

DIREITO

& JUSTIÇA

CORREIO BRAZILIENSE

Brasília, segunda-feira, 11 de novembro de 1996

Habeas corpus — extensão do julgado

Luiz Vicente Cernichiaro

Ministro do Superior Tribunal de Justiça e professor titular da Universidade de Brasília

O exercício do direito de defesa é irrenunciável (ressalvem-se as hipóteses da Lei nº 9.099/95); se o acusado não desejar exercê-lo, ser-lhe-á nomeado defensor dativo. O princípio vale apenas para a 1ª instância. O recurso fica a critério das partes. Não há obrigação de recorrer da sentença condenatória. Registrem-se os casos de remessa de ofício (conhecidos como recurso de ofício, apesar da impropriedade técnica). Se o Ministério Público e a defesa não recorrerem, transcurso o prazo legal, opera-se a coisa julgada. O recurso, ademais, consoante o princípio *tantum appellatum, tantum devolutum* devolve ao órgão recursal o conhecimento da matéria recorrida, ensejando, pois, nova decisão. E mais. Como o recurso é facultativo, provocará eventual modificação relativamente ao recorrente. Não alcança terceiro que não desejou recorrer. É o que, na Teoria Geral dos Recursos, se denomina de apelabilidade subjetiva. Resulta, então, que o segundo julgado se reflete quanto ao recorrente (claro, por consequência, relativamente também à contraparte). Não alcança o co-réu.

A complexidade de princípios que comandam o processo penal obriga amenizar essa rigidez. Não direi exceção, mas consequência lógica. Trata-se do disposto no art. 580, CPP, verbis: "No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros". Hoje, onde se lê art. 25, leia-se art. 29.

Essa norma resulta do princípio da verdade real. O processo penal se justifica. O Estado só pode punir alguém por haver praticado infração penal. E mais. Conforme as características dessa infração. Nesta, há circunstâncias essenciais (elementos constitutivos) e acidentais (agregam-se às elementares), embora, na Teoria Geral do Delito, fale-se também em tipo fundamental e tipo derivado.

Esses elementos (circunstâncias) são objetivos (não consideram características pessoais), ou subjetivos (projetam características, ou dados da pessoa).

A definição do crime e a fixação da pena, muitas vezes, levam em conta circunstâncias subjetivas (ex. crime de estupro — sujeito passivo: mulher, crime de rapto — sujeito passivo: mulher honesta). A individualização da pena também se refere a essa característica. É circunstância agravante o crime cometido contra ascendente, descendente, cônjuge, ou irmão

De outro lado, "não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime" (CP, art. 30).

Imagine-se A e B condenados pelo crime de lesão corporal por agressão a C, esposa de A. A sentença condenou-os pelo crime definido no art. 129, CP, e majorou, para ambos, a pena pela circunstância de delito contra cônjuge.

Imagine-se ainda que somente A recorreu, arguindo inexistência do fato e não ser casado com a vítima.

Se o Tribunal der provimento ao recurso, cumpre analisar o dispositivo:

- a) negado o fato, A (recorrente) será absolvido;
- b) reconhecido o fato, e

também A ser cônjuge de C (vítima), mantém-se a circunstância agravante.

Essa decisão repercutirá em B, apesar de não haver recorrido, nos termos que seguem:

a) negado o fato, também será absolvido.

b) reconhecido o fato e que A é casado com C, excluir-se-á a circunstância agravante — crime cometido contra cônjuge. É circunstância de caráter pessoal. Assim, apesar de não haver recorrido, B será beneficiado, na hipótese imaginada, com diminuição da pena.

Isso é possível porque o recurso devolve ao tribunal competente a reapreciação da matéria decidida. E, por imperativo de justiça, estender-se-á, nos limites do julgado, o mesmo tratamento normativo ao co-réu. A doutrina trata o fato como alcance do julgado.

Pergunta-se, então: ocorre o mesmo com o *habeas corpus*? Concedida a ordem, quem estiver nas condições e circunstâncias do paciente poderá ser beneficiado, obter a mesma ordem liberatória?

O *habeas corpus* é ação. Não se confunde com o recurso (a orientação adotada pelo Código de Processo Penal, hoje, não recebe apoio da doutrina).

A distinção é básica para a resposta.

O recurso devolve ao Tribunal *ad quem* a reapreciação do processo (o princípio da verdade real repercute independentemente de invocado pela defesa). Mais. Em havendo recurso de um réu, *ex vi legis*, haverá remessa de ofício quanto aos demais, no tocante aos "motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal". O art. 580, nos respectivos limites, impede a coisa julgada. Daí a possibilidade de alteração de ofício, da sentença condenatória. Insista-se, por órgão judicial competente (para apreciar o tema posto a julgamento).

O *habeas corpus* é processado e julgado por Juiz ou Tribunal que não praticou o fato averbado de ilegal. A competência, aqui, é restrita à ação proposta.

A decisão do *habeas corpus* não se confunde com o alcance do acórdão da apelação. Naquele é apreciada a hipótese levada a julgamento. Na segunda, há remessa obrigatória, nos limites do recurso e do referido art. 580, CPP. O Tribunal tem, pois, competência para modificar a sentença; o julgamento lhe foi remetido. No *habeas corpus*, ao contrário, a sentença, ou outra decisão, não foi devolvida ao Tribunal; a competência é restrita para processar e julgar a ação constitucionalizada.

Apesar dessa distinção de natureza processual, o julgamento do *habeas corpus*, afetando a sentença condenatória, favorecendo o paciente, se houver outros réus, evidente, também serão beneficiados, uma vez configurando que a decisão não se ateve a motivos que sejam de caráter exclusivamente pessoal.

O *habeas corpus*, dada sua grandeza constitucional, pode ser concedido de ofício. Não se concebe o Judiciário, dada sua finalidade institucional, restar insensível à extensão por ele definida. Afetar-se-á o princípio da isonomia deixar de estender o julgado a quem, no mesmo processo, se encontra na situação do paciente, desprezadas, logicamente, circunstâncias pessoais. A teleologia do processo não consente outra conclusão. Por vários caminhos, chega-se a Roma!