer uma análise conjunta dos requisitos da ação juntamente com a verificação de existência ou ausência de lastro probatório mínimo que determine a autoria e materialidade do delito em questão, uma vez que se presentes os requisitos da ação e ausente a justa causa para sua promoção, está não será aceita e o processo não terá o seu início, muito embora esta seja uma análise subjetiva que será feita pelo magistrado no recebimento da inicial acusatória.

2.1 Os Conceitos Jurídicos Indeterminados na Ação Penal

Ultrapassada a discussão sobre “justa causa”, deve ser abordado o objeto de questionamento acerca da discussão em tela: os conceitos jurídicos indeterminados.

Uma vez que se trabalha a justa causa como um conceito jurídico indeterminado, é necessário tratar deste instituto determinando o seu conceito, características e ressaltar seus mais diversos aspectos para que não haja dúvida quanto a essa classificação, e para se entenda o porquê dessa carência de previsão legal.

Antes de iniciar o debate a respeito do conceito do objeto em questão, é preciso analisar as normas penais em branco para traçar um paralelo entre estes institutos. O objeto ao qual a discussão se refere não é, de fato, em relação às “normas penais em branco”, mas para que não haja confusão, ou ocorra a qualquer caráter ambiguidade ou oscilação, entre estas e os “conceitos jurídicos indeterminados”, cabe fazer uma breve diferenciação, e ressaltar as distinções entre ambos.

Na lição de Paulo César Busato, pode-se dizer que uma lei penal em branco seria aquela lei que contém apenas as conseqüências jurídicas para o fato que é regulado, e essa conduta regulada, por sua vez, remete-se a outra norma,

sendo esta de categoria inferior (BUSATO, 2003), isto é, sua composição é indeterminada, uma conduta é traçada muito embora não haja previsão quanto à valoração de tal conduta para que seja considerada antijurídica (ALMEIDA, 2011). Não somente, cabe destacar que o único contratempo das normas penais em branco se faz à questão da remissão a uma norma de categoria distinta:

“Entretanto, o problema exclusivo não se centra no fato de que a norma de remissão seja de um nível inferior, senão também pelos problemas dogmáticos que gera o fato de integrar-se à estrutura da norma penal em branco. A definição do delito com este complemento resulta *instável*, perdendo certeza e ferindo as garantias mínimas que deve conter toda norma penal para a sua legitimidade”. (BUSATO, 2003, p. 133).

Atualmente a doutrina se divide entre aqueles que sustentam o argumento de que a norma em branco deve encontrar complementação em norma de nível hierárquico inferior, e aqueles que fundamentam o entendimento de que o nível hierárquico pode ser o mesmo, mas não somente, sendo possível socorrer-se de norma em um nível superior, ou ainda na mesma lei (BUSATO, 2003), muito embora esta não seja o objeto de análise do presente estudo não cabendo aqui analisar essa controvérsia, mas para elucidar essa distinção, Bruno Almeida discorre sobre a possibilidade de distinção de níveis hierárquicos:

“A classificação acima é conhecida como conceito estendido de norma penal em branco. A ela se contrapõem os conceitos restritivo e intermediário. O primeiro conceito sustenta que normas penais em branco são apenas aquelas que se remetem a regulações de hierarquia inferior.” (ALMEIDA, p. 39, 2011).

E versa quanto ao argumento de que complementação em norma de nível hierárquico inferior:

“O segundo, seguido pela maior parte da doutrina espanhola, considera que normas penais em branco são aquelas que remetem seu complemento a outra norma, independentemente de ser de igual ou inferior hierarquia, excluindo do conceito, portanto, as leis que remetem a outros dispositivos de si mesma.” (ALMEIDA, p. 39, 2011).

Os conceitos jurídicos indeterminados, por sua vez, são falhos em determinação legal completa, possuem estrutura indefinida, atribuindo ao operador do direito a sua livre interpretação e complementação, fazendo necessário a este socorrer-se de outras fontes doutrinárias para sanar as lacunas que o integram. Vale

a lição de Paula Gondim Buonavita, anote-se: “o conceito jurídico indeterminado seria aquele conceito vago posto no dispositivo, cabendo ao aplicador ou intérprete valorá-lo de acordo com as características pessoais, culturais, temporais” (BUONAVITA, 2008, p. 7).

“Os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos, ou seja, não são dotados de um sentido preciso e objetivo. Do ponto de vista estrutural, possuem uma zona de certeza quanto ao seu significado, habitualmente chamada de núcleo conceitual. Essa zona qualifica o campo dentro do conceito em que se tem uma noção clara e precisa do seu significado.

De um lado, há a zona de certeza positiva, representada pelo campo em que ninguém duvida da efetiva aplicação do conceito. De outro, há a zona de certeza negativa, qualificada pelo campo em que ninguém duvida da impossibilidade de aplicação do conceito.

Contudo, entre as zonas de certeza positiva e negativa, vigora um espaço de dúvidas quanto à aplicação ou não do conceito. Tal espaço é chamado de zona de incerteza ou halo conceitual” (ROZAS, 2006).

Dessarte, não há se falar em conceito jurídico indeterminado sem que se remeta à insegurança jurídica que este revela, uma vez que a Lei é uma fonte de segurança jurídica, conforme Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon, o princípio da segurança jurídica possui dependência com direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, sendo estas os institutos que lhe darão maior efetividade (CHACON, 2003). Traduzindo perfeitamente a discussão neste momento:

“Toda sociedade deverá possuir uma ordem jurídica, estando o Princípio da Segurança Jurídica, implícito ao seu valor justiça. Tal princípio é composto por diversos institutos, tais como, respeito aos direitos adquiridos, o devido processo legal, irretroatividade da lei, entre outros.

A Lei é fonte de segurança jurídica e ao ser elaborada pelos representantes eleitos do povo que possuem influências externas aos ideais que prometeram defender, sofre determinadas distorções. Nesse momento, entra a importância do aplicador do direito, que deverá afastar os possíveis desvirtuamentos legislativos, utilizando o melhor método hermenêutico na subsunção da norma ao caso para a busca da verdadeira justiça.”(CHACON, 2003).

Um conceito jurídico indeterminado afasta a exatidão de seu conteúdo, ele não foi objeto de registro exaustivo e expresso por parte do legislador, mas precisa de contextualização, o que faz com que o operador do direito se socorra no próprio exercício do seu dever de adotar uma decisão que atenda à finalidade ao

qual está deparado, para que possa preencher essa lacuna, esse conceito que é indeterminado juridicamente.

2.2 A Justa Causa na Ação Penal

Ante a análise individual dos institutos da justa causa e dos conceitos jurídicos indeterminados, é possível identificar a justificção da classificação da justa causa como um conceito jurídico indeterminado.

Prevista em doutrina atual, a justa causa consiste em qualquer, ou algum, ou ainda suficiente elemento indiciário da existência de crime ou de sua autoria (CAPEZ, 2011,). Temos então a necessidade de indícios mínimos que comprovem a autoria e a materialidade, mas tratando de indícios mínimos, trata-se igualmente de indícios suficientes?

Quem analisa o recebimento da denúncia ou queixa baseada em investigação criminal que virá a servir como fundamento à ação penal é o Magistrado, e no caso do recebimento, será inaugurada a persecução penal.

A análise de ausência ou presença de justa causa parte da livre interpretação e do livre convencimento motivado do Magistrado quando a partir da manifestação das partes nos autos, forma o seu convencimento, obviamente, respeitando as normas jurídicas. Quanto à interpretação, vale dizer que a Lei de Introdução ao direito em seu artigo 5º preceitua que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, para Fernando Capez interpretar é “a atividade que consiste em extrair da norma seu exato alcance e real significado. Deve buscar a vontade da lei, não importando a vontade de quem a fez” (CAPEZ, 2011, p. 103).

Se diferentes juizes analisarem uma mesma denúncia e estes decidirem de forma diferente quanto ao recebimento da mesma, à luz da análise da presença ou ausência da justa causa, essa disparidade é explicada pelo fato de que os indícios que foram suficientes a um Magistrado, foram insuficientes ao outro.

O instituto da justa causa se torna um conceito jurídico indeterminado a partir do momento em que é, para o operador do direito, possivelmente reconhecida

e capaz de sustentar o início da ação penal, enquanto para outro operador da norma quando debruçado diante da mesma situação, não restou suficientemente comprovados e demonstrados os elementos necessários para o início da persecução penal, quais sejam a existência do fato criminoso ou a sua autoria, de forma individual ou conjunta.

O Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal analisa a questão na última instância do Poder Judiciário, destacando a relevância da justa causa e quais as conseqüências de uma ação penal para o indivíduo diante da ausência de fundamentos mínimos que corroborem a tese de acusação:

“[...] O Senhor Ministro Celso de Mello – (Relator): O Deputado Federal Francisco Octávio Beckert, vulgo “Chico da Princesa”, foi denunciado pela suposta prática do delito de corrupção eleitoral, tipificado no art. 299 do Código Eleitoral (fls. 02 /04)” (BRASIL, 2007).

Aqui, o acusado está sendo processado e julgado pelo crime de corrupção eleitoral previsto no artigo 299 do Código Eleitoral que descreve a seguinte conduta: “art. 299. Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita: Pena - reclusão até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa”.

O Relator inicia o seu voto tratando da análise do recebimento da denúncia, destaca se existem elementos de convicção mínima que autorizem a abertura de procedimento judicial e justifiquem a persecução penal, trata da justa causa:

“[...] Isso significa, portanto, que, ainda que a conduta descrita na peça acusatória possa ajustar-se, em tese, ao preceito primário de incriminação, mesmo assim esse elemento não basta, só por si, para tornar viável e admissível a imputação penal consubstanciada na denúncia oferecida pelo Ministério Público.

A viabilidade da presente denúncia, deste modo, está a depender da análise de questão – que reputo de inegável relevância – consistente na identificação, ou não, de justa causa, apta a legitimar a instauração da presente ação penal, considerados os elementos probatórios, que, apresentados pelo órgão de acusação, destinam-se a demonstrar, ainda que minimamente, a possível e eventual ocorrência, no plano fático, da conduta narrada pelo Ministério Público” (BRASIL, 2007).

Diante da verificação de ausência de justa causa que corrobore a acusação, o Relator manifesta o seu voto no sentido de rejeitar a denúncia, e compartilha sua posição com seus colegas no Pleno do Supremo Tribunal Federal, mas essa análise está fundada no livre exercício do operador do direito, em que irá adotar um posicionamento que seja adequado à solução do caso ao qual está deparado:

“[...] Entendo que se impõe a rejeição da peça acusatória, Senhores Ministros, porque inexistente, nestes autos, elemento probatório que revele indícios consistentes de materialidade e de autoria do fato delituoso.

A imputação penal deduzida contra o ora denunciado apoiou-se em depoimento de uma única testemunha, Rosilene Gonçalves dos Santos, cujas declarações foram criticadas pelo próprio Delegado de Polícia Federal em Londrina/PR, a ponto de essa autoridade policial entender descaracterizada a prática do crime eleitoral, como resulta de despacho cuja cópia se acha a fls. 90 (...).

A persecução criminal rege-se, por isso mesmo, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos, que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por tal razão, e como tenho acentuado em inúmeras decisões proferidas nesta Suprema Corte, o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu (JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, “O Processo Criminal Brasileiro”, Vol. I/8, 1911)” (BRASIL, 2007).

E finaliza ressaltando a importância da análise do recebimento da denúncia observando o instituto da justa causa e a consequência de ocorrer a instauração de uma lide temerária.

“[...] Daí a razão de ser desta fase preliminar de controle jurisdicional da acusação penal, concebida, precisamente, para impedir a instauração de lides temerárias ou para obstar, como sucede no caso, a abertura de procedimentos destituídos de base probatória que não se apóie em elementos mínimos de convicção.

Não questiono, Senhora Presidente, a eficácia probante dos indícios, mas enfatizo que a prova indiciária – ainda que para viabilizar um juízo prévio de admissibilidade da acusação penal – deve ser convergente e concatenada, não excluída por contra-indícios, nem abalada ou neutralizada por eventual dubiedade que possa emergir das conclusões a que tal prova meramente circunstancial dê lugar, sob pena de o acolhimento judicial desses elementos probatórios indiretos, quando precários, inconsistentes ou impregnados de equivocidade, importar em incompreensível transgressão ao postulado constitucional da não-culpabilidade” (BRASIL, 2007).

Esse conceito que determina a necessidade de elemento indiciário não define a valoração desse indício, como seria a diferenciação de indícios mínimos

para indícios suficientes, não há ainda a explicitação de que esses indícios de autoria devam estar juntos com os indícios da materialidade, afinal, se ora presente a autoria, e ausente a materialidade, ainda não há que se falar em justa causa para prosseguimento da ação penal.

Essa verificação conjunta, ou em separado, da autoria e materialidade será feita, é claro, quando presentes os pressupostos da ação, pois se algum deles restar ausente, sequer se avaliará a justa causa, que se concretiza como “um suporte probatório que demonstre a idoneidade, a verossimilhança da acusação” (CAPEZ, 2011),

A ausência de posicionamento normativo leva a ser, a justa causa, um conceito jurídico indeterminado a partir do momento em que não há como socorrer-se, o operador do direito, de outras fontes normativas que forneçam embasamento para a identificação desse instituto (que seria o caso das normas penais em branco).

A análise da justa causa pelo operador do direito é subjetiva, para formar o seu convencimento é preciso que analise os fatos presentes nos autos ora em tela, feito sobre um juízo de valoração, se de acordo para a sua análise individual estão presentes ou ausentes aqueles indícios mínimos, suficientes, que justifiquem o prosseguimento da ação penal.

Assim, não há na doutrina orientação concreta a qual socorrer-se, determinando uma orientação, um conceito para o objeto deste trabalho, a justa causa. Assim, trabalha-se em um conceito jurídico indeterminado que agrega insegurança jurídica ao operador do direito.

3 ESTUDO DO CASO EDISON TSUNG CHI HSUEH

Conforme constatado, a análise do instituto da justa causa pelo operador do direito para o seu convencimento é feita de forma subjetiva, através da análise os fatos presentes nos autos sobre o qual se debruça realizando um juízo de valoração, verificando se de acordo com sua análise individual restam presentes ou ausentes os indícios suficientes da autoria e materialidade do delito capazes de justificar o prosseguimento da ação penal.

3.1 O caso Edison Tsung Chi Hsueh

O Superior Tribunal de Justiça debruçou-se sobre a análise da justa causa na ação penal quando julgou o *Habeas Corpus* 22.824 de São Paulo, processo no qual funcionaram como pacientes Frederico Carlos Jana Neto, Ary de Azevedo Marques Neto, Guilherme Novita Garcia e Luis Eduardo Passarelli Trico, alunos veteranos do curso de Medicina da Universidade de São Paulo, que eram processados pela morte de um calouro do curso na Universidade durante um “trote”, por afogamento.

Segundo a denúncia oferecida pelo Ministério Público, os quatro rapazes, entre outros alunos, estavam recepcionando os calouros após a aula inaugural do curso, aplicando-lhes o tradicional trote, calouros dentre os quais estava Edison Tsung Chi Hsueh. Privados de seus pertences que foram retirados pelos alunos veteranos, os calouros tiveram seus pulsos amarrados com barbantes e tiveram arremessados contra si ovos, e sendo submetidos também a outros atos de cunho vexatório, tais como banho de ovo e farinha e pintura no corpo, e posteriormente levados à Avenida Dr. Arnaldo, seguindo para a Associação Atlética Acadêmica Oswaldo Cruz, onde foram lavados com água e sabão em um bosque e, posteriormente entraram na piscina da Associação (BRASIL, 2006).

O crime ocorreu em fevereiro de 2009, quando encaminhados à arquibancada da piscina para a realização do chamado “batismo”, os alunos eram

compelidos a entrarem na água, mesmo contra suas vontades, e durante os caldos e outras “brincadeiras” que foram aplicadas aos alunos, o aluno Edison sofreu dentro desta, morte por asfixia mecânica por afogamento (BRASIL, 2006).

O caso chegou ao Superior Tribunal de Justiça quando após o recebimento da denúncia, a defesa impetrou-se ordem de *Habeas Corpus* perante a Corte do Tribunal de Justiça de São Paulo postulando o reconhecimento de inépcia da denúncia oferecida pelo Ministério Público, formal e substancial por deficiente narração do fato ocorrido e falta de individualização das condutas de cada acusado, bem como o conseqüente trancamento da ação penal, pedido este que restou denegado (BRASIL, 2006).

Foi então manejada nova impetração do *writ*, desta vez perante o Superior Tribunal de Justiça, visando o trancamento da ação penal contra os pacientes por inépcia da denúncia e manifesta inexistência de justa causa para a continuidade da ação penal diante da ausência de tipicidade, com objetivo de nulificar a denúncia oferecida pelo Ministério Público e se determinar o trancamento da ação penal, que se instaurou contra pessoas à mingua de justa causa, que diante dos indícios apontados nos autos, isentam os acusados de qualquer vinculação com os fatos, caracterizando patente constrangimento ilegal (BRASIL, 2006).

3.2 O *Habeas Corpus* no trancamento de Ação Penal

O trancamento da ação penal contra os pacientes então acusados pela morte do rapaz Edison Hsueh foi manejado pela via do *Habeas Corpus* uma vez que se contestava a ocorrência de constrangimento ilegal, que deve ser abordado já que se pretende evidenciar a indeterminação do conceito jurídico da justa causa diante da análise deste caso concreto.

O *Habeas Corpus* tem previsão legal no artigo 5º, inciso LXVIII, Constituição Federal de 1988 e é o recurso que visa garantir o efetivo exercício da liberdade de locomoção de todo cidadão brasileiro. Essa proteção à liberdade individual foi uma das maiores conquistas do Direito, resultando na restrição do poder do Estado frente ao indivíduo (RABELO, 2011).

A expressão *habeas corpus* indica a essência do instituto, que literalmente significa “tome o corpo”, tome a pessoa presa e a exponha ao juiz para o julgamento de seu caso. Adiante, a expressão passou a ser entendida como uma própria “ordem de libertação”. É uma garantia individual, remédio jurídico destinado a amparar a liberdade física do indivíduo, por meio do qual é possível impugnar atos judiciais, bem como administrativos, até mesmo a coisa julgada, e atos de particulares (MIRABETE, 2007).

O *Habeas Corpus* é uma garantia constitucional obtida por meio de processo e é destinada a tutelar, de forma imediata e eficaz, a liberdade de locomoção do indivíduo. É medida pela qual se tutela o direito de permanecer, de ir e vir, de não ser preso salvo na hipótese de flagrante delito ou ainda por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, conforme determina o artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal, protege o direito de não ser preso por dívida, salvo no caso do alimentante inadimplente como previsto no inciso LXVII do mesmo artigo 5º, bem como o direito de não ser extraditado nas hipóteses previstas pela Carta Magna e o direito de freqüentar todo e qualquer lugar, ressalvadas as restrições impostas quando o indivíduo estiver cumprindo medida de concessão do *sursis* ou de suspensão condicional do processo, e tutela ainda o direito de viajar, ressalvadas as restrições impostas pelos artigos 328 367 do Código de Processo Penal (RABELO, 2011).

Enquanto um remédio constitucional, guarda a natureza de ação, visando tutelar o direito da liberdade locomotora, ao passo que busca sanar abuso de poder ou ilegalidade da autoridade coatora, é considerada medida libertatória anônima (LIMA, 2011).

Existindo qualquer possibilidade de ser atingida a locomoção do indivíduo, é admitido o *habeas corpus*, sendo o cerceamento a locomoção potencial, possível ou ainda provável, e a lei, ao se referir à falta de justa causa como coação ilegal capaz de ser tutelada pela via do *habeas corpus* remete-se justamente a uma coação ilegal no que tange à liberdade de locomoção, é a via que afasta o constrangimento ilegal efetivo, ou o risco de ocorrência deste constrangimento, sua ameaça, à liberdade fundamental de ir, vir, e ficar de todo e qualquer indivíduo (MIRABETE, 2007).

“O *Habeas Corpus*, denominado pela doutrina de *writ*, possui tanta importância, que o Código de Processo Penal também o disciplina, especificando, inclusive, suas hipóteses de cabimento no art. 648 e seguintes. São nestes dispositivos que se verificam as possibilidades de impetrar *habeas corpus* quando for adotada alguma coação ilegal, mesmo que iminente, a liberdade do indivíduo (RABELO, p. 1, 2011).”

Capas de trancar o procedimento que não respeite os pressupostos e requisitos mínimos para sua legalidade, impondo àquele investigado, ou acusado, uma coação visivelmente ilegal, o *habeas corpus* é um instrumento popular, que protege qualquer do povo contra o constrangimento à liberdade física sem justa causa. Uma das possibilidades de coação ilegal que atinge a liberdade individual ocorre quando não há justa causa para a existência de um inquérito policial ou de uma ação penal, como no caso em estudo (RABELO, 2011).

As hipóteses de cabimento de *habeas corpus* estão elencadas no artigo 648 do Código de Processo Penal, que prevê os casos em que a coação considerar-se-á ilegal e uma delas é a que consta no inciso I, qual seja, quando não houver justa causa, conforme dispõe a letra da lei:

“CAPÍTULO X. DO HABEAS CORPUS E SEU PROCESSO.

Art. 647. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

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

I - quando não houver justa causa” (Lei 3.689/1941, Código de Processo Penal).

Esta hipótese que trata da justa causa entende-se a prisão, ao inquérito e ao processo, segundo Guilherme de Souza Nucci, caso a ausência de justa causa diga respeito à ação ou investigação em si, a ordem de *habeas corpus* será concedida para o trancamento do processo ou do procedimento investigatório, do inquérito policial (NUCCI, 2009).

A justificativa da concessão de *habeas corpus* em sede de ação penal tendo em vista o seu tratamento, decorre da manifesta e evidente ausência de justa causa, ilegalidade que é evidenciada pela clara exposição dos fatos criminosos juntamente com o reconhecimento da qual se trata a imputação de fato atípico ao acusado ou da ausência de qualquer elemento indiciário ao qual se finque a exordial acusatória (MIRABETE, 2007).

“O impetrante, na petição da ação constitucional de *habeas corpus*, precisa demonstrar à Corte, sem a necessidade de grande esforço, que não há provas sobre a autoria ou a materialidade do crime e que as eventualmente acostadas aos autos do processo (produzidas pela autoridade policial ou não policial) nada dizem com a hipótese em exame” (BOSCHI, p. 359, 2010).

O acusado, titular da ação, impetra ordem de *habeas corpus* por falta de justa causa, com fulcro no artigo 648 do Código de Processo Penal, inciso I, formulando pedido idôneo levando ao magistrado elementos capazes de convencê-lo da seriedade do que se pede, uma vez que a denúncia ou queixa não podem surgir da autônoma manifestação do acusador, devem ser precedidas de procedimento devidamente formalizado que dê apoio à acusação (TOURINHO FILHO, 2011).

“Portanto, as análises das provas através do *habeas corpus* estão adstritas àquelas substanciais para a comprovação da autoria e materialidade do delito, ou seja, aquelas que servem de subsídio concreto para fundamentar a denúncia ou queixa-crime. Não sendo admissível a valoração da prova para a avaliação da matéria fática pelo *writ*, mas sim para impedir a submissão do acusado a um procedimento penal (inquérito ou processo) manifestamente sem justa causa” (RABELO, p.2, 2011).

Para a provocação da jurisdição é necessária a existência de indícios razoáveis de autoria e de prova da materialidade delitiva, corroborada pelo princípio da ação penal do *in dubio pro societate*. Isto posto, a denúncia e a queixa-crime não necessitam vir acompanhadas de um cotejo probatório certo e absoluto no que tange à existência do crime e de quem foi o agente que o praticou, pois, presentes os indícios suficientes, a sociedade atrai a apuração dos fatos ao crivo do Poder Judiciário. Da ausência destes indícios suficientes é que decorrem situações capazes de permitem o trancamento do inquérito policial ou da ação penal por meio de *habeas corpus* processual (RABELO, 2011).

“Neste sentido, constata-se que a justa causa está intimamente ligada ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da garantia a liberdade. Tratando-se de um Estado Democrático de Direito, cuja Constituição da República visa zelar e resguardar as garantias fundamentais do indivíduo, não se pode permitir que, a qualquer momento e sob quaisquer circunstâncias, estes direitos possam ser violados pelo próprio Estado, através de um procedimento completamente destituído de fundamento razoável, entendido este como um conjunto probatório mínimo” (RABELO, p.3, 2011).

Quando o prosseguimento da ação penal for inviável diante da ausência de justa causa, estará patente a ocorrência de constrangimento ilegal do acusado, hipótese pacífica de cabimento de *habeas corpus*, e no caso em análise, esta foi a tese sustentada, inépcia da denúncia e inexistência de justa causa. A justa causa como sendo um conceito jurídico indeterminado – novamente levantando a questão – é reconhecida e constatada pela livre motivação, convencimento e análise do operador do direito, e ao examinar o caso que é conduzido para estudo, verificam-se os diversos argumentos de cinco diferentes operadores do direito – Ministros do Superior Tribunal de Justiça – e quais considerações foram estas capazes de entender, ou não, a ausência de justa causa para o prosseguimento da ação.

Diante da questão que lhes foi submetida, as premissas levantadas por três deles verificaram a ausência de justa causa, ao passo que outro justificou que a persecução penal, de fato, não merecia prosperar, pela inépcia da denúncia ou pela ausência de justa causa, e proferiu seu voto reconhecendo inépcia da denúncia. Por fim, um voto foi vencido, que manifestava a afirmação da justa causa da ação penal (BRASIL, 2006).

3.3 A indeterminação da justa causa observada no julgamento do HC 22.824 – SP pelo Superior Tribunal de Justiça

A Sexta Turma do STJ ao julgar o HC 22.824, proferiu quatro votos no sentido de que os Ministros entenderam que a denúncia não era robusta e incapaz de trazer e evidenciar os indícios mínimos da autoria e materialidade do crime, reconhecendo que não havia justa causa para a continuidade da ação penal contra os pacientes Frederico Carlos Jana Neto, Ary de Azevedo Marques Neto, Guilherme Novita Garcia e Luis Eduardo Passarelli Tricô, determinando o trancamento da ação penal por falta de justa causa (BRASIL, 2006).

O julgamento final do processo ocorreu aos 24 de fevereiro de 2005 uma vez que houve pedido de vista dos autos por dois Ministros. A Eg. Sexta Turma, à época, era composta pelos Exmos. Min. Paulo Gallotti, Paulo Medina, Hélio Quaglia Barbosa, Nilson Naves e Hamilton Carvalhido, que votaram a impetração que

objetivava o trancamento da ação penal por inépcia da denúncia e inexistência de justa causa por ausência de tipicidade (BRASIL, 2006).

Nos termos do relatório do Sr. Min. Paulo Gallotti, relator do processo, *verbis*:

“Impetrou-se em favor dos pacientes ordem de habeas corpus perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, postulando o reconhecimento da inépcia - formal e substancial - da denúncia e o conseqüente trancamento da ação penal, restando denegado o pedido.

Este writ é manejado para o fim de se "nulificar a denúncia ofertada pelo Ministério Público e de se determinar o trancamento da ação penal que se fez instaurar contra suas pessoas à absoluta minguagem de justa causa, que, à vista dos indícios figurantes dos autos que os isentam de qualquer vinculação com os fatos, caracteriza constrangimento ilegal." (fl.125)." (BRASIL, 2006).

Infere-se dos autos que a ausência de justa causa é pleiteada pela ausência de tipicidade uma vez que as investigações do caso foram inconclusivas no sentido de que tenha ocorrido homicídio no caso, seja este doloso ou culposos, enquanto a inépcia da denúncia finca-se na falta de descrição pormenorizada e individualiza das condutas de cada paciente, impossibilitando a defesa de cada um deles sendo que para tanto a exordial acusatória deveria trazer de forma precisa e objetiva qual teria sido a participação de cada um na conduta ilícita que supostamente teriam praticado visando o resultado morte (BRASIL, 2006).

A análise do caso de forma individual pelos Ministros resultou em argumentações diversas para a conclusão dos entendimentos diante do caso. Esses entendimentos diversos diante da discussão sobre a justa causa justificam a falta de concretude deste instituto jurídico. Cada Ministro traz as suas convicções, argumentos, interpretações, e análises pertinentes a pontos específicos do caso em tela, todos analisam o mesmo caso, e partir de suas interpretações subjetivas, chegam a conclusões distintas (BRASIL, 2006).

O Exmo. Sr. Ministro Relator Paulo Gallotti chega à conclusão de que os autos não contêm elementos suficientes para dar curso à ação penal que é movida contra os pacientes pelo crime de homicídio qualificado e concede a ordem do *habeas corpus* para determinar o trancamento da ação penal por falta de justa causa. Em seu voto, destaca que a imputação da prática de crime há de vir

assentada em um mínimo de prova, sem o que é evidente o constrangimento ilegal, o que possibilita o cabimento da via do *habeas corpus*, alega ainda:

“Não se operará, pois, a um cotejo de provas controvertidas, elaborando considerações de ordem subjetiva, indiscutivelmente inviável na via eleita, mas sim valoração dos elementos que sustentam a acusação, buscando aferir sua validade para a manutenção da persecução criminal, analisando objetivamente as provas apontadas pelo órgão acusador, em especial, os depoimentos das testemunhas arroladas” (BRASIL, p. 7, 2006).

Conclui que, da leitura dos autos que contem mais de 130 depoimentos, não é possível reconhecer que os denunciados, em suas condutas, tenham praticado quaisquer dos atos narrados na denúncia, quais sejam, impedir que os calouros saíssem da piscina, valendo-se de golpes de baquetas e pisadas em suas mãos (BRASIL, 2006).

Ainda em seu entendimento, a peça acusatória está divorciada do que se observou em todos os elementos trazidos para a convicção do feito, na qual não foi possível localizar o mínimo dado concreto que possa direcionar o reconhecimento de que a morte do aluno Edison Hsueh tenha sido fruto da ação dos pacientes (BRASIL, 2006).

Aduz que a Universidade de São Paulo inclusive instaurou sindicância à época dos fatos para apurar o episódio e que não foram encontrados quaisquer indícios de envolvimento dos acusados com a morte da vítima, e concluiu pela absolvição dos indiciados pela ausência de materialidade do crime. Ainda, quanto ao relatório final do inquérito policial, este não forneceu parecer conclusivo, não apresentou qualquer dado objetivo capaz de imputar a qualquer indivíduo a prática do ilícito (BRASIL, 2006).

“[...] Diante dessa recomendação, criou-se comissão para apurar a conduta ética dos alunos referidos na sindicância, concluindo-se pela "absolvição dos indiciados por não se haver caracterizado a materialidade do ilícito" (fl. 1.210, autos principais), quais sejam, atos atentatórios à moral e aos bons costumes” (BRASIL, p. 12, 2006).

Por fim, no que tange aos depoimentos prestados, na visão do Exmo. Ministro, estes não foram veementes, e ainda se fossem, tais provas não se mostraram suficientes para sustentar a acusação de homicídio qualificado impetrada aos pacientes, por não haver o menor indício de que o óbito da vítima ocorreu das

práticas dos réus. Assim, concedeu a ordem do *HC* para determinar o trancamento da denúncia por falta de justa causa (BRASIL, 2006).

Nos mesmos termos do voto proferido pelo Relator, votou o Exmo. Sr. Min. Hélio Quaglia Barbosa. O Sr. Min. Nilson Naves declarou que de uma maneira ou de outra, o *habeas corpus* já estava decidido, pela inépcia formal ou falta de justa causa, e votou pela concessão da ordem de *habeas corpus* nos termos do relator, pela ausência de justa causa (BRASIL, 2006).

Ao proferir seu voto, o Ministro Paulo Medina não conhece do *habeas corpus* no tocante a justa causa por alegar não ser esta a via adequada para sanar constrangimento ilegal porventura existente, momento em que também avalia a possibilidade de ser reconhecida a outra alegação levantada no *mandamus* (BRASIL, 2006).

“Cumpre, inicialmente, examinar o segundo fundamento da impetração, ou seja, a falta de justa causa que estaria a configurar o constrangimento ilegal a ser sanado.

In casu, são mais de 130 depoimentos colhidos durante o procedimento investigativo preliminar, o que permite afirmar não ser a via do *writ* adequada a sanar constrangimento ilegal porventura existente, eis que haveria a necessidade de perquirir-se o teor de tais depoimentos. Vale dizer, a complexidade do caso impede saber se realmente a ação penal está desprovida de justa causa” (BRASIL, p. 19, 2006).

Argumenta que na denúncia, para que atenda às prescrições legais, devem constar os sujeitos ativos, os meios empregados para atingir o resultado criminoso (*quibus auxiliis*), o resultado, o lugar do delito, os motivos, o modo pelo qual foi praticado o crime (*quomodo*) e também o tempo do fato, e verifica que no caso em tela a exordial acusatória é desprovida do *quibus auxiliis* e *quomodo*, pelo que ofende a determinação processual, e as garantias da defesa ampla e contraditório, razão pela qual concede a ordem para o trancamento da ação penal pela inépcia da denúncia (BRASIL, 2006).

Por fim, o Ministro Hamilton Carvalhido proferiu voto-vista que restou vencido, denegando a ordem de *habeas corpus*. Em seu entendimento, conduta assumida pelos agentes, a imputação objetiva do resultado, ao menos o risco da sua produção e o domínio dos fatos pelos agentes, não se mostram duvidosos, não havendo falar em inépcia formal da denúncia (BRASIL, 2006).

De toda sorte, os elementos probatórios mostraram-se inidôneos e capazes de afirmar a justa causa para a instauração e prosseguimento da ação penal, demonstrando a sua viabilidade, não havendo que se falar em ausência de conjunto probatório mínimo capaz de corroborar a autoria e materialidade do ilícito em voga, e ainda, o exame do conjunto probatório não cabe ser analisado em sede de *habeas corpus* (BRASIL, 2006).

Findo julgamento, o processo restou assim ementado:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. ANÁLISE DOS ELEMENTOS DE PROVA EM QUE SE ASSENTA A DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE RESPONSABILIZEM OS ACUSADOS. WRIT DEFERIDO, COM EXTENSÃO. 1. Pelas peculiaridades do caso concreto, é importante ressaltar que a alegação de falta de justa causa há de ser examinada com a avaliação dos elementos de convicção que levaram ao oferecimento da denúncia, sem que se esteja a revolver o quadro fático. 2. Não se operará, pois, a um cotejo de provas controvertidas, elaborando considerações de ordem subjetiva, indiscutivelmente inviável na via eleita, mas sim valoração dos elementos que sustentam a acusação, buscando aferir sua validade para a manutenção da persecução criminal, analisando objetivamente as provas apontadas pelo órgão acusador, em especial, os depoimentos das testemunhas arroladas. 3. A imputação da prática de crime a alguém há de vir assentada em um mínimo de prova, sem o que é evidente o constrangimento ilegal. 4. Ordem concedida, com extensão, de ofício, a Luís Eduardo Passarelli Tirico e Guilherme Novita Garcia. (HC 22824/SP, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 24/02/2005, DJ 04/09/2006, p. 326). (BRASIL, 2006).

Considerados os votos proferidos, resta patente que diante de um mesmo caso, quando levado a conhecimento a mais de uma pessoa na incumbência de averiguá-lo juridicamente, é a sua livre interpretação subjetiva a partir do cotejo probatório que irá determinar sua posição quanto, no caso, na existência de indícios suficientes da autoria e da materialidade do delito, capaz de aferir a existência ou ausência da justa causa.

O objetivo deste trabalho era demonstrar que o instituto da justa causa é um conceito jurídico indeterminado, e como essa indeterminação funciona no mundo jurídico de forma aplicada. O caso estudado gerou grande repercussão social à época em que ocorreu, bem como quando do julgamento que determinou o

trancamento da ação penal contra os pacientes, e abalou a comunidade universitária.

O convencimento do operador do direito deve ser feito de forma consciente, respeitando as normas jurídicas positivadas e exercendo o seu livre convencimento de forma motivada, e no estudo dos fatos que levaram à morte o estudante Edison Tsung Chi Hsueh, uma Turma julgadora, composta por cinco Ministros igualmente capacitados, entendeu de modo diverso quando perante um mesmo conjunto probatório, tendo a oportunidade de trabalhar seus argumentos sobre materiais idênticos.

Ora, o que se observa quando na presença de um cenário como este, é que não há como a orientação, quando fincada em elementos subjetivos de apreciação, restar idêntica, comum a todos os aqueles que executam as normas jurídicas, o direito propriamente dito, e assim, um conceito jurídico carente de determinação acaba gerando posicionamento diverso quanto a uma mesma circunstância.

CONCLUSÃO

Conforme pode ser observado, a justa causa na ação penal é um conceito jurídico carente de determinação legal, e apresenta posições controvertidas tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátria, questões estas que serão rememoradas nesta oportunidade.

A falta de previsão doutrinária que dê força normativa a este conceito acarreta diferentes interpretações, o que inviabiliza e conseqüentemente impossibilita ainda mais a determinação de uma definição própria, robusta, a qual o operador do direito possa socorrer-se, encontrando esteio para a sua aplicação.

Sendo uma condição para a própria existência da peça inicial acusatória, a justa causa extrapola as condições da ação, não é um requisito ao lado do interesse de agir, legitimidade para a propositura da ação e possibilidade jurídica da mesma, pois uma vez presentes estes requisitos e ausente a justa causa, não será possível a promoção da denúncia, não cabendo a possibilidade de seu recebimento pelo magistrado.

No processo penal, fala-se em dever de ação. Em que pese a instauração da ação penal pelo recebimento da denúncia, há que se atentar para o fato de que o ajuizamento da ação por si só já atinge o estado da dignidade do indivíduo.

A justa causa é intimamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana. Vivendo em um Estado em que a Constituição zela e guarda pelas garantias e direitos fundamentais dos indivíduos, esses direitos podem vir a ser violados pelo próprio Estado se instauradas lides temerárias, se não acompanhadas de argumentos razoáveis que justifique a persecução penal pelo Estado, acompanhada de um cotejo probatório mínimo.

Não havendo sequer o início do processo criminal sem o recebimento da denúncia, a verificação da justa causa deve ser aferida com toda a cautela, pois o indiciamento do indivíduo sem observar um conjunto probatório mínimo acaba por violar seus direitos, a ação do próprio Estado resulta na violação de suas garantias fundamentais.

A justa causa na ação penal é um instituto jurídico que determina no recebimento da denúncia, que o magistrado deve observar se existem indícios suficientes da prova da autoria e da materialidade do delito que sustentem a inicial acusatória e corroborem a necessidade de instauração de processo criminal em desfavor do indivíduo.

Carente de determinação, a justa causa vem a ser um conceito jurídico indeterminado, sem determinação legal completa, possui uma estrutura indefinida que leva o operador do direito a valer-se de sua interpretação e complementação de forma livre, precisando buscar em outras fontes os elementos doutrinários que sejam capazes de suprir a lacuna em que se depara.

No julgamento do *Habeas Corpus* 22.824 pelo Superior Tribunal de Justiça, a impetração postulou pelo trancamento da ação penal em desfavor de quatro réus buscando o reconhecimento da inépcia da denúncia e inexistência de justa causa.

A morte de um rapaz jovem por si só causa um mal-estar geral perante toda a sociedade, e quando a vida se vai durante um momento de confraternização por uma vitória em uma etapa da vida – qual seja no caso em tela, a aprovação no concurso de vestibular para o curso de medicina, na Universidade de São Paulo – esse mal-estar é ainda maior, ser aprovador em um concurso de vestibular e durante uma comemoração ter a vida ceifada, exige obviamente a apuração dos fatos ocorridos.

Caso que gerou grande repercussão na mídia e na sociedade, o *Habeas Corpus* 22.8324/SP tratou de quatro pacientes, alunos da reconhecida Universidade de São Paulo que eram processados pela morte do aluno Edison Tsung Chi Hsueh por afogamento durante um “trote” na Universidade, série de “brincadeiras” organizadas por alunos conhecidos como “veteranos”, aqueles que já foram provados anteriormente no vestibular e já fazem parte do quadro antigo de alunos.

O crime ocorreu no ano de 2009, em fevereiro, quando uma série de alunos recém-aprovados no vestibular do curso de medicina foram encaminhados à arquibancada da piscina localizada na sede da Associação Atlética Acadêmica Oswaldo Cruz para a realização do chamado “batismo”, dinâmica na qual os alunos eram compelidos a entrarem na água, lhes foram aplicadas as chamadas

“brincadeiras”, e neste contexto o aluno Edison sofreu dentro da piscina, morte por asfixia mecânica por afogamento.

O que ocorreu na análise dos autos foi a possibilidade de trancamento da ação penal promovida em desfavor dos quatro alunos, que já faziam parte do curso de medicina, que lhes atribuía a responsabilidade pela morte do aluno Edison. Os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça analisaram essa possibilidade de trancamento baseada no pedido formulado pela defesa dos pacientes a partir das alegações de ausência de justa causa para a promoção da ação penal, e a inépcia da denúncia.

Os cinco Ministros que à época formavam a Sexta Turma do Eg. Superior Tribunal, debruçaram-se diante de um mesmo caso e chegaram a conclusões diferentes. Todos foram cautelosos e fundamentaram seus posicionamentos respeitando as normas e orientações jurídicas, e exerceram o seu livre convencimento, também motivado, e ainda assim, perante um mesmo arcabouço de fatos e provas, foram divergentes em seus entendimentos, e essa análise que foi feita de forma individual por cada Ministro demonstrou a indeterminação do instituto jurídico da justa causa.

O Ministro Relator Paulo Gallotti foi acompanhado nos termos de seu voto pelos Ministros Nilson Naves e Hélio Quaglia, que concederam a ordem do *HC* determinando o trancamento da ação penal por ausência de justa causa. Em seu entendimento, da leitura dos autos, embora contando com diversos depoimentos, mais de 130 declarações, não foi possível reconhecer que os denunciados foram os autores de quaisquer atos – impedir que os alunos saíssem da água, aplicar-lhes “caldos” – levaram o aluno Edson a óbito. Entenderam que não existiam nos autos o menor indício de que o óbito da vítima tenha sido resultado daquelas práticas, não havendo indícios suficientes que satisfizessem o quesito da justa causa para a promoção da ação.

Por outro lado, o entendimento do Ministro Paulo Medina foi no sentido que não havia que se falar em ausência de justa causa, mas sim em inépcia da denúncia, uma vez que para atender às prescrições legais, deve conter a exposição do fato criminoso, a qualificação dos acusados, os meios pelos quais o resultado foi atingido e ainda o modo pelo qual o crime foi praticado, e a inicial acusatória foi falha na descrição destes dois últimos aspectos, que restou contrariando não só a

determinação processual penal, mas também as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Por fim, o Ministro Hamilton Carvalhido fundamentou sua decisão em sentido contrário, alegando que os elementos probatórios eram suficientes a afirmar a justa causa da ação penal e demonstravam viabilidade, não havendo que se falar em inépcia da denúncia por ausência de justa causa e tão pouco em falta de requisitos formais, pois considerou que a conduta assumida pelos pacientes, ao menos o risco da produção do resultado morte por seus atos, e a consciência dos fatos, não restou duvidosa, sendo correta a imputação que lhes foi atribuída, não cabendo o reconhecimento de inépcia formal da denúncia, e ainda, o exame do conjunto probatório não poderia ser feito pela via eleita, pois é estranho ao âmbito de seu cabimento, infringindo a natureza do *habeas corpus*.

Este quadro traduziu a indeterminação jurídica da justa causa. Quando mais de um operador avaliou a existência de indícios suficientes da autoria e da materialidade de um delito e chegaram a decisões distintas, a valoração que cada um atribuiu aos mesmos elementos que foram analisados revelaram que a apreciação foi subjetiva e individual, por não existir previsão legal acerca do instituto jurídico ora trabalhado, de forma que não foi possível valorar esses indícios por um sentido já traçado, seja pela doutrina, ou pela jurisprudência, não há no ordenamento jurídico uma diretriz capaz de guiar o operador do direito quando na análise deste instituto.

Sendo assim, concluiu-se que a justa causa não é verificada de forma idêntica sempre que analisada por aquele que se debruça sobre a sua aferição, a valoração deste conceito poderá ser feita de acordo com as características pessoais, culturais, e inclusive temporais, o operador sempre busca fontes que sejam suficientes para suprir suas incertezas e dificuldades diante deste conceito jurídico que é indeterminado, que não apresenta exatidão.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA , Bruno Torrano Amorim de. Controvérsias atuais acerca das normas penais em branco. In: **Revista Jurídica do Centro Universitário Curitiba**, n.10, v. 26, n. 10, ano 2011. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/171/146>>. Acesso em: 7 out. 13.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação penal**: as fases administrativa e judicial da persecução penal / José Antonio Paganella Boschi. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de processo penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 14 de setembro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. **HC 22.824/SP**, Relator(a): Min. PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 24/02/2005, Publicado no DJ em 04/09/2006, p. 326.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito. **Inq 1978**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13/09/2006, DJe-082 DIVULG 16-08-2007 PUBLIC 17-08-2007 DJ 17-08-2007 PP-00024 EMENT VOL-02285-02 PP-00340 RTJ VOL-00201-03 PP-00896.

BUONAVITA, Paula Godim Furtado. Conceito jurídico indeterminado e norma aberta: A (aparente) Discricionariedade do juiz. In: **Revista Eletrônica Mensal do Curso de Direito da UNIFACS** n. 99, setembro, ano 2008.

BUSATO, Paulo Cesar. **Introdução ao direito penal**: fundamentos para um sistema penal democrático / Paulo Cesar Busato, Sandro Montes Huapaya. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 18ª ed – São Paulo : Saraiva, 2011.

CHACON, Paulo Eduardo de Figueiredo. O princípio da segurança jurídica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 118, 30 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4318>>. Acesso em: 26 nov. 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional** / Antonio Scarance Fernandes. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Prisões e medidas libertatorias** / Marco Antônio Ferreira Lima; Ranieri Ferraz Nogueira. – – atual. de acordo com a Lei 12.403, de 4 de março de 2012. – – São Paulo: Atlas, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal** / Julio Fabbrini Mirabete. – 22. ed. – São Paulo : Atlas, 2005.

_____. **Processo penal** / Julio Fabbrini Mirabete. – 18. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005 – 5. reimpr. – São Paulo : Atlas, 2007.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal** – Doutrina e jurisprudência / Maria Thereza Rocha de Assis Moura. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. (Coleção de estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida; v. 5).

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado** / Guilherme de Souza Nucci. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PACELLI, Eugênio Pacelli de Oliveira. **Curso de processo penal** – 11ª Edição – Rio de Janeiro : Lumen Júris, 2009.

PALAZZOLO, Massimo – **Persecução penal e dignidade da pessoa humana** – São Paulo : Quartier Latin, 2007.

PRADO, Vera Márcia Perez. Garantias do processo penal à luz dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana. **REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS** - v.24 n.26 jan. / jun. 2008. Ed. Pouso Alegre, p. 225-250. Disponível em: <http://www.fdsu.edu.br/revista/Volume26/Vol26_10.pdf>. Acesso em: 4 jun. 13.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal parte geral** – 4ª ed. completamente revista e ampliada – Editora Lumen Juris, 2008.

RABELO, César Leandro de Almeida; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo et al. O habeas corpus processual: instrumento para combater a coação ilegal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2959, 8 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19720>>. Acesso em: 28 set. 2013.

RODRIGUÉZ, Víctor Gabriel. **Fundamentos de direito penal brasileiro: lei penal e teoria geral do crime** – São Paulo: Atlas, 2010.

ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico** / Santi Romano; tradução de Arno Dal Ri Júnior. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

ROZAS, Luiza Barros. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1123, 29 de jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8715/conceitos-juridicos-indeterminados-e-discricionariedade-administrativa#ixzz2DFTStXQR>>. Acesso em: 7 out. 13.

SANTANA. Nathália Macêdo de. O princípio da dignidade humana e sua relação com o direito penal / Nathália Macêdo de Santana – **REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA FACULDADE SALVADOR – UNIFACS** – n.127 jan. 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1387>>. Acesso em: 23 set. 13.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal** / Fernando da Costa Tourinho Filho. – 14. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro** / Rogério Lauria Tucci. – 4ª ed. Ver. atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ANEXO

HABEAS CORPUS Nº 22.824 - SP (2002/0067981-1)

RELATOR : MINISTRO PAULO GALLOTTI
IMPETRANTE : JOSÉ ROBERTO BATOCHIO E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FREDERICO CARLOS JANA NETO
PACIENTE : ARI DE AZEVEDO MARQUES NETO

EMENTA

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. ANÁLISE DOS ELEMENTOS DE PROVA EM QUE SE ASSENTA A DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE RESPONSABILIZEM OS ACUSADOS. WRIT DEFERIDO, COM EXTENSÃO.

1. Pelas peculiaridades do caso concreto, é importante ressaltar que a alegação de falta de justa causa há de ser examinada com a avaliação dos elementos de convicção que levaram ao oferecimento da denúncia, sem que se esteja a revolver o quadro fático.
2. Não se operará, pois, a um cotejo de provas controvertidas, elaborando considerações de ordem subjetiva, indiscutivelmente inviável na via eleita, mas sim valoração dos elementos que sustentam a acusação, buscando aferir sua validade para a manutenção da persecução criminal, analisando objetivamente as provas apontadas pelo órgão acusador, em especial, os depoimentos das testemunhas arroladas.
3. A imputação da prática de crime a alguém há de vir assentada em um mínimo de prova, sem o que é evidente o constrangimento ilegal.
4. Ordem concedida, com extensão, de ofício, a Luís Eduardo Passarelli Tirico e Guilherme Novita Garcia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conceder a ordem de **habeas corpus** para trancar a ação penal por falta de justa causa, com extensão ao **Habeas Corpus** nº 22.963/SP e ao Recurso Ordinário em **Habeas Corpus** nº 12.803/SP, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido que denegava a ordem.

Os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, nesta assentada, o Sr. Ministro Paulo Medina.

Brasília (DF), 24 de fevereiro de 2005 (data do julgamento).

MINISTRO PAULO GALLOTTI, Presidente e Relator

HABEAS CORPUS Nº 22.824 - SP (2002/0067981-1)**RELATÓRIO**

O SENHOR MINISTRO PAULO GALLOTTI: Os Doutores José Roberto Batochio, Guilherme Octávio Batochio e Ricardo Toledo Santos Filho impetram **habeas corpus** em favor de Frederico Carlos Jaña Neto e Ary de Azevedo Marques Neto, denunciados como incurso nas penas do artigo 121, § 2º, inciso III, em combinação com o artigo 29, ambos do Código Penal, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

É do seguinte teor a peça acusatória oferecida contra os pacientes e também Luís Eduardo Passarelli Tirico e Guilherme Novita Garcia:

"Noticiam os inclusos autos de inquérito policial que, no período vespertino do dia 22 de fevereiro de 1999, na sede da Associação Atlética Acadêmica Oswaldo Cruz - A.A.A.O.C. -, localizada na Rua Artur de Azevedo, número 1, no Bairro de Pinheiros, nesta cidade e comarca, os agentes retro apontados, em concurso e mediante asfixia mecânica por afogamento, mataram Edison Tsung Chi Hsueh, consoante o laudo de exame de corpo de delito - exame necroscópico - de fls. 273 a 280.

Apurou-se que, na data e local do fato, os agentes, que eram veteranos do curso de Medicina da Universidade de São Paulo, reunidos para o mesmo desiderato, estavam recepcionando os calouros, dentre os quais a vítima, em prática denominada trote.

Consistia o trote em ritual de atos praticados por veteranos nos calouros. Assim, após a aula inaugural ministrada no teatro da faculdade, os calouros foram despojados de seus pertences mais perecíveis, guardados em sacos plásticos previamente etiquetados com seus nomes. Em seguida, somente com vestimenta básica e atados com barbantes pelo pulsos, em grupos, foram submetidos a atos vexatórios, como arremesso de ovos, água e farinha, tendo ainda seus corpos pintados e levados para a Avenida Doutor Arnaldo, tudo pelos veteranos. Rumaram, então para a sede da aludida Associação Atlética, onde, prosseguindo-se no ritual, foram levados para o bosque ali existente e lavados com água e sabão em pó pelos veteranos. Ato contínuo, foram encaminhados e acomodados na arquibancada da piscina, para a realização do 'batismo', o ápice do ritual.

Nesse momento, os agentes Luís Eduardo, Guilherme e Frederico, ajustados que estavam na continuidade do trote, aguardaram o comando de Ary, também com eles conluiado, expressado em grito de guerra para, então, compelir os calouros, em número aproximado de cem, a ingressarem na água, mesmo contra as suas vontades. Uma vez dentro da piscina, os calouros foram impedidos de sair, porquanto tinham suas mãos e cabeças pisoteadas, além de receberem golpes com baquetas de instrumentos musicais, tudo de forma a impedir que emergissem. Foram, ainda, submetidos a abuso dentro da água, em prática conhecida por caldo, assumindo, pois, os agentes, indiscutivelmente, o risco de causar o resultado morte.

A vítima, caloura, submetida ao ritual de trote, foi compelida pelos agentes a ingressar na piscina, sofrendo, no interior desta, morte por asfixia mecânica por afogamento.

Mercê do exposto, denunciam-se os agentes como incurso no artigo 121, § 2º, inciso III, do Código Penal, na forma do artigo 29 do aludido diploma legal, sendo a presente para, após o seu recebimento e a sua autuação, se ver instaurado o devido processo legal, observando-se, neste aspecto, o procedimento especial previsto pela lei instrumental penal nacional para os crimes dolosos contra a vida e a eles conexos, requerendo, ainda, dignese Vossa Excelência determinar a citação e notificação dos denunciados para responderem aos termos desta e acompanhá-la até decisão interlocutória de pronúncia para, ao final, se verem julgados pelo Tribunal Popular desta Comarca, até final condenação, bem como determinar a notificação das pessoas abaixo arroladas para oportuna oitiva, tudo às penas da lei." (fls. 18/20)

Impetrou-se em favor dos pacientes ordem de **habeas corpus** perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, postulando o reconhecimento da inépcia - formal e substancial - da denúncia e o conseqüente trancamento da ação penal, restando denegado o pedido.

Este **writ** é manejado para o fim de se "nulificar a denúncia ofertada pelo Ministério Público e de se determinar o trancamento da ação penal que se fez instaurar contra suas pessoas à absoluta minguia de justa causa, que, à vista

dos indícios figurantes dos autos que os isentam do qualquer vinculação com os fatos, caracteriza constrangimento ilegal." (fl.125).

Os autos foram a mim distribuídos por prevenção com o Recurso Ordinário em **Habeas Corpus** nº 12.803/SP.

Sustei liminarmente o indiciamento dos pacientes, bem como determinei o sobrestamento da ação penal até o julgamento do mérito .

A Subprocuradoria-Geral da República opina pela concessão parcial do pedido, apenas para evitar o indiciamento.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 22.824 - SP (20020067981-1)

VOTO

O SENHOR MINISTRO PAULO GALLOTTI (RELATOR): A ordem, a meu ver, deve ser concedida em toda a extensão.

Consta do processado que os pacientes, juntamente com Luís Eduardo Passarelli Tirico e Guilherme Novita Garcia, todos, à época, veteranos do curso de Medicina da Universidade de São Paulo, foram denunciados como incurso no artigo 121, § 2º, inciso III, c/c o artigo 29, os dois do Código Penal, apontados como responsáveis pela morte, por afogamento, do estudante Edison Tsung Chi Hsueh durante um trote universitário.

O chamado "trote", como sabido, é tradicionalmente um momento de confraternização dos aprovados no concurso vestibular, contando quase sempre com a participação de veteranos, vale dizer, aqueles alunos que já cursam a instituição de ensino.

Ao longo dos tempos, também se sabe, essa salutar comemoração, com a exteriorização do intenso sentimento de alegria que invade os "calouros" pela vitória alcançada, em algumas oportunidades, em todo o Brasil, acabou sendo acompanhada da prática, por parte de alguns veteranos, de atos destoantes daquele espírito de alegria, alguns marcados até por descabidas exigências dos novos alunos.

Ao que parece, foi o que ocorreu nas comemorações do vestibular de Medicina da Universidade de São Paulo do ano de 1999, como revelam os inúmeros depoimentos colhidos, assim também as cartas escritas por estudantes, as denúncias anônimas e o depoimento de uma moça em programa de televisão referido no relatório policial, tudo constante dos autos.

A questão que nos é submetida diz com saber se o comportamento dos pacientes, como veteranos, no dia dos fatos, foi o descrito na peça acusatória, na forma ali detalhada, isto é, se dolosamente provocaram a morte de Edison Tsung Chi Hsueh.

Desde logo, pelas peculiaridades do caso concreto, é importante ressaltar que a alegação de falta de justa causa há de ser examinada com a avaliação dos elementos de convicção que levaram ao oferecimento da denúncia, sem que se esteja a revolver o quadro fático.

Não se operará, pois, a um cotejo de provas controvertidas, elaborando considerações de ordem subjetiva, indiscutivelmente inviável na via eleita, mas sim valoração dos elementos que sustentam a acusação, buscando aferir sua validade para a manutenção da persecução criminal, analisando objetivamente as provas apontadas pelo órgão acusador, em especial, os depoimentos das testemunhas arroladas.

A imputação da prática de crime a alguém há de vir assentada em um mínimo de prova, sem o que é evidente o constrangimento ilegal.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SONEGAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. CARACTERIZAÇÃO.

1. *Em faltando à ação penal, ao tempo mesmo da apresentação da acusatória inicial, um mínimo de suporte probatório, idôneo à demonstração da sua viabilidade, faz-se imperativo que se declare a ausência de sua justa causa, em obséquio do **status dignitatis** do imputado.*

2. *Ordem concedida."*

(HC 19.897/RN, Relator o Ministro **HAMILTON CARVALHIDO**, DJU 15/12/2003)

No auto de exame de corpo de delito - Exame Necroscópico (fl. 279), os sinais encontrados no corpo da vítima, além dos característicos do afogamento, são os seguintes:

"5. Exame Externo: (...)

5.4. *Escoriações difusas em regiões mamária direita, mão direita, coxa esquerda e perna esquerda.*

5.5. *Equimoses violáceas, circulares em flanco esquerdo e contorno anterolateral, terço proximal de coxa esquerda."*

Na conclusão, esclarecem os peritos:

"9.1. *A morte foi consequência de ASFIXIA MECÂNICA, evento terminal, mecanismo de morte, caracterizada por AFOGAMENTO EM RESERVATÓRIO DE ÁGUA DOCE, na forma de submersão direta e completa, evento inicial, causa básica da morte*

9.2. *A morte foi precedida de agonia, da ordem de minutos. Os achados macro e microscópicos indicam fase de luta prolongada.*

9.3. *Os achados descritos no item 5.5 indicam ação contundente, não relacionada ao evento.*

(...)

9.5. *Os achados descritos no item 5.4 são próprios da posição do afogado no fundo do reservatório e ou decorrentes da fase de luta." (fl. 283)*

Em depoimento prestado perante a comissão de sindicância da Universidade de São Paulo, instaurada para apurar o ocorrido no dia do trote, o Dr. Carlos Delmonte, que subscreveu o mencionado laudo, disse, no que interessa:

"(...) Alguns pontos importantes, desde logo, devem ser esclarecidos: a morte ocorreu por afogamento primário completo, vale dizer, o periciado morreu quando entrou na água, tendo seu corpo desde logo permanecido no fundo da piscina. Foram encontradas as seguintes alterações no exame feito: equimoses violáceas na coxa direita e no tronco que podem ser interpretadas como não relacionadas ao evento morte, por terem ocorrido 24 horas (ou mais) antes do afogamento; escoriações múltiplas, isto é, destacamento epidérmico ocorridos em vida, oriundas daquilo que pode ser definido tecnicamente como 'fase de luta'. Neste ponto, faz-se necessária uma breve regressão para afirmar-se que a interpretação errônea do laudo pelo imprensa deveu-se em grande parte à forma irresponsável com que um documento de alta complexidade técnica foi entregue a leigos. Superada esta consideração, passa o depoente a esclarecer que 'fase de luta' é um termo técnico que expressa as cinco fases conhecidas pela literatura como 'fases de Ponsold': estas fases compreendem, não aquilo que o leigo poderia chamar de luta corporal que ocorre entre agressores e agredidos, mas sim as fases em que o ser humano enfrenta quando projetado a um tanque de água; são as seguintes fases: 1) apnéia voluntária; 2) inspiração profunda; 3) parada respiratória; 4) convulsões e 5) morte.(...). Respondendo às perguntas da Comissão, o depoente afirma ser pouco provável a agressão física contra o periciado, posto que as escoriações encontradas, não só por razões morfológicas, mas também pelos locais onde se deram, seriam 'não usuais', vale dizer, não há sinal evidente de luta corporal (expressão esta aqui utilizada por um leigo) pelos indicativos encontrados no corpo. Assim, compreende-se que o periciado não foi vítima de morte violenta decorrente de ação vulnerante contundente externa" (fls. 880/881)

Importante, agora, examinar os depoimentos, na fase policial, das testemunhas arroladas na denúncia:

"Cristiane Wu: *'...que não conheceu a vítima Edison, e não recorda de tê-lo visto no dia do trote; que ficou sabendo do ocorrido no dia seguinte, quando estava na Cidade Universitária; que a depoente informa que é oriental, sendo que não sofreu nenhum tipo de discriminação, e foi muito bem tratada por todos...'* (fl. 54)

Rodrigo Mantovani: *'...que soube da morte da vítima somente no dia seguinte, através de noticiários na televisão, não tendo ido à faculdade naquele dia, pois não havia passado bem a noite, tendo vomitado muito; que retornou para a faculdade somente na quinta-feira, pois na terça-feira à noite, foi para onde reside com seus familiares; que na faculdade todos estavam tristes devido ao ocorrido, não chegando ao seu conhecimento comentários acerca do ocorrido; que é certo que não conhecia a vítima, não lembrando se viu a vítima durante a confraternização, pois todos eram praticamente desconhecidos; que durante a confraternização não presenciou nenhum tipo de violência ou agressão; que neste ato toma conhecimento do nome da vítima como sendo Edison Tsung Chi Hsueh...'* (fls. 58|59)

Paulo Camiz de Fonseca Filho (1º depoimento): *'... que com relação à morte de Edison, informa que soube somente no dia seguinte, quando estava na Cidade Universitária, sendo informado pelos professores, os quais disseram que haviam encontrado um calouro morto no interior da piscina do Clube Atlético; que os únicos comentários que chegaram ao seu conhecimento, seriam especulações, tais como acidente, e ninguém acredita na '... hipótese de homicídio... (sic)'; ... que se recorda que quando estava na piscina os calouros do sexo masculino estavam apenas fazendo uso de shorts, e ao que parece não viu ninguém usando camiseta, tênis ou meia; ...'* (fls. 61|62)

Paulo Camiz de Fonseca Filho (2º depoimento): *'...que da primeira vez que foi ouvido nesta equipe, às fls. 197|199, não informou sobre o ocorrido com o 'Ceará' e o seu grupo no ginásio 'caveirinha', visto que não é relevante como o caso do Edison, pois foi um fato isolado que aconteceu com o depoente; ...'* (fl. 67)

Obs.: o depoente se refere à discussão que teve com 'Ceará', o acusado Frederico, no dia do trote, diante da insistência do veterano em arrastá-lo no chão do ginásio conhecido 'caveirinha'.

Fábio Rodrigo Yoshii: *'...que o depoente informa inicialmente que não chegou a conhecer a vítima Edison e também não a viu no dia 22.02.99; ... que o depoente informa que achou o trote do dia 22.02.99 tranquilo (sossegado), e mesmo tendo sido empurrado na piscina, por um veterano que não conhece, viu aquilo como uma brincadeira; que o depoente não ouviu nenhum tipo de comentário dando conta do que poderia ter ocorrido com o calouro Edison no Clube Atlético.'* (fls. 70|71)

Alfredo Yukio Ando: *'... que exibida ao depoente a fotografia onde retrata a vítima Edison, e após atento exame, informa que não o conhecia, e que não se recorda de tê-lo visto no dia da matrícula e no dia da aula inaugural; que com relação a sua morte, informa que soube no dia seguinte em um 'tour' que faziam pela Cidade Universitária; que informa que não chegou a elaborar qualquer redação informando a respeito do trote; que não viu nenhum tipo de droga; que informa que nada sabe a respeito do ocorrido com o calouro Edison, não podendo fornecer maiores dados a respeito;...'* (fl. 74)

Alexandre Shoji: *'.. Que, quando esteve no 'caveirinha', não viu nenhum tipo de brincadeira; que ficou sabendo do ocorrido com o calouro Edison, o qual não chegou a conhecer e também não se recorda de tê-lo visto no dia 22.02.99 quando estava na Cidade Universitária...'* (fl. 77)

José Carlos Pinto – o vigia do Clube. *'... chegou no mencionado clube, no dia em que ocorria a festa dos calouros, por volta das 18:20|18:30,' ...que, em seguida, por volta das 19:00 horas aproximadamente, o depoente foi fazer uma ronda, quando então bem próximo à piscina, avistou três alunos (todos do sexo masculino), os quais estavam conversando, sendo que não estavam bebendo, e tudo estava normal e retornou para a portaria, sendo que de hora em hora o depoente costumava fazer ronda no interior do clube, sendo certo que em nenhum momento notou nada de estranho'... 'que o depoente informa que por volta das 20:00, não havia mais ninguém na piscina, visto que os refletores estavam apagados...' '..sendo que por volta das 03:00 horas da madrugada fez uma ronda, tendo ido novamente até a piscina, onde mais uma vez, nada de anormal viu;...' 'que o depoente alega que das vezes em que esteve na piscina fazendo rondas, não dava para ver o fundo, devido ao*

fato da água estar misturadas com tintas (saída dos corpos dos calouros, os quais costumam se pintar)...' (fls. 78/79)

Maria do Patrocínio: *'que a depoente informa que não chegou a conhecer o calouro Edison;...' que no dia seguinte a depoente ficou sabendo que havia sido encontrado um corpo na piscina da Atlética e que corresponderia ao de um calouro, sendo assim foi até o clube, porém não chegou a ver o corpo; que diante de tais fatos, a depoente sugeriu que os calouros escrevessem algum tipo de carta ou bilhete falando sobre a trajetória do trote e o que ali ocorreu...' que com referência ao ocorrido com o calouro Edison, nada sabe a respeito.'* (fls. 84/85)

Ouvidas em juízo, essas testemunhas nada esclareceram quanto à descrição operada na denúncia, vale dizer, do agir criminoso atribuído aos acusados.

Repita-se: a leitura minuciosa dos autos, contendo mais de 130 depoimentos, não permite reconhecer que os denunciados tenham praticado qualquer dos atos detalhados na peça de acusação, isto é, impedir que os calouros emergissem da água com golpes de baquetas e pisadas em suas mãos, bem como aplicando-lhes o conhecido "caldo", não existindo nenhuma declaração que os relacione às condutas referidas pelo Ministério Público como causas determinantes da morte da vítima.

Diante desse quadro, forçoso concluir que a peça acusatória está divorciada do que se contém em todos os elementos de convicção carreados ao feito, nos quais não se localiza o menor dado concreto que possa conduzir ao reconhecimento de que a morte de Edison Tsung Chi Hsueh tenha sido fruto da ação dos pacientes.

Sublinhe-se que a Universidade de São Paulo instaurou sindicância para apurar o lamentável episódio, vindo a se afirmar que não foi encontrado qualquer indício de envolvimento dos acusados com a morte da vítima.

Veja-se:

"Neste procedimento prévio apuratório, verificou-se:

- 1. Não há elementos conclusivos quanto à autoria de eventual ato delituoso que tenha acarretado a morte de Edison Tsung Chi Hsueh, assim como também não se sabe se Edison foi empurrado acidentalmente, dolosamente, ou caiu espontaneamente na piscina.*
- 2. Quatro alunos praticaram atos incompatíveis com a civilidade e decoro exigíveis dentro de uma Universidade: Frederico Carlos Jana Neto, Guilherme Novita Garcia, Alfonso Araújo Massanger e Luís Eduardo Passareli Tirico. Merecem, a nosso juízo, pois, sofrer processo administrativo para que tenham as medidas punitivas cabíveis à espécie, garantindo-se ampla defesa quanto aos fatos que se lhe imputam.*
- 3. Certamente muitas outras pessoas tiveram outras participações inadequadas, porém não se logrou apurá-las.*
- 4. É recomendável que a Universidade esclareça à opinião pública as circunstâncias do fato, até mesmo que o local da ocorrência das agressões não é administrado pela FMUSP, mas sim pela Associação Atlética Acadêmica Oswaldo Cruz, entidade dos estudantes. Ressalte-se, ademais, a evidente falta de segurança daquele clube particular, que não provê, sequer, um guarda-vidas para a piscina.*
- 5. É recomendável certa cautela na divulgação dos resultados dos trabalhos desta Comissão, para que não se confunda o trote violento e inadequado praticado pelos alunos acima mencionados com a morte de Edison, posto não se identificar relação de causalidade entre os dois eventos;*
- 6. A Comissão Sindicante sugere aos órgãos da Universidade rigor absoluto na apuração de fatos posteriores relacionados com a recepção de calouros, aplaudindo as decisões da Congregação da FMUSP e do Conselho Universitário da USP de proibírem terminantemente o trote nas dependências da Universidade de São Paulo." (apenso III, fls. 202/203 dos autos originais).*

Diante dessa recomendação, criou-se comissão para apurar a conduta ética dos alunos referidos na sindicância, concluindo-se pela "absolvição dos indiciados por não se haver caracterizado a materialidade do ilícito" (fl. 1.210, autos principais), quais sejam, atos atentatórios à moral e aos bons costumes.

Também o relatório final do inquérito policial, que não contém parecer conclusivo, não apresenta nenhum dado objetivo suficiente a imputar a qualquer pessoa a prática de homicídio, mencionando os depoimentos colhidos,

as cartas anônimas que teriam sido escritas no dia seguinte em razão da iniciativa de uma professora da Universidade procurando elucidar os fatos, a gravação de programa de televisão que contou com a participação anônima de uma suposta estudante, a gravação de fita magnética em que o acusado Frederico Carlos Jana Neto afirma que matou o calouro Edson Tsung Chi Hsueh, bem como o relatório da sindicância efetuada pela instituição de ensino.

Da leitura dos depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação não se encontra qualquer ligação entre os acusados e Edson Tsung Chi Hsueh, não sendo identificados com precisão quem seriam os veteranos que teriam impedido a saída dos calouros da piscina, como se vê do seguinte trecho das declarações, no inquérito, da testemunha Fábio Yoshii:

"... que o depoente reparou que alguns calouros se seguravam na borda da piscina, veteranos que não conhece batiam com as mãos nas mãos dos calouros, dizendo que não era para segurar na borda, e depois começaram a bater nas mãos dos calouros que seguravam na borda com chinelos, sendo que batiam fraco, não tendo nenhuma intenção de machucar, sendo que em determinado momento um veterano que estava vestido todo de branco (camisa, calça e sapato), calcula que seria do 5º (quinto) ou 6º (sexto) ano, pois eles se vestem de branco, ou então um médico já formado, sendo que tem traços orientais, sendo jovem (20/23 anos) e cabelos liso, estava de posse de uma baqueta, se dirigiu até o depoente, o qual estava segurando na borda da piscina e disse: 'tira a mão' e o depoente obedeceu, e depois disse 'coloca a mão', tendo o depoente colocado a mão na borda, tendo então ele batido na mão do depoente com a baqueta, porém bateu fraco, e nesse exato momento o depoente tirou a mão e depois aquele veterano disse para colocar novamente a mão na borda, sendo que não obedeceu, sendo que o veterano 'deu com a baqueta na minha cabeça e deu risada', sendo que bateu fraco, e o depoente viu tudo com tom de brincadeira; que depois disso aquele veterano foi embora, sendo que o depoente informa que não tem condição de reconhecê-lo com precisão, visto que tudo se deu muito rápido..." (fls. 671/672, autos principais) (grifei)

E as de Alfredo Yukio Ando:

"...que após as músicas, os veteranos disseram piscina, e todos pularam na água, sendo que o depoente permaneceu naquela piscina cerca de dez/quinze minutos, e não viu nenhum tipo de brincadeira 'caldo', porém quando foi colocar a mão na borda da piscina, visto que encontrava-se outros calouros também segurando na borda, quando então apareceu um grupo de cinco ou seis veteranos e começaram a pisar nas mãos dos calouros e também jogavam água no rosto dizendo que não era para segurar na borda, e sim ficar nadando, sendo assim o depoente foi para o outro lado da borda, onde ali não havia nenhum veterano e não foi mais incomodado, sendo que não conhece aqueles veteranos, sendo que entre eles havia uma veterana, sendo que não a conhece e também não tem condições de reconhecê-los, sendo que eles não pisavam forte, porém o suficiente para o calouro tirar a mão..." (fl. 682, dos autos principais) (grifei)

E, ainda, da testemunha Alexandre Shoji, esta em Juízo:

"que eu não cheguei a conhecer Edson e não sei se cheguei a vê-lo pois não poderia reconhecê-lo; não me recorde dos 04 acusados no dia do trote; não me recorde de ter visto os calouros serem impedidos de sair da piscina e que tivessem as mãos e as cabeças pisoteadas. Não vi nenhum calouro receber golpes de 'baquetas' de instrumentos musicais para impedir que emergissem da piscina; eu sei o que é caldo; não vi ninguém fazendo caldo em ninguém; não ouvi comentários se esses fatos teriam acontecido." (f. 2.505, autos originais) (grifei)

Todos os depoimentos prestados pelos calouros, alguns revelando que não se incomodaram com as "brincadeiras" dos veteranos, outros se considerando humilhados e desrespeitados, deixam certo que não há como pretender relacionar os pacientes com a morte da vítima.

Importante transcrever também o depoimento prestado pelo calouro Wagner Rodrigues Hernandez na sindicância administrativa, quando afirmou que poderia ter sido ele a vítima, já que entrou na piscina, mesmo sem nadar bem, juntamente com diversas pessoas, sem ser submetido a qualquer tipo de agressão por parte dos veteranos:

"O depoente, mesmo nadando mal e tendo dificuldade para manter-se no meio da piscina (com o batimento dos pés), caiu na água espontaneamente; por nunca ter estado naquela piscina, não conhecia sua profundidade, o que o levou a afundar demais; teve dificuldade para voltar à tona, não só porque a piscina era funda, como também pelo fato de muitas outras pessoas estarem se projetando contra a água logo após a sua entrada; é de se esclarecer que as pessoas que estavam sentadas na arquibancada, nas fileiras da frente, acabaram caindo antes do que as demais e tiveram mais dificuldade para voltar à tona, porque muitas outras pessoas estavam caindo enquanto que as primeiras voltavam à superfície; o depoente chegou a beber um pouco de água e as pessoas se acotovelavam dentro da piscina; havia mais ou menos trinta pessoas; no dia seguinte, quando soube da morte do Edison, o depoente imaginou que poderia ter sido ele a vítima; depois da piscina, foi o depoente para o ginásio 'Caveirinha', onde comeu, bebeu, dançou, enfim, se divertiu; não levou qualquer trote mais contundente e nem viu qualquer veterano dar um trote mais violento." (fl. 149 da sindicância)

No entanto, ainda que fossem veementes todos os depoimentos (e não o são) em afirmar que houve excessos, violência, agressões e abusos no "trote", tais elementos de prova não se mostram suficientes para sustentar a acusação de homicídio qualificado imputada aos réus, por não existir, como acentuado, o menor indício de que o óbito da vítima tenha resultado dessas práticas.

Finalmente, uma palavra sobre a fita contendo declaração de Frederico Carlos Jana Neto admitindo ser o autor do homicídio.

Os autos revelam que tudo não passou de uma brincadeira, de muito mau gosto, diga-se, em festa de estudantes, não sendo a pretensa confissão levada a sério e sequer mencionada pelo órgão da acusação.

A conclusão a que se chega certamente não é aquela pretendida por alguns, mas a verdade é que os autos não contêm elementos suficientes para dar curso à ação penal movida contra os pacientes por homicídio qualificado, isto sem deixar, mais uma vez, de lamentar profundamente a morte trágica do jovem Edison Tsung Chi Hsueh.

Diante do exposto, concedo a ordem para determinar o trancamento, por falta de justa causa, da ação penal a que respondem os pacientes por homicídio doloso, estendendo-a, de ofício, a Luís Eduardo Passarelli Tirico e Guilherme Novita Garcia.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 20020067981-1

HC 22824/SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 23099 3476403

EM MESA

JULGADO: 24/06/2004

Relator

Exmo. Sr. Ministro **PAULO GALLOTTI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HAMILTON CARVALHIDO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CLÁUDIA SAMPAIO MARQUES**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSÉ ROBERTO BATOCHIO E OUTROS
 IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 PACIENTE : FREDERICO CARLOS JANA NETO
 PACIENTE : ARI DE AZEVEDO MARQUES NETO

ASSUNTO: Penal - Crimes contra a Pessoa (art.121 a 154) - Crimes contra a vida - Homicídio (art. 121) - Qualificado

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentaram oralmente o Dr. José Roberto Batochio pelos pacientes e a Dra. Cláudia Sampaio Marques, Subprocuradora-Geral da República.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto do Sr. Ministro Relator concedendo a ordem, com extensão de ofício ao HC 22963/SP e RHC 12803/SP, pediu vista o Sr. Ministro Paulo Medina. Aguardam os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa, Nilson Naves e Hamilton Carvalho."

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalho.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 24 de junho de 2004

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
 Secretário

HABEAS CORPUS N° 22.824 - SP (2002/0067981-1)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO MEDINA: Cuida-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, contra decisão proferida pela Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Frederico Carlos Jaña Neto, Ari de Azevedo Marques Neto (HC 22.824/SP), Guilherme Novita Garcia (RHC 12.803/SP) e Luís Eduardo Passarelli Tirico (HC 22.923/SP) foram denunciados pela pretensa prática do delito descrito no art. 121, § 2º, III, na forma do art. 29, ambos do Código Penal.

Visando o trancamento da ação penal, foram impetrados *habeas corpus* perante o Tribunal *a quo* ao argumento de que a exordial acusatória era inepta, tanto formal como substancialmente, vez que além de não descrever quais as condutas criminosas imputadas aos Pacientes, não veio a denúncia amparada por elementos mínimos a comprovar os fatos.

A pretensão fora denegada e, portanto, pelos mesmos motivos, a presente impetração.

O Ministério Público é pela concessão parcial do *writ*, tão-somente, para, impedir o indiciamento dos Pacientes e Recorrente.

Passo a analisar em conjunto os dois *mandamus* (22.824 e 22.923) e o RHC (12.803), devido à idêntica situação jurídica dos envolvidos.

Trata-se de famoso caso ocorrido na Capital Paulista envolvendo estudantes do curso de Medicina da Universidade de São Paulo.

Em 22 de fevereiro de 1999, após o tradicional "trote" aplicado aos "calouros", consistente em atirar ovos, farinha e tinta, os estudantes - calouros e veteranos - encaminharam-se para a "Associação Atlética Acadêmica Oswaldo Cruz" onde se deu o churrasco de confraternização.

Antes, porém, lavaram-se e sentaram-se em arquibancadas próximas à piscina do clube e, ali, os alunos mais antigos ensinavam aos calouros os hinos da associação e da faculdade em que acabavam de ingressar.

Como era dia de calor intenso, em certa hora, o Paciente Ari teria proferido determinado "grito de guerra" e, em seguida, em coro, os alunos começaram a bradar "piscina, piscina, piscina", precipitando dezenas, ou até centenas, de estudantes na água.

Logo depois, foram para a "barraca de churrasco" e ginásio do clube onde continuaram as comemorações até o começo da noite.

Ocorreu, contudo, um fato de extrema relevância e discutido nestes autos: a morte do calouro Edison Tsung Che Hsueh, por asfixia, em virtude de afogamento e pela qual são responsabilizados os Pacientes e os outros dois co-réus citados.

Esses são os fatos, incontrovertidos.

Aduzem, em síntese, os Impetrantes:

1. que a inicial não narra com a devida precisão quais as condutas delituosas porventura praticadas pelos acusados ou qual seria a participação de cada um no crime, comprometendo a elaboração da defesa, pois não se saberia sobre qual fato estaria se referindo o Ministério Público;
2. que - após longas considerações de ordem probatória - não há evidências de que os Acusados tenham praticado ou participado da morte do estudante, pois não veio a denúncia acompanhada de elementos de convicção a demonstrar, nem perfunctoriamente, a sua plausibilidade, o que comprova a ausência de justa causa para a ação.

Cumpre, inicialmente, examinar o segundo fundamento da impetração, ou seja, a falta de justa causa que estaria a configurar o constrangimento ilegal a ser sanado.

Como é notório, tem o *habeas corpus* procedimento célere, de cognição sumária e, à evidência, não comporta análise fático-probatória, providência de competência exclusiva dos órgãos judiciários ordinários.

Impõe-se, contudo, distinguir as situações processuais.

Uma coisa é enveredar-se nos tortuosos caminhos de elucubrações sobre os elementos probatórios trazidos ou não aos autos durante o processo judicial e sua valoração para firmar-se o juízo de culpabilidade, outra bem diferente é a demonstração de que o teor da denúncia carece de mínimo suporte probatório a indicar a veracidade da narrativa ministerial.

É certo que, como tive oportunidade de salientar em outras ocasiões, impossível conhecer de quaisquer procedimentos judiciais, de natureza contraditória ou não, sem adentrar em aspectos probatórios.

O que não se permite na apertada via mandamental é expandir, dilatar, remexer, a matéria fática a partir das provas produzidas. Para verificar, porém, se as alegações expendidas pelo *Parquet*, como órgão acusador, estão embasadas na realidade, de forma a se evidenciar o alegado constrangimento ilegal, é imprescindível investigar provas que, lado outro, devem vir pré-constituídas pelo impetrante.

É sabido que, além da obediência às prescrições contidas no art. 41 do Código de Processo Penal, deve vir a exordial lastreada em indícios mínimos que autorizem presumir a real ocorrência do fato criminoso que se imputa a alguém, pena de instaurar-se processos criminais temerários e abusivos em prejuízo do *status dignitatis* do cidadão.

Com efeito, a ação penal inicia-se a partir de elementos que, *prima facie*, não têm o condão de traduzir a realidade narrada na denúncia ou queixa, visto que ainda inexistente o contraditório a possibilitar ao acusado apontar suas versões sobre eles ou até desconstituí-los, de modo a revelar outra realidade.

Nesses casos, há que se receber a denúncia para averiguar, dentro do devido processo legal, a viabilidade da acusação e o apontamento de responsabilidade penal, se for a hipótese. Prevalece, nessa oportunidade, os critérios fixados pela máxima *in dubio pro societate*.

Essa sistemática permite estabelecer, portanto, duas hipóteses distintas no processo e, por óbvio, também resoluções diversas: (1) a existência de indícios ou elementos probatórios mínimos que, ainda que não consigam demonstrar a realidade retratada na inicial acusatória, autorizam seu recebimento para averiguação dos fatos; (2) a inexistência de elementos indiciários para fazer subsistir a denúncia ofertada pelo *Parquet*, barreira intransponível à instauração da ação penal.

Na primeira hipótese, cabe afirmar ser o *habeas corpus* instrumento inadequado a discutir qualquer matéria probatória, visto que há justa causa para a ação e o procedimento de cognição é o meio processual correto para deslindar os fatos em apuração.

A seu turno, a segunda hipótese não cuida de revolvimento de matéria fática, mas do próprio pressuposto de existência de um processo criminal. Carecendo a denúncia de suporte indiciário mínimo a permitir mera suspeita de real ocorrência dos fatos narrados, não há sequer que se iniciar o processo, pena de caracterizar o constrangimento ilegal, calcado na falta de justa causa da ação.

É dessa segunda hipótese que estou a tratar, o que, à evidência, determina análise de prova que, repito, não corresponde à discussão do produto da instrução - o que não é aqui permitido -, mas de fase anterior que remonta ao próprio ato de recebimento da exordial.

Por outro lado, o *habeas corpus* é procedimento desprovido de contraditório, em que o constrangimento ilegal deve emergir patente, sem que seja necessário acurada análise de elementos probatórios ou indiciários para visualizá-lo, ainda que se cuide de hipótese de ausência de justa causa para a ação penal, consistente na falta de embasamento probatório mínimo da denúncia.

In casu, são mais de 130 depoimentos colhidos durante o procedimento investigativo preliminar, o que permite afirmar não ser a via do *writ* adequada a sanar constrangimento ilegal porventura existente, eis que haveria a necessidade de perquirir-se o teor de tais depoimentos. Vale dizer, a complexidade do caso impede saber se realmente a ação penal está desprovida de justa causa.

Assim, nessa parte não conheço do *mandamus*.

Sob outro enfoque, alegam os Impetrantes que a inicial acusatória não narrou quais as condutas criminosas praticadas pelos Pacientes.

Expõe a denúncia:

"(...) Noticiam os inclusos autos de Inquérito policial que, no período vespertino do dia 22 de fevereiro de 1999, na sede da 'Associação Atlética Acadêmica Oswaldo Cruz' - A.A.A.O.C. -, localizada na Rua Artur de Azevedo, número 01, no bairro de Pinheiros, nesta cidade e comarca, os agentes retro apontados, em concurso e mediante asfixia mecânica por afogamento, **mataram Edison Tsung Chi Hsueh**, consoante o **laudo de exame de corpo de delito - exame necroscópico** - de fls. 273 a 280.

Apurou-se que, na data e local do fato, os agentes, que eram veteranos do curso de Medicina da Universidade de São Paulo, reunidos para o mesmo desiderato, estavam recepcionando os calouros, dentre as quais a vítima, em prática denominada 'trote'.

Consistia o 'trote' em ritual de atos praticados por veteranos nos calouros. Assim, após a aula inaugural ministrada no teatro da Faculdade, os calouros foram despojados de seus pertences mais perecíveis, guardados em sacos plásticos previamente etiquetados com seus nomes. Em seguida, somente com vestimenta básica e atados com barbantes pelos pulsos, em grupos, foram submetidos a atos vexatórios, como arremesso de ovos, água e farinha, tendo, ainda, seus corpos pintados e levados para a Avenida Doutor Arnaldo, tudo pelos veteranos. Rumaram, então, para a sede da aludida Associação Atlética onde, prosseguindo-se no ritual, foram levados para o bosque ali existente e lavados com água e sabão em pó pelos veteranos. Ato contínuo, foram encaminhados e acomodados na arquibancada da piscina, para a realização do 'batismo', o ápice do ritual.

Nesse momento, os agentes **LUIS EDUARDO**, **GUILHERME** e **FREDERICO**, ajustados que estavam na continuidade do 'trote', aguardaram o comando de **ARY**, também com eles conluiado, expressado em grito de guerra para, então, compelir os calouros, em número aproximado de cem, a ingressarem na água, mesmo contra as suas vontades. Uma vez dentro da piscina, os calouros foram impedidos de sair, porquanto tinham suas mãos e cabeças pisoteadas, além de receberem golpes com 'baquetas', de instrumentos musicais, tudo de forma a impedir que emergissem. Foram, ainda, submetidos a abuso dentro da água, em prática conhecida por 'caldo', assumindo, pois, os agentes, indiscutivelmente, o risco de causar o resultado morte.

A vítima, caloura, submetida ao ritual do 'trote', foi compelida pelos agentes a ingressar na piscina, sofrendo, no interior desta, morte por **asfixia**, mecânica por afogamento." (fls. 152-153). (Grifos no original).

Este é, em suma, o teor da acusação que recai sobre os Pacientes.

Insta trabalhar com dois conceitos materiais para resolução da *quaestio*, quais sejam, **conduta** e **nexo causal**.

Conduta no Direito Penal, como tecnicamente deve ser compreendida, equivale, na espécie, à prática voluntária e consciente de ato ou atos que, dolosa ou culposamente, geram lesão ou expõem a perigo concreto bem jurídico penalmente tutelado - adoto aqui a construção filosófica de HARTMANN e sistematizada por WELZEL.

ROXIN, discorrendo sobre a Teoria Finalista da Ação, leciona que para

"Welzel la 'finalidad' o 'carácter final' de la acción se basa en 'que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever en cierta medida las posibles consecuencias de su actuación, fijarse por ello diversos objetivos y dirigir planificadamente su actuación a la consecución de esos objetivos'. 'Actividad final es una producción consciente de efectos partiendo de un objetivo', la cual, 'supradetermina finalmente' el curso causal externo". (ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Madrid: Ed. Civitas, 1997, p. 239).

(**Tradução:** Welzel a "finalidade" ou "caráter final" da ação baseia-se em "que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever em certa medida as possíveis conseqüências de sua atuação, determinar, por

ele, objetivos diversos e dirigir, de forma planejada, sua atuação até a consecução de seus objetivos". "Atividade final é uma produção consciente de efeitos partindo de um objetivo", o qual, "supradetermina finalmente", o curso causal externo.)

Assim, para que haja crime doloso existe a necessidade do agente conhecer os resultados antes mesmo de praticar a conduta e, buscando-os de forma consciente e voluntariosa, materializar sua vontade através do agir, ou como diz WELZEL, "a ação humana é o exercício da uma atividade final" (*idem, ibidem*).

Quanto ao tema da relação de causalidade, pode-se afirmar que o resultado só pode ser imputado a alguém quando o evento tiver ocorrido em virtude da conduta praticada - como causa, concausa ou condição -, vale dizer, quando estiver na linha de desdobramento físico ou lógico da ação, ou, ainda, se for conseqüência natural da conduta.

Ainda que em âmbito teórico-doutrinário haja intensos debates em relação a diversos aspectos que envolvem a causalidade, utilizarei os conceitos da teoria da *conditio sine qua non*, adotada pela legislação brasileira (art. 13, CP). Segundo seus postulados

"A relação causal desenvolve-se dentro da ação juridicamente considerada e fundamenta apenas, praticamente, a existência de determinada ação - comportamento e resultado - como fisicamente imputável ao agente, ação que poderá servir de suporte aos atributos-valores do conceito de crime. Mas em si mesma a relação causal não importa em nenhum juízo de caráter jurídico-penal. Este só virá depois que se tenha verificado na ação a presença das características da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. O comportamento do agente pode ser naturalisticamente causal em relação ao resultado e escapar à ação do Direito Penal por não ser típico, ou não ser antijurídico, ou não ser culpável. É claro, assim, que nem todo curso causal é relevante para o Direito, mas somente aquele em que a ação praticada pelo sujeito se reveste das características de fato punível." (BRUNO, Aníbal. Direito Penal: Parte Geral - Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 206). (Grifei).

Por sua vez, ZAFFARONI E PIERANGELI, citando HENRIQUE BACIGALUPO, ensinam que "somente é relevante a causalidade material dirigida pela vontade de acordo com um fim" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 472).

Complementado a teoria da equivalência, JOHAN THYRÉN criou o denominado **método hipotético de eliminação**, a fim de verificar se determinada conduta foi a causa do evento criminoso. A sistemática consiste em, mentalmente, excluir os acontecimentos, naturais e humanos, um a um, retrocedendo ao resultado. Se, eliminada alguma fase, o resultado ainda permanecer, que dizer que aquele acontecimento não foi a sua causa.

Esses ensinamentos teóricos devem ser reproduzidos, na prática, a partir do fato concreto e das suas circunstâncias, dentro da melhor técnica processualística, ou seja, do garantismo penal.

Quero dizer que, as normas insculpidas no art. 5º, LV (princípio do contraditório e ampla defesa), da Constituição da República e art. 41 do Código de Processo Penal, determinam que o órgão acusador narre, na exordial, qual fato criminoso praticou o réu, sendo inaceitável a descrição genérica, sem imputação certa, sem que se mencione - dentro da sistemática do conceito material de ação - o objetivo criminoso do pretense agente como causa da ação que se lhe atribui, sem que se estabeleça a causalidade.

Isso pressupõe não só a narrativa da conduta, *strictu senso*, mas de todos os requisitos que compõem o conceito analítico de crime, como o resultado, o nexos causal, a tipicidade, além de referir-se à antijuridicidade e culpabilidade.

Não é outra a lição de AFRÂNIO SILVA JARDIM:

"O art. 41 exige que a denúncia ou queixa contenha a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, razão pela qual três hipóteses podem ocorrer:

a) o autor da ação, ao narrar os fatos circundantes da ação principal, faz uma imputação da conduta 'criminosa', como quer a lei, ou seja, tipicidade, ilicitude e culpabilidade. A acusação é apta.

b) o autor narra tão-somente a conduta principal, sem descrever as suas circunstâncias, que permitiriam examinar, em tese, a sua ilicitude e culpabilidade. Nessa hipótese, a peça acusatória deverá ser rejeitada por inépcia, (art. 41, c/c art. 564, inc. IV).

c) o autor, ao narrar as circunstâncias da conduta típica, acaba por atribuir ao réu uma ação lícita e não reprovável e, neste caso, a peça acusatória também não deve ser recebida, nos termos do art. 43, inc. I, do Código de Processo Penal." (JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 98).

Deve, portanto, o Ministério Público narrar quais foram as ações praticadas e o que delas decorreu, estabelecendo os respectivos liames.

Expôs o *Parquet* condutas das mais corriqueiras no interior ou nas proximidades de tradicionais instituições de ensino superior. A prática de 'trote', como são conhecidas as brincadeiras festivas de comemoração de ingresso nas principais universidades do país, foi narrada de forma sensacionalista, equiparando-a a "ritual", que, como é notório, traduz um conjunto de atos formais, sacramentais, visando a um determinado objetivo, principalmente religioso. Termo que muitas vezes é utilizado para descrever sacrifícios, de animais ou humanos, de povos pretéritos.

A bem da verdade, nenhuma conduta criminosa é descrita até logo após o chamamento, pelos veteranos, para que os calouros precipitassem na água.

Ora, quando houve a convocação para que pulassem na piscina, todos os alunos, veteranos e calouros, aderiram à proposta e assim agiram. Seria absurdo imaginar que, como quer fazer entender o Ministério Público, quatro alunos - **os Pacientes - tivessem o poder físico ou moral para arrastar mais de uma centena de estudantes para dentro d'água.**

A partir do momento que, pessoas com o devido discernimento - jovens aprovados em um dos vestibulares mais difíceis do País -, atiram-se na piscina, não há que se falar que os Pacientes foram os responsáveis pelo infeliz acontecimento. Seria ressuscitar a famigerada responsabilidade objetiva, há muito proscrita do nosso ordenamento.

Dando continuidade à exposição, o Ministério Público diz que os calouros foram impedidos de sair da piscina, "*porquanto tinham suas mãos e cabeças pisoteadas, além de receberem golpes com 'baquetas', de instrumentos musicais (...). Foram, ainda, submetidos a abuso dentro da água, em prática conhecida por 'caldo'*".

Em nenhum momento alcançou o Ministério Público demonstrar - pois sequer mencionou - que as práticas narradas foram direcionadas à produção do resultado. Não discorre sobre o *animus necandi* que estaria a governar as condutas do Pacientes.

Na **teoria finalista da ação** - adotada maciçamente no Brasil - o dolo está inserido na conduta e, para demonstrá-la, deve-se ao menos referir-se, fundamentadamente, ao dolo, conforme a doutrina de Welzel.

Além disso - agora sob o prisma da causalidade - vê-se que não se imputa essas práticas a ninguém. Não se sabe, por isso, se foram os Pacientes ou outros veteranos que assim agiram.

Por outro lado, se foram os Pacientes a impedir a saída da água, não se mencionou, nem superficialmente, qual deles praticou a conduta. Quem pisou nas mãos e cabeças? Quem utilizou de baquetas? Quem aplicou os 'caldos'? São afirmativas desprovidas da precisão necessária e exigida pelo art. 41, CPP.

E mesmo que tenham sido atribuídas aos Pacientes, poderiam ser responsabilizados por homicídio doloso, ainda mais qualificado?

Além disso, o *Parquet* não logrou estabelecer a causalidade entre as condutas (que não se sabe quem praticou) e o resultado morte. Apenas afirma que a vítima fora compelida a entrar na água.

Ora, qual a conduta que deu causa ao evento? A coação sobre o calouro para que entrasse na piscina ou foram as pisadas sobre sua cabeça? Foram as pisadas sobre suas mãos ou as "baquetadas" recebidas?

Nem utilizando do **método hipotético de eliminação** de Thyrén chega-se à conclusão de que foram os Pacientes os responsáveis pelo resultado danoso. Eliminando-se mentalmente as condutas, ainda assim o resultado continua a existir.

Aqui vislumbra-se que o nexos causal não foi estabelecido.

Reina, pois, insuperável obscuridade na narrativa ministerial.

Soma-se a tudo isso, tratar-se a questão de concurso de pessoas. Assim,

"é necessário que a denúncia especifique qual o comportamento de cada um dos co-autores ou partícipes e como ele concorreu para o resultado" (MIRABETE, Julio Fabbrini. Código de Processo Penal Interpretado. São Paulo: Atlas, 1995, p. 89).

O entendimento desta Corte é no sentido de declarar a inépcia da denúncia quando não narradas, individualizadamente, as condutas dos co-réus ou não estabelecer o nexos causal entre elas e o resultado:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. INÉPCIA. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CAUSALIDADE.

Não se cogitando de crime societário, é inepta a denúncia que, no caso de crime cometido em concurso de pessoas, atribui aos acusados conduta genérica, sem descrever condutas autônomas em relação ao delito. Nesse sentido: HC 4955-RJ, Rel. Min. José Arnaldo, DJ 09.06.97.

(...)

Írrito ao ordenamento jurídico-penal a decretação de prisão preventiva assentada em denúncia que não aponta fato algum delituoso, nem mesmo de forma genérica, limitando-se a dizer que 'os pacientes participaram de qualquer forma para a prática do crime em questão', sem revelar em que consistiu essa participação. É de se conceder a ordem, expedindo-se alvará de soltura e anulando-se o aditamento à denúncia, sem prejuízo de, presentes indícios dos quais se vislumbre a sua participação no ilícito, virem a ser denunciados, na forma da lei." (HC 8883 / SP ; Fonte DJ DATA:31/05/1999 PG:00162. JSTJ VOL.:00007 PG:00410. Relator Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA)

"PENAL. PROCESSUAL. DENUNCIA. INEPCIA. TRANCAMENTO. "HABEAS CORPUS".

1. HA INEPCIA NA DENUNCIA QUE NÃO DESCREVE O MODO COMO CADA ACUSADO CONCORREU PARA O CRIME. JUSTA CAUSA PARA TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

2. "HABEAS CORPUS" CONHECIDO COMO SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINARIO;

PEDIDO DEFERIDO." (HC 4832 / SP ; Fonte DJ DATA:09/03/1998 PG:00129.Relator Min. EDSON VIDIGAL).

A denúncia expõe as circunstâncias em que se deu o 'trote', mas quando busca narrar os fatos que poderiam corresponder a delitos, não passa de um amontoado de afirmações sem qualquer nexo lógico a concluir pela existência de crime doloso, quando, intuitivamente, o máximo que se poderia atribuir - caso individualizadas as condutas - seria delito culposos.

É certo que a denúncia, para atender às prescrições legais, deve conter os sujeitos ativos (*quis*), os meios empregados para atingir o resultado criminoso (*quibus auxiliis*), o resultado (*quid*), o lugar do delito (*ubi*), os motivos (*cur*), o modo pelo qual foi praticado o crime (*quomodo*) e o tempo do fato (*quando*).

Vê-se que a exordial acusatória é desprovida do *quibus auxiliis* e *quomodo*, pelo que contraria tanto a determinação processual, quanto à garantia da defesa ampla e contraditório.

Posto isso, conheço parcialmente do *writ*, e, nessa parte, CONCEDO a ordem para trancar a ação penal pela inépcia formal da denúncia.

HABEAS CORPUS Nº 22.824 - SP (2002/0067981-1)

VOTO-VOGAL

EXMO. SR. MINISTRO HÉLIO QUAGLIA BARBOSA:

Senhor Presidente, concedo a ordem de habeas-corpus nos termos do voto de V. Ex^a, por falta de justa causa.

HABEAS CORPUS Nº 22.824 - SP (2002/0067981-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Sr. Presidente, pensei em ter vista dos autos a fim de, com eles em mãos, melhor justificar a minha posição. Verifico, no entanto, que, de uma maneira ou de outra, o habeas corpus já está decidido. Ora, entre a inépcia formal e a falta de justa causa, prefiro ficar com a falta de justa causa. Concedo a ordem de habeas corpus, de acordo com a posição de V. Exa. Nesse particular, peço vênias ao Paulo Medina.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2002/0067981-1

HC 22824/SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 23099 3476403

EM MESA

JULGADO: 17/08/2004

Relator

Exmo. Sr. Ministro **PAULO GALLOTTI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **PAULO GALLOTTI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CLÁUDIA SAMPAIO MARQUES**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSÉ ROBERTO BATOCHIO E OUTROS
 IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 PACIENTE : FREDERICO CARLOS JANA NETO
 PACIENTE : ARI DE AZEVEDO MARQUES NETO

ASSUNTO: Penal - Crimes contra a Pessoa (art.121 a 154) - Crimes contra a vida - Homicídio (art. 121) - Qualificado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo Medina que conhecia parcialmente da ordem e a concedia, para trancar a ação penal por inépcia da inicial, com extensão ao HC 22.963/SP e RHC 12.803/SP, e dos votos dos Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa e Nilson Naves, que acompanharam o Sr. Ministro Relator, pediu vista o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido."

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 17 de agosto de 2004

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

Secretário

HABEAS CORPUS Nº 22.824 - SP (20020067981-1)

VOTO-VISTA

(VENCIDO)

EXMO. SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO:

Senhor Presidente, por fatos ocorridos em 22 de fevereiro de 1999, os pacientes Frederico Carlos Jana Neto e Ary de Azevedo Marques Neto, juntamente com Luis Eduardo Passarelli Trico e Guilherme Novita Garcia, vieram-se denunciar como incurso na sanção do delito tipificado no artigo 121, parágrafo 2º, inciso III, combinado com o artigo 29, ambos do Código Penal.

É esta a letra da denúncia:

"(...)

*Noticiam os inclusos autos de Inquérito Policial que, no período vespertino do dia 22 de fevereiro de 1999, na sede da 'Associação Atlética Academia Oswaldo Cruz' - A. A. O. C. -, localizada na Rua Artur de Azevedo, número 01, no bairro de Pinheiros, nesta cidade e comarca, (...), em concurso e mediante asfixia mecânica por afogamento, **matarem Edison Tsung Chi Hsueh** consoante o **laudo de exame de corpo de delito - exame necroscópico** - de fls. 273 a 280*

Apurou-se que, na data e local do fato, os agentes, que eram veteranos do curso de Medicina da Universidade de São Paulo, reunidos para o mesmo desiderato, estavam recepcionando os calouros, dentre os quais a vítima, em prática denominada 'trote'.

Consistia o 'trote' em ritual de atos praticados por veteranos nos calouros. Assim, após a aula inaugural ministrada no teatro da Faculdade, os calouros foram despojados de seus pertences mais perecíveis, guardados em sacos plásticos previamente etiquetados com seus nomes. Em seguida, somente com vestimenta básica e atados com barbantes pelos pulsos, em grupos, foram submetidos a atos vexatórios, como arremesso de ovos, água e farinha, tendo, ainda, seus corpos pintados e levados para a Avenida Doutor Arnaldo, tudo pelos veteranos.

Rumaram, então, para a sede da aludida Associação Atlética onde, prosseguindo-se no ritual, foram levados para o bosque ali existente e lavados com água e sabão em pó pelos veteranos. Ato contínuo, foram encaminhados e acomodados na arquibancada da piscina, para a realização do 'batismo', o ápice do ritual.

*Nesse momento, os agentes **LUIS EDUARDO, GUILHERME** e **FREDERICO**, ajustados que estavam na continuidade do 'trote', aguardavam o comando de **ARY**, para, então, compelir os calouros, em número aproximado de cem, a ingressarem na água, mesmo contra as suas vontades. Uma vez dentro da piscina, os calouros foram impedidos de sair, porquanto tinham suas mãos e cabeças pisoteadas, além de receberem golpes com 'baquetas' de instrumentos musicais, tudo de forma a impedir que emergissem. Foram, ainda, submetidos a abuso dentro da água, em prática conhecida por 'caldo', assumindo, pois, os agentes, indiscutivelmente, o risco de causar o resultado morte.*

A vítima, caloura, submetida ao ritual de 'trote', foi compelida pelos agentes a ingressar na piscina, sofrendo, no interior desta, morte por asfixia mecânica por afogamento.

(...)" (fls. 152/153).

Recebida a denúncia, impetrou a defesa **habeas corpus** na Corte de Justiça Estadual, alegando inépcia da denúncia, por deficiência na narração do fato e falta de individualização das condutas dos acusados, o qual restou denegado.

Daí, a presente impetração, em que se objetiva o trancamento da ação penal, por:

a) inépcia da denúncia, uma vez que se ressentia da "(...) descrição pormenorizada e individualizada daquilo que teria consistido cada uma das ações concretas dos pacientes caracterizadoras da infração definida no artigo 121, § 2º, inciso III, do Código Penal." (fls. 24/25), sendo certo, por isso, que "(...) para o efetivo exercício do direito de defesa dos Pacientes se faria necessário que a exordial acusatória apontasse de forma precisa e objetiva qual teria sido a conduta ilícita que supostamente teriam eles realizado a provocar o resultado." (fls. 29/30);

b) inexistência de justa causa, por ausência de tipicidade, eis que "(...) as investigações restaram inconclusivas no sentido de que tenha havido homicídio no caso presente. Seja, doloso, seja culposos.

Alegam, nesse tanto, "(...) completa ausência de vínculo subjetivo, como se demonstrou, carece de nexo de causalidade a conduta dos Pacientes (que conduta, aliás?), que para coisa alguma concorreram."

O Ministério Público Federal veio pela concessão parcial da ordem, apenas para "(...) suspender o indiciamento dos acusados após o recebimento da denúncia." (fl. 171).

O Ministro Paulo Gallotti, Relator, concedeu a ordem, "(...) para determinar o trancamento, por falta de justa causa, da ação penal a que respondem os pacientes por homicídio doloso, estendendo a ordem de **habeas corpus**, de ofício, a Luis Eduardo Passarelli Tirico e Guilherme Novita Garcia."

Pedi vista dos autos, para melhor examinar a espécie.

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça permanece firme na compreensão de que o trancamento da ação penal, na via angusta do **habeas corpus**, enquanto medida de exceção, somente se admite quando caracterizada "(...) a atipicidade de conduta, incidência de causa de extinção da punibilidade, ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, ou, ainda, a indiscutível deficiência da peça vestibular (...)" (Cf. HC 13.663/MG, Relator Ministro Jorge Scartezini *in* DJ 18/6/2001), que se devem mostrar evidentes, **primus ictus oculi**.

Demais disso, em faltando à Acusação Pública, quando do oferecimento da denúncia, elementos bastantes ao rigoroso atendimento do seu estatuto de validade (Código de Processo Penal, artigo 41), mormente nos casos de concurso de agentes, segue-se entendendo como válida a imputação genérica do fato-crime, sem a particularização minuciosa das condutas dos agentes, co-autores e partícipes, até porque admite a lei processual penal vigente que as omissões da acusatória inicial possam ser supridas a todo tempo antes da sentença final (Código de Processo Penal, artigo 569).

Nesse sentido:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ECONOMIA POPULAR E ESTELIONATO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. INÉPCIA DA DENÚNCIA.

I - Não há inépcia da denúncia que, ao imputar a prática de delito societário ao acusados, deixa de individualizar pormenorizadamente a conduta de cada um deles, mas fornece dados suficientes à admissibilidade da acusação, permitindo a adequação típica (Precedentes).

II - O trancamento de ação por falta de justa causa, na via estreita do writ, somente é viável desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, hipóteses não ocorrentes na espécie.

*III - Não se pode discutir a ausência de justa causa para a propositura da ação penal, em sede de habeas corpus, se necessário um minucioso exame do conjunto fático-probatório em que sucedeu a infração. Recurso desprovido." (RHC 14.081/MG, Relator Ministro Felix Fischer, *in* DJ 08/09/2003).*

É também o que se recolhe na doutrina de Damásio de Jesus:

*"(...) Ultimamente, entretanto, o Pretório Excelso e o STJ vêm abrandando esse rigor e permitindo que, nos delitos societários ou coletivos, principalmente quando a acusação não tem elementos no inquérito policial, a denúncia faça uma narrativa genérica do fato, sem especificar a conduta de cada participante (RHC 58.544, DJU 13.2.81, p. 752, RTJ 101/563; RHC 58.802, DJU 4.9.81, p. 8556, RTJ 114/228; e RHC 65.491, 2ª Turma, em 16.10.87. DJU 20.11.87, p. 26010; no mesmo sentido: TJSP, RT 538/352; STJ, RHC 2.768, 6ª Turma, DJU 16.8.93, p. 15996; e STJ, HC 2.840, RT 713/402)" (*in* Código de Processo Penal Anotado, 13ª edição, Saraiva, págs. 43/44).*

In casu, a inicial acusatória, ao contrário do que se alega, mostra-se ajustada à norma inserta no artigo 41 do Código de Processo Penal, eis que descreve, **quantum satis**, o fato-crime, tal como praticado, com todas as suas circunstâncias, de modo que não há falar, por certo, em obstáculo ao exercício do direito de defesa dos pacientes e conseqüentemente em trancamento da ação penal.

Na espécie, repise-se, o que exsurge da inicial é que os acusados, veteranos do curso de Medicina coordenaram e controlaram o ritual do "trote", culminando com o "batismo" na piscina, daí por que "Rumaram, então, para a sede da aludida Associação Atlética onde, prosseguindo-se no ritual, foram levados para o bosque ali existente e lavados com água e sabão em pó pelos veteranos. Ato contínuo, foram encaminhados e acomodados na arquibancada da piscina, para a realização do 'batismo', o ápice do ritual. Nesse momento, os agentes **LUIS**

EDUARDO, GUILHERME e **FREDERICO**, ajustados que estavam na continuidade do 'trote', aguardavam o comando de **ARY**, para, então, compelir os calouros, em número aproximado de cem, a ingressarem na água, mesmo contra as suas vontades. Uma vez dentro da piscina, os calouros foram impedidos de sair, porquanto tinham suas mãos e cabeças pisoteadas, além de receberem golpes com 'baquetas' de instrumentos musicais, tudo de forma a impedir que emergissem. Foram, ainda, submetidos a abuso dentro da água, em prática conhecida por 'caldo', assumindo, pois, os agentes, indiscutivelmente, o risco de causar o resultado morte. A vítima, caloura, submetida ao ritual de 'trote', foi compelida pelos agentes a ingressar na piscina, sofrendo, no interior desta, morte por asfixia mecânica por afogamento.(...) (fls. 152/153).

A conduta, a imputação objetiva do resultado, a assunção, pelo menos, do risco da sua produção e o domínio dos fatos pelos agentes, mostram-se, assim, indúvidos, não havendo falar em inépcia formal da denúncia.

A instrução da acusatória inicial, é de se ver, passo seguinte, há de assegurar a viabilidade da *actio poenalis*, sob a consequência da falta de justa causa, de afirmação imperativa, como sendo certo deixou a ilustrada relatoria, ao invocar precedente desta Sexta Turma:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SONEGAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. CARACTERIZAÇÃO.

1. Em faltando à ação penal, ao tempo mesmo da apresentação da acusatória inicial, um mínimo de suporte probatório, idôneo à demonstração da sua viabilidade, faz-se imperativo que se declare a ausência de sua justa causa, em obséquio do *status dignitatis* do imputado.

2. Ordem concedida. "(HC 19.897/RN, in DJ 15/12/2003)

In casu, para além das lesões corporais sofridas pela vítima e do seu afogamento na piscina como a *causa mortis*, certificadas pelo laudo de exame cadavérico - "9.1. A morte foi consequência de **ASFIXIA MECÂNICA** evento terminal, mecanismo de morte, caracterizada por **AFOGAMENTO EM RESERVATÓRIO DE ÁGUA DOCE, na forma de submersão direta e completa**, evento inicial, causa básica da morte. 9.2. A morte foi precedida de agonia, da ordem de minutos. Os achados macro e microscópicos indicam fase de luta prolongada. 9.3 Os achados descritos no item 5.5 indicam ação contundente, não relacionada ao evento. (...) 9.5. Os achados descritos no item 5.4 são próprios da posição do afogado no fundo do reservatório e ou decorrentes da fase de luta." - deu conta o perito Carlos Delmonte, que "a morte ocorreu por afogamento primário completo, vale dizer, o periciado morreu quando entrou na água, tendo seu corpo desde logo permanecido no fundo da piscina (...)" (fl. 880).

É dizer: a vítima, na forma de submersão direta e completa, morreu afogada no fundo da piscina, sem emergir à tona.

A prova oral inquisitorial, de seu lado, como se recolhe dos depoimentos prestados por Cristiane Wu, Rodrigo Montalvani, Paulo Camiz de Fonseca Filho, Fábio Rodrigo Yoshii, Alfredo Yukio Ando, Alexandre Shoji, José Carlos Pinto e Maria do Patrocínio (cf. apensos I, II e III), dá conta, das condutas imputadas aos pacientes, que na data e local do fato "veteranos do curso de Medicina da Universidade de São Paulo, reunidos para o mesmo desiderato, estavam recepcionando os calouros, dentre os quais a vítima, em prática denominada 'trote'.

Consistia o 'trote' em ritual de atos praticados por veteranos nos calouros. Assim, após a aula inaugural ministrada no teatro da Faculdade, os calouros foram despojados de seus pertences mais perecíveis, guardados em sacos plásticos previamente etiquetados com seus nomes. Em seguida, somente com vestimenta básica e atados com barbantes pelos pulsos, em grupos, foram submetidos a atos vexatórios, como arremesso de ovos, água e farinha, tendo, ainda, seus corpos pintados e levados para a Avenida Doutor Arnaldo, tudo pelos veteranos.

Rumaram, então, para a sede da aludida Associação Atlética onde, prosseguindo-se no ritual, foram levados para o bosque ali existente e lavados com água e sabão em pó pelos veteranos. Ato contínuo, foram encaminhados e acomodados na arquibancada da piscina, para a realização do 'batismo', o ápice do ritual.

Nesse momento, os agentes **LUIS EDUARDO, GUILHERME** e **FREDERICO**, ajustados que estavam na continuidade do 'trote', aguardavam o comando de **ARY**, para, então, compelir os calouros, em número aproximado de cem, a ingressarem na água, mesmo contra as suas vontades. Uma vez dentro da piscina, os calouros foram impedidos de sair, porquanto tinham suas mãos e cabeças pisoteadas, além de receberem golpes com 'baquetas' de instrumentos musicais, tudo de forma a impedir que emergissem. Foram, ainda, submetidos a abuso dentro da água, em prática conhecida por 'caldo', assumindo, pois, os agentes, indiscutivelmente, o risco de causar o resultado morte.

A vítima, caloura, submetida ao ritual de 'trote', foi compelida pelos agentes a ingressar na piscina, sofrendo, no interior desta, morte por asfixia mecânica por afogamento."

Para a certeza das coisas, e por todos, recorte-se parte do depoimento de Rodrigo Montovani Rodrigues:

"(...)

Que depois de várias canções foi dado o 'grito de guerra', sendo que notou que todos os calouros e veteranos entraram na piscina, não vendo ninguém sendo forçado a entrar, entretanto, após alguns minutos que o depoente ali estava, notou que alguns calouros queriam sair da piscina, entretanto, um grupo de veteranos, não sabendo dizer quantos, que ficavam em pé a beira da piscina, não deixavam, impedindo a saída, chegando a ver alguns calouros que tentavam sair, quando levantavam-se na borda da piscina, eram empurrados pelo ombro, voltando, para a água, não sabendo precisar o depoente quanto tempo permaneceu na piscina; Que informa ainda o depoente que quando estavam nas arquibancadas, antes de entrarem na piscina, foram passadas algumas garrafas de pinga, tendo o depoente bebido algumas vezes, e algumas vezes, não sendo forçado, sendo certo que a pinga foi passada de 'mão em mão' várias vezes, e algumas vezes os veteranos jogavam a pinga na cabeça dos calouros

(...) (apenso I)

A mais, afora a gravação em fita de vídeo VHS, com logotipo do SBT, em que Frederico Carlos Jana Neto, conhecido como "Ceará", afirma categoricamente que matou o calouro Edison Tsung Chi Hsueh, por afogamento, o próprio Ary de Azevedo Marques Nete afirma que " (...) pegou vários sacos com etiquetas de nomes de calouros para colocar os pertences deles, não tendo visto o trote que que ocorria na faculdade da USP, e que consistia em pintar com tintas os calouros e jogar ovos e farinha neles; que, o depoente informa que a saída do teatro para a rua da faculdade, grupos de cinco a dez calouros iam amarrados com barbantes pelo passador da calça, ou então se amarrava em um punho do calouro no punho de outro e quando chegavam na rua os barbantes eram soltos; em seguida todos foram até o clube, em um percurso de vinte minutos aproximadamente, sendo que ali tinha cerca de cento e vinte calouros, e veteranos tinha cerca de cem aproximadamente, e quando chegaram no clube deveria ter mais cerca de cem veteranos esperando a festa. Que chegando no clube, o depoente foi para a diretoria a fim de levar os sacos que tinham pertences dos calouros, sacos estes que foram trazidos de carro, sendo que os calouros foram para o bosque do clube, e no final foram lavados pelos veteranos, depois tomaram uma chuveirada a fim de tirar a tinta do corpo, e dirigiram-se para a arquibancada, onde cantaram várias músicas do clube junto com a bateria, sendo que no momento das canções o depoente encontrava-se na parte de baixo da arquibancada, onde teve uma última música onde é o grito de guerra, onde é o depoente quem dá esse grito de guerra, visto ser o presidente do clube, e em seguida foram para a piscina, onde o depoente ali entrou, sendo que muitos calouros e veteranos entraram na piscina (...) " (apenso I - nossos os grifos)

Tais elementos de prova, por sem dúvida, mostram-se idôneos à afirmação da justa causa da ação penal, enquanto lhe demonstram a viabilidade, para além do que se está a substituir o juiz natural da admissibilidade da acusação, suprimindo um dos graus da jurisdição, mormente se até se examinou e invocou depoimentos produzidos em juízo.

E tal exame do conjunto da prova, por certo, infringe a natureza do *habeas corpus*, por estranho ao âmbito de seu cabimento.

Pelo exposto, pedindo venia ao ilustre Ministro-Relator, denego a ordem de *habeas corpus* impetrada.

É O VOTO.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2002/0067981-1

HC 22824/SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 23099 3476403

EM MESA

JULGADO: 03/02/2005

Relator

Exmo. Sr. Ministro **PAULO GALLOTTI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **PAULO GALLOTTI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DEBORAH DUPRAT**

Secretário

Bel. **RONALDO FRANCHE AMORIM**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSÉ ROBERTO BATOCHIO E OUTROS
 IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 PACIENTE : FREDERICO CARLOS JANA NETO
 PACIENTE : ARI DE AZEVEDO MARQUES NETO

ASSUNTO: Penal - Crimes contra a Pessoa (art.121 a 154) - Crimes contra a vida - Homicídio (art. 121) - Qualificado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Hamilton Carvalhido, não conhecendo do pedido de habeas corpus, a Turma, por maioria, conheceu parcialmente da ordem e a concedeu para trancar a ação penal por inépcia da inicial com extensão ao Habeas Corpus nº 22.963/SP e ao Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 12.803/SP, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido."

Os Srs. Ministros Paulo Medina, Hélio Quaglia Barbosa e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, nesta assentada, o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília, 03 de fevereiro de 2005

RONALDO FRANCHE AMORIM
Secretário

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2002/0067981-1

HC 22824/SP

MATÉRIA CRIMINAL
 Números Origem: 23099 3476403

EM MESA

JULGADO: 15/02/2005

Relator

Exmo. Sr. Ministro **PAULO GALLOTTI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **PAULO GALLOTTI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CLÁUDIA SAMPAIO MARQUES**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSÉ ROBERTO BATOCHIO E OUTROS
 IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 PACIENTE : FREDERICO CARLOS JANA NETO
 PACIENTE : ARI DE AZEVEDO MARQUES NETO

ASSUNTO: Penal - Crimes contra a Pessoa (art.121 a 154) - Crimes contra a vida - Homicídio (art. 121) - Qualificado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Retificando decisão proferida em Sessão do dia 03.02.2005, a Turma, por maioria, concedeu a ordem para trancar a ação penal por falta de justa causa, com extensão ao habeas corpus nr. 22.963/SP e ao recurso ordinário em habeas corpus nr. 12.803/SP, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido."

Os Srs. Ministros Paulo Medina, Hélio Quaglia Barbosa e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, nesta assentada, o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília, 15 de fevereiro de 2005

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
 Secretário

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
 SEXTA TURMA**

Número Registro: 2002/0067981-1

HC 22824/SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 23099 3476403

EM MESA

JULGADO: 24/02/2005

Relator

Exmo. Sr. Ministro **PAULO GALLOTTI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **PAULO GALLOTTI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ZÉLIA OLIVEIRA GOMES**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSÉ ROBERTO BATOCHIO E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FREDERICO CARLOS JANA NETO
PACIENTE : ARI DE AZEVEDO MARQUES NETO

ASSUNTO: Penal - Crimes contra a Pessoa (art.121 a 154) - Crimes contra a vida - Homicídio (art. 121) - Qualificado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Retificando decisão proferida no dia 03 de fevereiro de 2005, a Turma, por maioria, concedeu a ordem habeas corpus para trancar a ação penal por falta de justa causa, com extensão ao Habeas Corpus nº 22.963/SP e ao Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 12.803/SP, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencido o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido, que denegava a ordem."

Os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, nesta assentada, o Sr. Ministro Paulo Medina.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília, 24 de fevereiro de 2005

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário