

8 – ANTIGÜIDADES DE DIREITO CRIMINAL

O CRIME DO SACOPÃ

(Segunda Parte)

RENÉ ARIEL DOTTI

SUMÁRIO: 1. O resumo de um fato controvertido – 2. A acusação – 3. A prisão, o julgamento e a condenação – 4. O improvimento da apelação – 5. O cumprimento parcial e a extinção da pena – 6. O *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal: 6.1. Os fundamentos da impetração; 6.2. O parecer do Ministério Público; 6.3. O voto do Min. Carlos Thompson Flores; 6.4. O voto do Min. Eloy da Rocha (quanto à preliminar); 6.5. O voto do Min. Xavier de Albuquerque; 6.6. O voto do Min. Antonio Neder; 6.7. O voto do Min. Eloy da Rocha (quanto ao mérito) – 7. A decisão – 8. O memorial do Advogado Sousa Neto.

1. O resumo de um fato controvertido

Uma das versões dadas ao famoso episódio ao tempo de sua ocorrência foi reproduzida vinte anos mais tarde numa longa reportagem da revista *Veja*, evocando a estrutura e as especulações do crime passionnal.

“Namorado de Marina de Andrade Costa, o tenente de gênio violento, impetuoso em seus 21 anos, decide acertar contas com o bancário Afrânio, dez anos mais velho, ex-namorado da moça e homem de reconhecido fascínio sobre as mulheres. Encontram-se em frente ao Iate Clube e junto, no banco traseiro do Citroën negro de Afrânio, vai um amigo deste, Walton Avancini. Os três, rodando pelas estreitas e escuras ruas do Rio, pouco antes da meia-noite de uma segunda-feira, indo para os lados da lagoa Rodrigo de Freitas, já na época cercada de espaçosas residências. Discutiam, os dois rivais, a respeito da mulher amada. Estavam perto do Caiçaras, ainda hoje um clube elegante, quando Afrânio desafia: ‘Se você é macho, por que não conquista a mulher só para você?’

‘Corno, salafrário’, responde Bandeira. E recebe uma bofetada no rosto. E puxa um revólver, atira três vezes: Avancini foge, Bandeira toma a direção do Citroen negro, dá a volta na lagoa, sobe a tortuosa e erma Ladeira do Sacopã, ainda sem as luzes e as mansões de agora. Lá, durante a madrugada, seriam encontrados o carro e o corpo. Entre os objetos recolhidos, uma fotografia de Marina, com a dedicação: ‘Ao meu forninho adorador, com todo o amor’.¹

2. A acusação

Alberto Jorge Franco Bandeira, o jovem e galante 2.º Tenente Aviador, foi denunciado perante a 1.ª Vara Criminal, do então Distrito Federal, em 09.07.1952, como incurso na sanção do art. 121, § 2.º, incs. III e IV, do CP, pelo fato delituoso assim narrado pela denúncia: “Dia 06.04.1952, cerca das 23 horas e 45 minutos, na Avenida Epitácio Pessoa, próximo ao Club Caiçaras, o denunciado, no interior do automóvel marca “Citroën”,

(¹) *Veja*, n. 224, de 20.12.1972, p. 26.

licenciado pelo Distrito Federal sob n. 11.74.02, de propriedade de Afranio Arsenio de Lemos, fez contra este vários disparos de arma de fogo, produzindo-lhe lesões que causaram a morte, como positiva o auto de exame cadavérico de f.

“Em seguida, tomando a direção do veículo, conduziu-o para a Estrada do Sacopã,² onde o abandonou, tendo antes vibrado inúmeros golpes com a coronha da arma homicida na cabeça da vítima, executando assim o homicídio com requintes de crueldade.

O denunciado, que anteriormente manifestara o propósito de matar Afranio, atraiu-o para um encontro na porta do Yatch Club,³ dirigindo-se a seguir com o mesmo para o local onde executou fria e calculadamente o plano preconcebido, usando de recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima.”

3. A prisão, o julgamento e a condenação

Naquele tempo a prisão preventiva era obrigatória diante da regra do art. 312 do CPP em sua redação primitiva, quando ao crime fosse cominada a pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a 10 (dez) anos. E a medida era, via de regra, decretada com o recebimento da denúncia se o acusado não estivesse preso em flagrante. A prisão antecipada do Tenente Bandeira foi decretada pelo Juiz João Claudino de Oliveira e Cruz, conforme despacho de 26.06.1952. O mandado foi cumprido sem dificuldades e o réu acompanhou os termos da instrução, respondendo a interrogatório, constituindo defensor na pessoa do criminalista João Romeiro Neto, o qual apresentou defesa prévia, arrolou testemunhas e assistiu as inquirições.

A pronúncia foi exarada pelo Dr. Hamilton de Moraes e Barros, juiz em exercício da vara do Júri, em 25.01.1953, louvando-se nos termos da própria denúncia que imputava o homicídio qualificado (CP, art. 121, § 2.º, incs. III e IV).

O réu foi julgado pelo Tribunal Júri, em sessão realizada de 26 a 27.03.1954, sendo condenado a (15) quinze anos de reclusão. A defesa sustentou a negativa de autoria.

Por cinco votos os jurados afirmaram que o Tenente Bandeira foi o autor das lesões que causaram a morte da vítima; por quatro votos, reconheceram as qualificativas do libelo e, pela mesma votação, negaram a existência de atenuantes.

4. O improvimento da apelação

Na apelação foram argüidas quatro preliminares de nulidade do julgamento; e, no mérito, que a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos quanto à autoria.

A 3.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, em acórdão unânime de 11.10.1954, com base no longo parecer do Ministério Público, negou provimento à apelação, desprezadas as preliminares. O julgamento foi efetivado pelos Desembargadores José Duarte, Presidente; Eurico Paixão, Relator e Stampa Berg, Revisor. A ementa do aresto foi assim lavrada: “Crime de homicídio qualificado. Julgamento pelo Tribunal do Júri. Não-acolhimento das argüições de nulidade da ação. Decisão dos jurados em consonância com as provas do autor. Confirmação da sentença apelada.”

5. O cumprimento parcial e a extinção da pena

O condenado cumpriu metade da pena imposta,⁴ e, alcançando livramento condi-

(2) A grafia correta é Sacopã.

(3) Como se destacou no artigo anterior, os autos registram a expressão “Yatch” e “Club”, assim como são reproduzidas, mantendo-se o anglicismo da época.

(4) Assim como exigia o art. 60 do CP, em sua redação original: metade da pena para o criminoso primário e mais de três quartos, para o reincidente.

cional, foi libertado em março de 1960. Foi beneficiário do indulto presidencial de 27.12.1960, tendo sido declarada extinta a punibilidade do resto da pena privativa de liberdade, por sentença do Juízo de Direito da Vara de Execuções Penais, em 26.06.1961.

6. O *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal

6.1 *Os fundamentos da impetração*

Em 10.05.1972, o Advogado Sebastião Oscar de Castro, impetrou perante o Supremo Tribunal Federal um pedido de *habeas corpus*.

O Relator, Min. Thompson Flores advertiu que o impetrante sustentou, em linguagem cáustica e, com repetidas qualificativas desprimorosas, não haver justa causa para a ação penal porque outro teria sido o responsável pela morte da vítima. Sem nomear pessoa ou indicar fatos, a inicial atribui farsa ao inquérito para encobrir os verdadeiros responsáveis, protegidos ou parentes de figuras de prestígio político da época.

Quando, porém, assim não fosse, nulo seria o processo, desde sua origem porque atentatório ao princípio da indivisibilidade da ação penal, dado que a perícia procedida no carro da vítima apontou outro suspeito, que sequer figurou na peça acusatória.

De resto, outras nulidades tornariam imprestável o processo, a saber: 1.^a — A lista geral dos jurados para servirem em 1954 não foi publicada em 30.12.1953; 2.^a — Da lista publicada em 30.12.1953, não consta o nome da jurada que funcionou no Conselho de Sentença, Maria Diana Brito Paternostro e, sim, Maria Diana Brito; 3.^a — Ignora-se quais os jurados sorteados para a reunião do Júri na qual se realizou o julgamento impugnado; e 4.^a — O quesito alusivo à qualificativa a que se refere o inc. IV do § 2.^o do art. 121 foi formulado em desacordo com a lei e a jurisprudência.

Assim, quando não fosse anulado o processo *ex radice* por ausência de justa causa, a impetração pleiteava a declaração de nulidade do julgamento.

O Ministro relator salientou que a petição veio despida de qualquer documento.

As informações foram prestadas pelo presidente do Tribunal de Justiça, Des. Moacir Rebelo Horta, esclarecendo a situação do paciente, instruindo-as com xerocópias da denúncia, pronúncia, assinatura dos jurados e sentença, bem como o acórdão que negou provimento à apelação.

A requerimento do impetrante foram solicitadas informações complementares originando a remessa dos autos originais da ação penal, os quais foram apensados. Houve outras diligências e anexação de novos documentos.

Naquela fase ingressou nos autos de *habeas corpus* o Advogado Joaquim de Sousa Neto como patrono do paciente. E requereu a juntada de vários recortes de jornais e outros papéis.

6.2 *O parecer do Ministério Público*

A Procuradoria-Geral da República, através do Procurador Hélio Pinheiro da Silva, ermitiu parecer que foi aprovado pelo Procurador-Geral, substituto, Oscar Corrêa Pina.

O Ministério Público opinou pela denegação do *writ*. Repelindo a arguição de falta de justa causa⁵ e da ocorrência de nulidades, o parecer concluiu que remédio heróico, se conhecido, deveria ser indeferido. Houve destaque para a preliminar de que não estando o paciente preso e nem

(5) Diz o parecer: "... não se destina o remédio heróico a apurar injustiça da condenação, 'limitado que é ao reparo de ilegalidades ou abuso de poder, comprometendo a liberdade de locomoção' (HC 47.118-GB, rel. Min. Thompson Flores, DJ de 28.11.1969, p. 5.709)". E invoca outros precedentes do STF.

ameaçado de prisão – em face da extinção da pena privativa de liberdade – não se deveria conhecer do pedido. Após remeter-se à Constituição e à doutrina de Pontes de Miranda e Magalhães Noronha, a Procuradoria da República invoca precedentes do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que: “Cumprida a pena, e nenhum constrangimento havendo à liberdade de locomoção, as eventuais nulidades do processo não encontram no *habeas corpus* o meio adequado a saná-las (DJ de 01.06.1972, p. 1.142) no mesmo sentido decisão proferida no HC 46.070-SP, Rel. Min. Eloy da Rocha (RTJ 55/228).⁶

Não obstante tais precedentes, a ordem foi conhecida.⁷

6.3 O voto do Min. Carlos Thompson Flores

“Rejeito a prejudicial de não-conhecimento, suscitada no parecer da douta Procuradoria-Geral da República.

1. Certo o *habeas corpus*, segundo a lição dos doutos invocada no parecer antes transcrito, a começar por Pontes de Miranda, dirige-se como garantia individual, insculpida na CF, art. 153, § 20, à pronta reparação a liberdade de locomoção, sofrida ou ameaçada por ilegalidade ou abuso de poder.

Julgados vários desta Corte o tem afirmado. Eu mesmo os tenho assim redigido.

Dessarte, estando livre o paciente, porque extinta a pena imposta, de nenhuma ameaça à liberdade se queixando, nem pelo processo a que respondeu, nem por outra que, por força daquele lhe pudesse prejudicar, não seria o *writ* a via processual própria para os fins propugnados em sua pretensão.

2. Todavia, nas situações especiais, que não visam ceifar o constrangimento à liberdade de locomoção ou sua ameaça, tem o Supremo Tribunal Federal admitido como idôneo o *habeas corpus*.

Refiro-me ao HC 45.232, apreciado pelo Plenário, em sessão de 21.02.1968, quando, embora livres os pacientes, estavam na iminência de sofrer a sanção administrativa a que se referia o art. 48 do Dec.-lei 314/1967.

Acentuou, então, o eminente Relator, Min. Themístocles Cavalcante: ‘Dadas, portanto essas duas circunstâncias, a de ser o pedido contra determinação de autoridade judiciária em processo criminal, e de envolver o pedido o exame da legitimidade de uma medida considerada como pena acessória, qual a de privação de direitos, conheço do *habeas corpus* (RTJ 44/324).’

Ficou vencido, apenas, V. Exa., Sr. Presidente.

Outros precedentes poderiam ser invocados no mesmo prol: RHC 46.368, (RTJ 48/245) e 48.454 (Idem, 55/677). Estes dois últimos das Turmas e menos expressivos.

3. Não participo deste entendimento, e como meu voto não contribuí para qualquer deles. Sou fiel, todavia, ao pensamento do órgão, cuja opinião dominante é pela ampliação do instituto.

4. *In casu*, manifesto como já disse, não padece o paciente sequer de ameaça a sua ‘liberdade física’, dir-se-á que ‘livre está como o vento’, para rememorar expressões do Tribunal de Justiça de São Paulo, em processo há dias julgado, mas ressen-te-se ele de efeitos da pena *acessória* que lhe foi imposta como decorrência da sen-

⁽⁶⁾ HC 50.010, f.

⁽⁷⁾ O STF, reiteradamente, não tem conhecido do *habeas corpus* à falta de constrangimento à liberdade de locomoção (HC 70.328, Rel. Min. Celso de Mello; RTJ 135/593, Rel. Min. Sydney Sanches; RTJ 136/1226, Rel. Min. Moreira Alves; RTJ 142/896, Rel. Min. Octavio Galloti; RTJ 152/140, Rel. Min. Celso de Mello). Tal orientação foi retomada com o advento da Lei 9.268, de 01.04.1996, que tornou inadmissível a conversão da multa em pena privativa de liberdade. A propósito, ver HC 73.979-RJ e HC 74.134-7-PR, Rel. Min. Carlos Velloso.

tença criminal (CP, art. 67, inc. I, c/c 68, inc. II), a perda da patente de oficial das Forças Armadas.

Para arredá-la, careceria antes de invalidar o julgado que lhe deu causa. Daí o *habeas corpus* com os fundamentos já considerados.

3.⁸ A meu sentir, a revisão criminal, porque em liberdade o paciente seria o caminho certo, e do qual jamais se valeu o paciente, a qual, sem lhe trazer qualquer perigo ou mal, poderia atingir a quaisquer dos fins expressamente consignados no art. 626 e seu parágrafo, *verbis*: 'Julgando procedente a revisão o Tribunal poderá alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo. Parágrafo único. De qualquer maneira não poderá ser agravada a pena imposta pela decisão revista.'

De resto, desse decisório, se desfavorável caberiam ainda ou o recurso extraordinário ou o próprio *habeas corpus*.

4.⁹ Inobstante, atento ao precedente, desprezo a preliminar, conhecendo, em princípio, do *writ*.

II

No que respeita ao pedido em si, indefiro-o.

1. Seriam bastantes para justificá-lo as razões do parecer da douta Procuradoria-Geral da República, já transcritas, e orientadas todas no mesmo rumo, das três vezes que se pronunciou nos autos.

2. Todavia, mais em homenagem ao esforço desenvolvido pelo advogado, que a partir de f. passou a fazer as vezes daquele que impetrara o *habeas corpus*, e do alentado memorial que distribuiu, constante de 176 mimeografadas laudas e da veemente defesa oral que acaba de produzir, permito-me algumas considerações.

(⁸) Na seqüência do voto, o número de introdução deveria ser o 5 e não o 3, como consta (HC 50.010-GB, f).

(⁹) O número correto seria 6 e não 4, como consta às f. Ver a nota anterior.

Começou o ilustre causídico por buscar símile no clássico caso do Coronel do exército francês, Alfredo Dreyfus, que fora condenado por um Conselho de Guerra.

Admito apenas, dois pontos na correlação: são ambos militares; o crime de ambos abalou a opinião pública. Fora daí, o crime em si e seus motivos são os mais diversos. E não há como comparar o rigor de uma Corte Marcial e a magnanimidade do júri, notadamente entre nós brasileiros.

Todavia, o libelo de Zola, em seu 'Acusa', não se equiparava, nem de longe, às vagas e imprecisas razões de a outrem que não o paciente, cabia a autoria.

Por último, tanto Zola como a opinião pública francesa, através da imprensa, propugnavam a revisão do processo. E foi por meio dela, e não de procedimento outro, que a condenação foi revista pela Suprema Corte Francesa...

Jamais alguém, àquele tempo, pretendeu absolvição, em qualquer via sumária...

3. Não se poderia admitir que pretendesse, em verdade, na via heróica, porém estreita e sumária, do *writ*, reconhecer a ausência de *justa causa*, porque nenhuma prova séria foi trazida para ilidir a incriminação. Tudo que consta dos autos são meras conjecturas, procurando a outrem atribuir a prática do crime, e pelas razões já antes resumidas.

Se elas existem, a revisão é a via própria, como expressamente o dispõe o art. 621, incs. II e III, CPP. Nem se invoque as razões primitivas que se pudessem pôr em dúvida a imparcialidade da Justiça, ao certo já não existia, decorridos tantos anos quando o Tribunal de Justiça se renovou por inteiro... E isto sem que qualquer constrangimento ou perigo possa emergir ao paciente pelas razões mesmas já invocadas no apreciar a prefacial...

4. Restam as nulidades referentes ao julgamento. São as quatro constantes do relatório.

Quanto à primeira. A relação dos jurados para o ano de 1954, os editais foram publicados em novembro e dezembro de 1953, segundo as exigências do art. 439 e seu parágrafo único do CPP, conforme os termos da informação de f.

Quanto à segunda. Certo não consta do nome dos jurados Maria Diana Brito, advogada, o sobrenome de *Paternostro*, o qual não figura também no edital de sorteio como suplente, f. dos autos apensados e que aparece apenas com o nome completo Maria Diana Brito Paternostro, na ata, como último jurado sorteado, f., assim subscrevendo o compromisso e o termo de julgamento, f.

Todavia não demonstrou o impetrante, e seria fácil fazê-lo, que se tratava de outra pessoa, diversa daquela que fora incluída na relação dos jurados.

Aqui, oralmente, como antes, atribui atividade até dolosa. A grave acusação, por isso mesmo, imporia prova plena, máxime para invalidar um julgamento, sobre o qual, nesse passo, nada se invocou e já há quase dois decênios. Repare-se o que importaria o acolhimento de tal nulidade. Não faltariam audaciosos a invocar tão comprometedor falta.

A jurada com o nome referido, segundo a ata, foi chamada, tomou assento. E o fez sem qualquer impugnação, ao menos que conste da ata.

O Sr. Dr. Sousa Neto (Advogado): Sr. Presidente, pela ordem, sobre matéria de fato.

Sustentou o eminente Relator que, por ocasião do sorteio para a constituição do Conselho de Sentença e por ocasião da chamada geral dos jurados, que precede o sorteio para o Conselho de Sentença, a jurada chamada foi Maria Diana Brito, cujo nome constava da relação dos jurados e do edital de convocação. O Juiz não sorteou Maria Diana Brito Paternostro. O Juiz sorteou Maria Diana Brito. Portanto, ninguém poderia ter protestado. Ninguém tinha nada contra Maria Diana Brito.

O Sr. Min. Carlos Thompson Flores (Relator): Esta é uma circunstância de fato?

O Sr. Dr. Sousa Neto (Advogado): Ninguém impugnou porque a jurada sorteada foi Maria Diana Brito.

O Sr. Min. Eloy da Rocha (Presidente): V. Exa. deve-se limitar a indicar o fato.

O Sr. Dr. Sousa Neto (Advogado): Mas é fato.

Por isso ninguém impugnou. Mas a que serviu foi outra.

O Sr. Min. Carlos Thompson Flores (Relator): O que o eminente Advogado estava afirmando é questão de fato, por isso aceitei seus esclarecimentos de que tanto no edital, como no sorteio dos suplentes, figurava o nome por inteiro: Maria Diana Brito.

Quanto à terceira. A imprecisão dos nomes dos verdadeiros jurados que integram o rol dos 21 que deviam funcionar na sessão, e que o memorial acentua que foram em número de 34, f. do memorial, ante as operações que realizou.

“O julgamento do paciente foi a 13.^a da 3.^a reunião ordinária do Júri. A teor dos arts. 442 e 445 do CPP, em cada *sessão* pode ocorrer a convocação de suplentes, substituindo-se os jurados faltosos, os quais, inicialmente, constam da relação para a *reunião*, mas que podem ser substituídos, segundo aqueles preceitos. O que importa sempre é que para o julgamento se encontrem na urna 21 jurados.

O Sr. Dr. Sousa Neto (Advogado): Juntei o documento n. 30, que consta dos autos do *habeas corpus* e que prova que não se lavrou nenhuma ata, nem um termo do sorteio dos jurados. Como se poderia verificar, se não há uma ata? Juntei o documento, por fotocópia, de n. 30 aos autos, mas tenho, aqui, o original.

O Sr. Min. Carlos Thompson Flores (Relator): A certidão está aqui, leio-a. ‘Certifico, em atenção ao pedido supra, que, apesar das reiteradas buscas realizadas no arquivo deste Juízo, não foi localizado nenhum livro em que tivesse sido lavradas atas de sorteio mensal de jurados,

relativas ao ano de mil novecentos e cinquenta e quatro, pelo que não é possível atender ao que pede o signatário da petição.'

O Sr. Dr. Sousa Neto (Advogado): Em nenhum livro do Cartório foi encontrada a ata.

O Sr. Min. Carlos Thompson Flores (Relator): Vou reler (releu).

Penso que a certidão nada exprime, de molde a se poder afirmar, com a segurança precisa, que não ficaram registrados os sorteios suplementares. Penso que, se os livros foram extraviados, ou recolhidos em arquivo outro, restaram os processos julgados na 3.^a reunião do Júri de 1954, os que precederam ao julgamento do paciente, em cujo corpo estariam os sorteios suplementares. E ainda do livro de atas das sessões do Júri, ao qual se refere o art. 495, citado.

Nem posso crer que o Tribunal do Júri da então Capital do País, presidido que foi pelo saudoso Magarino¹⁰ Torres, não tivesse tal livro, encontrado nas mais longínquas comarcas do País, como o vemos através dos muitos recursos criminais que aqui vêm ter.

Foi o que sucedeu, segundo consta da ata referida, em conferência pública, contra a qual nada se arguiu no momento, f.

E a fé pública daí emergente não foi comprometida por qualquer prova oferecida pelo impetrante.

"E fácil seria, pois, de cada processo consta a certidão da ata do sorteio suplementar, tal como dispõe o art. 495, inc. V, do CPP. Se não se fez registrar no livro próprio de sorteio, ter-se-á o das atas do Júri, na forma do artigo citado, a qual deveria integrar os processos antes julgados.

Quanto à quarta. Cuida da má formulação do quesito da agravante qualificativa do inc. IV, do § 2.^o do art. 121 do CP —

recurso que dificulte e torna impossível a defesa da vítima.

Desprezou-a o acórdão com a seguinte fundamentação, f.: 'O réu, na prática do crime, usou de recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima?'

Esse quesito reproduz, *ad litteram*, a agravante qualificativa do § 2.^o, inc. IV, do art. 121 do CP, com as modificações relativas aos tempos dos verbos empregados na frase. E reproduz também a redação dessa majorante, utilizada no despacho de pronúncia, quando transcrevem a denúncia para com ela argumentar, e no libelo crime acusatório, quarto provará, f.

Consta da ata de julgamento que esse impugnado quesito, como os demais, foi lido às partes e explicado o seu significado, *nada tendo as partes requerido, quando consultadas sobre os mesmos*. (Ata, f., últimas linhas).

Houve, pois, inteira concordância na formulação desse quesito, como já houvera por parte da defesa, que se não rebelou, por via de recurso ordinário, contra o despacho de pronúncia, e nem articulou uma só palavra a respeito quando do oferecimento da contrariedade ao libelo, f. Dir-se-á que o apelante, forte na negativa de autoria do crime que se lhe imputava, não iria se preocupar com as circunstâncias que cercaram esse crime, para ele desconhecidas. Negava o principal, e isso era o que exigia a sua consciência de inocente do sangue da vítima. Mas, arrastado à barra do tribunal como o autor do crime, havia que se preocupar com as questões a serem formuladas pelo juiz na hipótese de ser afirmado o primeiro quesito, ou seja, no caso do Júri reconhecer ter sido ele o matador da vítima.

A lei processual exigia esse seu procedimento, sob pena de considerar sanada qualquer nulidade em conexão com a formulação dos quesitos (art. 572, inc. I, c/c o art. 571, inc. VIII). A redação defeituosa do quesito constituiria omissão de formalidade, elemento essencial do ato (art. 564, inc. IV, do CPP).

⁽¹⁰⁾ Erro de datilografia do original (HC 50.010-GB, f). O prenome correto é Magarinos.

O egrégio Supremo Tribunal Federal, em acórdão de 26.11.1952, citado no parecer de f., subordinou as nulidades decorrentes de falhas do questionário ao inc. IV do citado art. 564 e ensinou que se alinham elas entre as que se consideram sanadas quando não arguidas oportunamente, ou seja, logo depois de ocorridas (art. 571, inc. VIII, citado).

Atualmente, essa nulidade consta expressamente do art. 7.º da Lei 263, de 23.02.1948.

Em última análise, não protestando tempestivamente contra a redação do malsinado quesito, teria a defesa colaborado conscientemente na falha apontada, e que lhe furtaria o direito de vir, à undécima hora, apontá-la à instância superior, *ex vi* da norma do art. 565 do CPP.

Admitindo-se, todavia, que a defesa pudesse, ainda agora, argumentar contra a redação do quesito, e pedir a nulidade do julgamento com tal argumentação, ainda assim não seria de acolhê-la, por totalmente improcedente. O argumento nuclear da argumentação consiste na afirmação de que o recurso usado pelo criminoso, para dificultar ou tornar impossível a defesa da vítima, é insídia, é recurso insidioso, perverso, e não qualquer outro recurso *muito embora haja dificultado ou tornado impossível a defesa*, f. E em assim sendo, havia mister que se individuasse esse recurso na formulação do quesito, que se indicasse o fato, que teria constituído o recurso insidiosamente usado, para dificultar ou impossibilitar a defesa.

Essa dissertação jurídica processual penal da defesa não encontra eco quer na jurisprudência, quer na doutrina. E acresce que esse quesito, que qualifica o homicídio, jamais foi redigido de outra forma, como assinalam os representantes da sociedade, nas suas contra-razões.

Dito quesito acha-se redigido na conformidade do libelo e do despacho de pronúncia. E é ensinamento antigo que os quesitos devem obedecer rigorosamente àquelas duas peças de acusação, atendo-se tanto quanto possível à sua redação.

E obedecem também rigorosamente à redação da lei penal, no trecho correspondente. Assim, a fórmula genérica do quesito contra a qual se rebela a defesa, obedeceu às melhores lições dos doutrinadores e praxistas, não tendo prejudicado de modo algum a defesa, pois que, como afirma Roberto Lyra, citado no parecer de f. *a expressão recurso bem exprime a idéia de vantagem, em cuja criação, preparo ou aproveitamento, intervém a vontade e a consciência com o fim de propiciar a execução*. (Com. ao CP, Rev. Forense, vol. II, 1942, p. 252).

A prevalecer a tese contrária, esposada nas razões do recurso, teria o juiz que organizar um sem número de quesitos, cada qual incluindo um recurso insidioso de que teria o réu lançado mão na execução do crime, como sucederia se se tratasse de motivo fútil; toda gama desses recursos e motivos teriam que se apresentar ao conhecimento dos jurados, para a devida resposta. Ora, assim como sucede com as atenuantes, não está o juiz obrigado a formular toda essa espécie de recursos e motivos, bastando que questione os jurados sobre os que informam os autos.

No caso concreto houve debates, inquirição de testemunhas em plenário, e os quesitos foram debatidos, de molde a explicar aos jurados em que teria consistido o recurso perverso utilizado pelo réu na prática do crime. Os jurados votaram conscientemente; não houve qualquer prejuízo para a defesa, que se confinou na negativa da autoria e concordou integralmente com a redação que ao impugnado quesito deu o juiz.

“Admito que não fosse a mais acertada a formulação questionada, e sobre a qual nada argüiu, em tempo, no plenário, a defesa. De qualquer forma, a esta altura não poderia invalidar o julgamento.

É que reconheceram os jurados a outra qualificativa — a meio cruel — (Cód. Cidado, art. 121, § 2.º, inc. III).

O Sr. Min. Eloy da Rocha (Presidente): Haveria nulidade?

O Sr. Min. Carlos Thompson Flores (Relator): Penso que não. O homicídio continuaria qualificado. A pena não baixaria do mínimo, 12 anos, suficiente para a imposição da sanção acessória contra a qual se rebela o impetrante.

Sem objeto, pois, nesse passo, a pretensa falta, não seria causa de nulidade, segundo o sistema adotado pelo Código de Processo Penal, especialmente em seus arts. 563 e 566.

Certo que se fora invocada, antes de extinta a pena, ou, quando pudesse ter o efeito de rebaixá-la a menos do que autorizaria a perda da patente — sanção acessória — mereceria consideração.

Não agora, que nenhuma influência teria, ainda que a cancelasse, pois, ante o reconhecimento da outra qualificativa, não poderia a pena em questão descer dos 12 anos.

Utile per inutile non viciatur.

As outras duas nulidades não constam do pedido. Foram invocadas no memorial. Não autorizariam apreciação. Todavia, foram bem repelidas no bem lançado acórdão, em parte transcrito, e cujas passagens lerei, se a Egrégia Turma julgar necessário.

5. Peço, Sr. Presidente, excusas pelo tempo que tomei, com tão extensas considerações, máxime nesta penúltima sessão do ano, com tantos casos a julgar, muitos deles com réus presos.

Todavia, tantas foram as publicações que se fizeram e se vem fazendo desde maio, quando o pedido aqui ingressou, e que teve marcha demorada pelas razões já esclarecidas no relatório, que me julguei no dever de considerar todos os aspectos do caso, para bem evidenciar sua imprestabilidade para apreciação na via do *habeas corpus*, notadamente, com as escassas provas que para aqui vieram em prol da pretensão.

É o meu voto.”¹¹

(¹¹) Segue-se a assinatura do Min. Relator (HC 50.010-GB, f.). (Transcrição fiel do texto original).

6.4 O voto do Min. Eloy da Rocha (quanto à preliminar)

“Citou-se, nos debates, o RHC 49.893, de que fui Relator, em que a ementa do acórdão, de 8 de maio passado, foi esta: ‘A declaração de extinção da pena privativa de liberdade, cumpridas as condições do *sursis*, na forma dos arts. 59, § 4.º, do CP, e 708 do CPP, não obsta à alegação, pela via do *habeas corpus*, de eventual coação ilegal, resultante da sentença condenatória’.

De acordo com esse entendimento, acompanho o eminente Relator, quanto à preliminar. Conheço, em princípio, do pedido.”

6.5 O voto do Min. Xavier de Albuquerque

“Sr. Presidente, estou de acordo, em grande parte, com o voto do eminente Relator.

No tocante ao fundamento da falta de justa causa, como S. Exa., entendo que a análise dessa motivação excede as forças do *habeas corpus*.

Em muitas hipóteses, tem o Supremo Tribunal Federal, para acudir à alegação de falta de justa causa na impetração de *habeas corpus*, feito exame relativamente profundo da prova produzida. Mas, em casos assim, é sempre essencial que essa prova se cinja a um determinado fato certo, do qual se proponha ao Tribunal a extração de consequências.

Quando a questão é realmente de direito e para ilustrar sua exposição, o impetrante precisa apresentar um fato ao Tribunal e prová-lo inequivocamente. O Tribunal consente — e acho que faz bem em fazê-lo — em examinar essa prova no *habeas corpus*, sem o que não poderia apreciar o fundamento da impetração.

Mas, neste caso, o problema é muito difícil (*sic*), porque a dissidência se põe em termos de autoria. Enquanto o acórdão atacado, confirmando decisão do Júri,

reconheceu a autoria atribuída ao paciente, a impetração pretende obter do Supremo Tribunal Federal, em *habeas corpus*, julgamento que negue essa autoria.

Realmente, creio que essa pretensão excede as possibilidades do meio processual utilizado. Não posso, portanto, tal qual o eminente Relator, conceder a ordem por falta de justa causa.

Quanto às nulidades, em alguns pontos acompanho o voto do eminente Relator. Não em todos, porém, e principalmente em um, que me impressionou sobremaneira.

A questão de ter havido dúvida — não exijo, em caso especialíssimo como este, que haja certeza — quanto à identidade da jurada, vale dizer, dúvida sobre se a jurada que participou do julgamento era efetivamente a jurada sorteada, como tal regularmente constituída e comunicada a toda a comunidade pelo edital costumeiro, essa questão é sumamente grave, creio eu, para que não me debruce sobre ela.

Pareceu-me, pelo relatório e pelo douto voto do eminente Relator, que as informações do Tribunal, aqui apontado como coator, não deram cumprida justificação desse episódio. Mas S. Exa., firme no seu raciocínio de jurista, entendeu que seria necessário, para acolher a arguição, que a impetração trouxesse prova negativa, isto é, prova de que, efetivamente, a pessoa que figurou no Conselho de Sentença, com o nome acrescido de 'Paternostro', não era aquela mesma pessoa cujos primeiros elementos do nome coincidiam com o da lista.

Repito que este caso é especialíssimo, pelo que, para julgá-lo, não chego a exigir tanto. Parece-me que, diante da dúvida fundada de que não eram as mesmas a pessoa sorteada para compor o número de 21 jurados, e a pessoa que integrou efetivamente o Conselho de Sentença, com as circunstâncias de ter sido a última sorteada (quem sabe, até, quando já se haviam esgotado as recusas peremptórias da defesa) e de haver a qualificativa sido reco-

nhecida por 4 votos contra 3, houve prejuízo para o paciente. A repercussão da nulidade faz presumir o prejuízo, pelo menos no ponto da qualificativa. E como não é possível cindir, idealmente, o quesito, não vejo como a nulidade não contamine o julgamento.

O Sr. Min. Thompson Flores: Permita-me V. Exa. um esclarecimento.

Pus, como V. Exa. está pondo, especial atenção à integração no Conselho de Jurados do último daqueles que o compôs. Refiro-me àquela que assinou o termo de votação com o nome completo, Maria Diana Brito 'Paternostro'.

Já referi em meu voto a essa dissonância no patronímico. Ele não consta, em realidade, nem da relação dos jurados, publicada em dezembro de 1953, nem do edital, de convocação de suplentes, para a sessão do julgamento impugnado. O que de ambos consta é o nome Maria Diana Brito, advogada, o qual não sofreu o que se sabe, qualquer impugnação.

Estes são os fatos certos, constantes tanto dos autos da ação penal, como do *habeas corpus*.

A dizer-se, porém, que era ela uma falsa jurada, uma impostora, sujeita, por isso mesmo, a processo criminal; e, por isso mesmo, com sua presença, participando da votação, invalidar a decisão dos jurados, a meu sentir, enorme é a distância.

E, tanto mais, que se assentou ela entre os jurados, participou da longa sessão, sem nenhuma impugnação, quando das recusas utilizavam as partes, inclusive a defesa patrocinada por um dos mais reconhecidos criminalistas.

E precisou o decurso de mais de três lustros para se invocar essa falta... A qual o memorial procura persuadir era até dolosa...

Repare-se. Se o fosse, não iria a jurada assinar como o fez, acrescentando o patronímico, com o qual se argüi a grave falta, envolvendo a todos que tomaram parte no sensacional julgamento.

O que importa, e pediria especial atenção da Eg. Turma, é que não se provou, nem sequer se esboçou prova, de que Maria Diana Brito e Maria Diana Brito Paternostro fossem duas pessoas diferentes. Porque, se eram a mesma, com apenas diferença de nomes, vã seria a falta, que, de resto, é por demais grave, e não conheço sequer um precedente tenha ocorrido até hoje, pelo menos, no Brasil, máxime com o tom que lhe atribui o impetrante.

É fácil seria a prova em questão, mesmo porque diversas são as fotografias dos jurados constantes dos autos, inclusive a do que se fez juiz de fato, e ora é tida como falsa. É que se trata de mera invocação, despida da menor prova, diria eu, simples conjectura.

Admitida a dúvida, e precária, para o fim propugnado, e em *habeas corpus*, parece-me, *data venia*, precedente perigosíssimo, que atenta contra a própria segurança das decisões dos Colegiados, indistintamente, inclusive do Júri.

O Sr. Min. Xavier de Albuquerque: Provar que são as duas a mesma e única pessoa, não é difícil. Mas, provar que não são a mesma pessoa, é difícil, porque constitui prova negativa. Seria necessário que o paciente fosse em busca, no caso, de outra Maria Diana Brito, que ele não tem o dever de conhecer.

O Sr. Min. Thompson Flores (Relator): Mas até fotografias, e boas, apresentam os autos, com folhas de revistas de divulgação como a Manchete e Cruzeiro!

O Sr. Min. Xavier de Albuquerque: Foi fotografada a que compareceu e julgou mas não a que foi sorteada e cujo nome saiu incompleto.

Respeito e admiro a fundamentação do voto do eminente Relator, muito técnico demais para caso tão singular e de tamanha repercussão, mas, no particular dessa nulidade, hesito em acompanhar S. Exa., porque, para mim, basta que se ponha dúvida fundada — e ela o é — de ter participado como juiz quem juiz não seria, para que mande repetir o julgamento.

Quanto às demais nulidades, com alguma eventual restrição que debitarei às minhas deficiências, pois nem sempre acompanhei por inteiro a variada fundamentação do voto do eminente Relator, estou de acordo. Mas, no tocante a essa nulidade, peço vênica para não acompanhar S. Exa., desta vez.

Saliento novamente que este feito, de que estamos a conhecer pela via oblíqua do *habeas corpus*, não é um feito de todos os dias. É um processo extremamente estranho; é um episódio que ainda vive cercado de mistério, sobre o qual as sombras não se desfizeram. Reconheço a nulidade, e prefiro reconhecê-la, para propiciar ao paciente o mínimo que lhe posso dar nesta ocasião, que é a renovação do julgamento.

Quero acrescentar um ponto que também contribuiu para a formação de minha orientação. Segundo revelou o ilustre advogado, Maria Diana Martins Brito é pessoa existente, que casou em 1949 com cidadão de sobrenome Paternostro e passou, desde então, a ser Maria Diana Martins Brito Paternostro. É possível que Maria Diana Brito, sorteada para compor o Conselho de Sentença, seja a mesma pessoa, com o nome incompleto de solteira. Mas, vejamos V. Exas. que esse sorteio se fez em março de 1954, quando ela já era casada há 5 anos.

Data venia, concedo a ordem.”¹²

6.6 O voto do Min. Antonio Neder

“1. A petição de *habeas corpus* contém cinco fundamentos.

O primeiro diz respeito com a falta de justa causa para condenar-se o Tenente Bandeira.

Sustenta o Impetrante que o Paciente não é o autor do homicídio de Afrânio Lemos.

(12) HC 50.010-GB, f. (Transcrição fiel do texto original).

Tenho dúvida acerca do pormenor, importantíssimo é certo, mas, doutro lado, não me é possível julgá-lo em ação de *habeas corpus*, cujo restrito alcance não comporta exame analítico da prova, notadamente a que tem pertinência com autoria; sim, porque, no caso, a justa causa envolve a prova do fato imputado ao Tenente Bandeira, ou a existência do crime que o MP atribuiu à sua conduta, e isto, como ressabido, constitui matéria que não pode ser versada no sumariíssimo processo de *habeas corpus*, instituído tão-somente para o controle da liberdade como do procedimento legal que possa de qualquer modo ameaçá-la.

Cumpre-me, assim, afastar o primeiro fundamento da petição.

2. A segunda razão em que se baseia o pedido é referente à publicação da lista de jurados, visto que se publicou essa relação nominal em dezembro de 1953 e não pela forma prevista no parágrafo único do art. 439 do CPP.

Na verdade, a citada regra determina que o juiz-presidente do Tribunal do Júri faça duas publicações da lista, uma, provisória, no transcurso de novembro do ano anterior ao do funcionamento daquele Colégio, e outra, definitiva, no curso da segunda quinzena de dezembro imediatamente seguinte, pois a primeira pode ser alterada, tanto de ofício quanto por meio de reclamação feita por qualquer pessoa.

Meu juízo a respeito do assunto é o de que a discutida regra contém uma ordem a ser cumprida pelo presidente, que deve ser pontual no executá-la; mas o certo é que, na prática, nem sempre o juiz pode cumprir suas tarefas no prazo legal, não só por causa do seu trabalho abundante e cansativo, como também porque muitos de seus atos dependem de pesquisa, estudo e reflexão demorados.

Embora não pareça, o elaborar a lista de jurados constitui algo complicado.

É que o CPP, art. 439, *caput*, impõe ao juiz que aliste os jurados *mediante escolha por conhecimento pessoal e sob sua*

responsabilidade, e um ato assim grave deve ser praticado com cautela a fim de evitar que figure no meio dos jurados algumas pessoas que não têm aptidão para julgar, porquanto, ao cabo de tudo, o jurado é um juiz, e a escolha de um juiz não é das que se fazem com facilidade, visto que o escolhido é um homem, e este, conquanto se julgue civilizado (*homo sapiens*), na realidade não passa de um complexo de qualidades e defeitos, ou de muitos defeitos e pouquíssimas qualidades, por vezes mais parecido com um animal do que um ente humano, qual registrava o moralista Montaigne (*Essais*); portanto, é justo, racionalmente compreensível, que o juiz-presidente do Tribunal do Júri tenha perplexidade na escolha dos jurados, e, por isso, demore algum tempo no elaborar e publicar a lista dos respectivos nomes; parece-me, enfim, que, na espécie, o atraso constitui *irregularidade*, não uma *nulidade*, tanto mais aceitável esta conclusão quanto é certo que o Impetrante não alega prejuízo para a defesa do Paciente produzido pela demora questionada (CPP, art. 563).

Julgo, então, que não procede o segundo fundamento.

3. Passo ao exame da terceira razão.

Sustenta o Impetrante que o Conselho de Sentença foi constituído pela jurada Maria Diana Brito Paternostro, e que o nome desta não consta da lista de jurados publicada em dezembro de 1953, a lista dos que deveriam servir no decorrer de 1954, quando foi julgado o Paciente, visto que essa relação contém o nome de Maria Diana Brito.

“Trata-se de pormenor que merece reflexão, porque diz respeito com a identidade física do juiz natural, ou juiz competente, o único habilitado a julgar o acusado, como exprime a Constituição no art. 153, § 12, e esse juiz, no Tribunal do Júri não pode ser diferente do que foi *incluído* na lista, do *sorteado* pela forma legal e do *aprovado* pelo acusador e defensor, nos termos dos arts. 433, 439, 445, 447, 457,

458, 459 § 2.º e outros, todos do CPP.

Portanto, é indiscutível a importância da identidade física do jurado *incluído* na lista com o *sorteado* e o que *formou* o Conselho.

A pessoa de Maria Diana Brito que *figurou* na lista, f., e foi *sorteada*, é a mesma de Maria Diana Brito Paternostro que *formou* o Conselho, f.?

Não se lê nos autos nenhum esclarecimento acerca de tal identidade.

Parece-me, todavia (este o meu convencimento), que se trata da mesma pessoa, e que a alteração do nome deve ser atribuída à superveniência do casamento de Maria Diana Brito com um Paternostro, nome este que foi acrescido ao de solteira (CC, art. 240).

Será despidendo tal pormenor?

Trata-se de matéria relevante.

É que o fato de Maria Diana Brito haver-se casado após o alistamento como jurada, e antes do julgamento, devia ser comunicado ao juiz-presidente do Tribunal do Júri, ou, então, denunciado quando foi sorteada, visto que, pelo casamento, pode ter sucedido que se tenha tornado impedida de julgar o Tenente Bandeira.

É o que promana do nosso vigente sistema processual, como se lê nos arts. 252, 253, 254, 255 e 462, todos do CPP, assim redigidos:... (lê).

Se o casamento de Maria Diana sobreveio à inclusão do seu nome na lista dos jurados, e se admissível haja o casamento influído em sua situação de jurada que devia julgar o Tenente Bandeira, seu novo *status* não podia deixar de ser comunicado ao Tribunal do Júri, ao menos para o efeito do que dispõe o § 2.º, do art. 459, do CPP.

Quem sustentará que, por causa do casamento, Maria Diana Brito Paternostro não seria recusada para compor o Conselho?

Note-se que o acusador e o defensor foram consultados, não sobre se aceitavam Maria Diana Brito Paternostro, e sim Maria Diana Brito.

Trata-se de algo que comprometeu a legalidade da constituição do Conselho de Sentença, e que não foi a tempo obviado porque o Tribunal do Júri não *conhecia* o pormenor.

A validade jurídica da investidura de jurado no Conselho tem pertinência com a legitimidade desse Órgão, que deve compor-se de juizes naturais, como exige a Constituição.

Concluo que o Conselho de Sentença não foi constituído mediante observância da lei, e, por isto, sua decisão é nula, como decorre do art. 564, inc. IV, do CPP.

Procede o terceiro fundamento da impetração.

4. Quanto à quarta razão do pedido, eu a tenho como irrelevante, e, por isto, julgo que o Tribunal não pode aceitá-la.

5. Finalmente devo apreciar a nulidade processual que envolve a formulação do quesito relativo à agravante qualificativa inscrita no art. 121, § 29, inc. IV, do CP.

Dita pergunta foi assim formulada: *o réu, na prática do crime, usou de recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima?*

Sustenta o Impetrante que o discutido quesito devia ser desdobrado em dois para ensejar uma pergunta sobre o uso de recurso que *dificultou* e o uso de recurso que *tornou impossível* a defesa da vítima, pois o englobar as duas circunstâncias em única pergunta impediu o Conselho dos Jurados fizesse diferença entre uma e outra, donde o prejuízo da situação jurídico-penal do Paciente, visto que o Júri poderia negar as duas, afirmar a primeira e rejeitar a segunda, ou sustentar estoutra e recusar a anterior.

Por ser exemplificativa a enumeração que se lê no sobre dito inciso, e porque a *dificuldade* e a *impossibilidade* a que ele se refere dizem respeito ao *modo* por que se conduz o agente, por uma razão e outra o Conselho deve ser questionado, separadamente, a respeito da *dificuldade* e acerca da *impossibilidade*, pois a primeira é menos agravante do que a segunda, e isto

influi na quantidade da pena; sem dúvida, o Conselho de Jurados tem o direito de julgar que o réu cometeu o crime por meio de recurso que *dificultou* a defesa da vítima, que o réu praticou o crime por meio de recurso que *tornou impossível* essa defesa, como negar uma circunstância e outra, e o presidente, ao formular os quesitos, não pode fazê-lo de forma que afaste o direito de o Conselho reconhecer a dificuldade ou a impossibilidade e até negá-las; inadmissível é que o Conselho se veja na contingência de afirmar ou negar as duas, como sucedeu no caso agora discutido, sem opção.

Lembro aos eminentes Ministros que, aos 02.06.1966, ao julgar o Recurso Extraordinário Criminal n. 48.353, a Primeira Turma do Supremo Tribunal, seguindo parecer do então Procurador-Geral da República, depois eminente Juiz deste Alto Pretório, o nobre Min. Oswaldo Trigueiro, julgou pela separação dos quesitos em caso idêntico ao agora debatido.

Eis o que se lê na fundamentação do referido acórdão:

Todavia, na conformidade do respeitável entendimento dessa Suprema Corte, o julgamento está nulo e por vício inalegado pela defesa.

É que o Júri não foi perguntado sobre o recurso de que se utilizara o réu para dificultar ou impossibilitar a defesa da vítima.

O quesito, ao nosso ver, por outro lado, não podia ser formulado da forma por que o foi; englobando, num só quesito, as duas circunstâncias, por que, respondendo afirmativamente, não sabemos em que o Júri está.

O réu dificultou ou impossibilitou a defesa da vítima?

Para esclarecer essa dúvida é que se faz mister a propositura de um quesito específico, que, no caso, não foi feito.

Vê-se que a orientação adotada no precedente robustece a opinião que sustento.

Portanto, mesmo seja rejeitada a nulidade pertinente ao possível impedimento de

Maria Diana Brito Paternostro, o certo é que a referente ao desdobramento do quesito não pode ser negada.

Peço vênia ao eminente Ministro (*sic*) Thompson Flores para discordar de Sua Excelência e conceder o *habeas corpus* para o fim de anular o julgamento do Tenente Bandeira".¹³

6.7 O voto do Min. Eloy da Rocha (quanto ao mérito)

"Estou de acordo com o eminente Relator: o remédio legal para a pretensão do paciente encontra-se no art. 621 do CPP, combinado com o art. 626. Dispõe o art. 621: 'A revisão dos processos findos será admitida: I — quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II — quando a sentença condenatória se fundar em depoimento, exames ou documentos comprovadamente falsos; III — quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.'

Como decidido na votação da preliminar, embora haja o réu cumprido a pena, como acontece no caso, é possível, em tese, examinar, em *habeas corpus*, a ocorrência de nulidades, cuja gravidade foi acentuada pelo ilustre advogado impetrante.

Duas das nulidades foram acolhidas pelos votos que dissentiram do eminente Relator. A primeira, quanto à constituição do Júri, do qual teria participado jurada que não o era, que não se identificava com a da lista, Maria Diana Brito, ou Maria Diana Brito Paternostro. Entenderam esses votos que, suscitada dúvida sobre a legalidade da composição do Júri, ela devia ser considerada em favor do réu, de modo a anular-se o julgamento.

⁽¹³⁾ HC 50.010-GB, f. (Transcrição fiel do texto original).

Com a máxima vênia, não acompanho esse entendimento. Realizado o Júri, há dezoito anos, sem que, na sessão de julgamento, ou, depois, na apelação, se levantasse, a propósito, qualquer dúvida, não é possível ao Supremo Tribunal Federal, a meu ver, com os elementos ora oferecidos, no processo de *habeas corpus*, sem a indagação que a alegação reclama, declarar a nulidade do julgamento. O Supremo Tribunal não dirá que o julgamento talvez tenha sido nulo. Ele deverá dizer, sim, se o julgamento foi nulo. Essa declaração só poderia fazê-la o Tribunal, com a certeza, e não com a dúvida sobre a nulidade. Mediante revisão criminal, as mesmas questões poderiam ser examinadas, largamente, sem nenhuma restrição, e a indagação havia de dar resultado seguro, para que o juiz se pronunciasse e proclamasse: foi nulo o julgamento, ou não foi nulo. Esta via está aberta, sem nenhum prejuízo ao paciente, uma vez que ele já cumpriu a pena, não está sujeito à prisão.

Não me parece que se trate de prova da negativa indefinida. É prova possível a de que a pessoa, que compôs o júri, não foi a mesma que integrava a lista dos jurados. A questão, a meu ver, não poderia ser suficientemente esclarecida e decidida no processo de *habeas corpus*.

Rejeito, assim, desde logo, o primeiro fundamento, que se me afigura o fundamento central dos votos discrepantes do eminente Relator.

Quanto à arguição de nulidade, por feito na redação do quesito referente à qualificativa prevista na parte final do inc. IV, do § 2.º, do art. 121 do CP, foi ela exaustivamente apreciada e repelida na apelação. Foram reconhecidas duas qualificativas, as dos incs. III e IV, do § 2.º, do art. 121. Bastava uma delas para qualificar o homicídio. O eminente Relator acentuou que, em se cogitando de quesito, com repercussão na fixação da pena, na gradação maior da pena de homicídio qualificado, cujo mínimo é de doze anos de reclusão, a questão, hoje, não apresenta mais interes-

se. O eminente Min. Antonio Neder objetou que a questão da pena maior ou menor importa, sempre, ao réu. Mas é de ser lembrado o princípio que domina todas as nulidades, o do prejuízo, consagrado no art. 563 do CPP. No caso, para decretação da nulidade, para submeter-se o paciente a novo julgamento do Júri, porque a pena devia ser de doze anos de reclusão, e não de quinze, não existe mais razão. O réu cumpriu mais de metade da pena imposta. Após livramento condicional, foi-lhe concedido indulto, relativamente à parte restante da pena e, em consequência, foi declarada extinta a pena.

O Sr. Min. Antonio Neder: Mas o paciente tem o direito de alimpar o seu currículo, o seu prontuário, ou de pleitear que nele conste a verdade sobre sua conduta, e não algo mais grave do que praticou. Uma agravante não é o mesmo que duas agravantes.

O Sr. Min. Eloy da Rocha (Presidente): Parece-me que o currículo não se modificaria. Condenado a doze ou a quinze anos de reclusão, nada mudaria agora. Com a condenação teria perdido, de qualquer modo, a função pública ou o posto e a patente.

O Sr. Min. Antonio Neder: Sim e não. Se o paciente cometeu o crime com uma agravante, não é justo que o seu currículo registre que o crime foi praticado com duas agravantes.

O Sr. Min. Eloy da Rocha (Presidente): Os debates já se alongaram. Não há mais questão a discutir, dentro dos pontos de vista em que se colocaram os votos.

De acordo com o eminente Relator, indefiro o pedido".¹⁴

7. A decisão

As peculiaridades da causa e as circunstâncias materiais que rodearam os episódios policiais e forenses foram expressa-

⁽¹⁴⁾ HC 50.010-GB, f. (Transcrição fiel do texto original).

mente admitidos na síntese do acórdão. Ela procura justificar o caráter inédito da concessão do *writ*, nos seguintes termos: “Ementa: Julgamento pelo Júri. Nulidade que se reconhece por maioria de votos, atendida a extrema singularidade do caso. *Habeas corpus* concedido. “ACÓRDÃO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em conformidade com a ata de julgamentos (*sic*) e notas taquigráficas, por maioria de votos, conceder o *habeas corpus*, para anular o julgamento, a fim de que outro se realize, com observância das formalidades legais. Brasília, 11 de dezembro de 1972. Presidiu ao julgamento o Sr. Min. ELOY DA ROCHA, Presidente — XAVIER DE ALBUQUERQUE, Relator para o Acórdão”.¹⁵

O extrato da ata do julgamento, tem a seguinte redação: “HC 50.010-GB — Rel. Min. Thompson Flores. Pte. Alberto Jorge Franco Bandeira. Impte. Sebastião Oscar de Castro.

Decisão: concedido o *habeas corpus* para anular o julgamento, a fim de que outro se realize, com observância das formalidades legais, vencidos os Mins. Relator e Presidente. Falaram: pelo paciente, o Dr. Sousa Neto, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Oscar Corrêa Pina, Procurador-Geral da República, substituto. — 2.^a T., em 11.12.1972.

Presidência do Sr. Min. Eloy da Rocha. Presentes à sessão os Srs. Mins. Thompson Flores, Bilac Pinto, Antonio Neder e Xavier de Albuquerque, e, o Dr. Oscar Corrêa Pina, Subprocurador-Geral da República”.¹⁶

8. O memorial do Advogado Sousa Neto

O memorial escrito pelo Advogado Sousa Neto em favor do paciente tinha o

adensado volume de cento e setenta e seis páginas datilografadas, espaço um e meio! Certamente o extraordinário interesse em aprofundar o exame do mérito, aliado à circunstância das contradições da prova indiciária, levou o ex-magistrado a elaborar um verdadeiro pedido de *revisão criminal* sob a capa do *habeas corpus*.

O trabalho, nominado “Ruína e humilhação do Tenente Bandeira”, foi apresentado com os seguintes destaques: *Primeira parte*: I — O nome do inocente caluniado; II — A motivação familiar do crime; III — os nomes dos cinco matadores; IV — um dos homicidas e a Escola da Aeronáutica; V — Catete designa Pandiá Pires para infamar o Tenente e forjar prova para os assassinos; VI — Fraudes e coações da polícia reforçadas por nulidades praticadas na justiça; *Segunda parte*: I — Seis nulidades protetoras dos assassinos e perseguidoras do Paciente (todas declaráveis de ofício); II — Sem arguição da parte, o Supremo Tribunal declarou uma delas no RE 48.353, anulando o julgamento do júri; III — Denúncia encobridora e jurados falsos; IV — Excesso de jurados e falta de atas de sorteio; V — Quesito errado e intruso funcionando com o nome de um jurado; *Terceira parte*: I — Preliminares da Procuradoria; II — Jurisprudência do Supremo Tribunal (Pleno e Turmas) a favor deste *habeas corpus*; III — O Brigadeiro confiou na justiça; IV — Segunda Turma conhece de *habeas corpus* em caso de pena de prisão extinta, sem exigência de revisão criminal (RHC 49.893, Relator Min. Eloy da Rocha); V — Outro acórdão da Segunda Turma concede *habeas corpus* a réu não condenado, em processo findo (HC 50.078, Relator Min. Antonio Neder); VI — Perigo das ementas criminais; VII — Regimento Interno do Supremo Tribunal autoriza concessão deste *habeas corpus* (art. 194); *Conclusão*: Deus e o Supremo Tribunal.

O arremate do memorial bem demonstra o notável esforço de persuasão e a carga de humanismo que envolve o estilo

⁽¹⁵⁾ HC 50.010-GB, f. (Transcrição fiel ao texto original).

⁽¹⁶⁾ HC 50.010-GB, f.

literário do autor, já revelado ao tempo em que exercia a judicatura criminal, especialmente no *caso Aída Cury*.¹⁷ Na impossibilidade de sua integral reprodução, segue-se a publicação das derradeiras palavras:

“O pedido de habeas corpus a Deus.

Não obstante padecer humilhações há vinte anos, o Paciente adia a oração aos céus até que o Supremo Tribunal, que nunca enganou a aflição e que faz do culto da justiça sua principal alegria de viver, o redima neste *habeas corpus*, lançando ao fogo das últimas verberações a requintada e envilecedora farsa dos interessados no encobrimento do insidioso homicídio e na *pasmosa invenção de um delinquente substituto*, os quais macularam de horror os assentos da lei e os desígnios da honra”.

“Deus é a última súplica, a rogação do supremo desespero, a derradeira palavra dos que na terra não encontram o direito igual e o remédio para o vilipêndio. Deus fica atrás de tudo, depois de todos os apelos, findos todos os sacrifícios, além das dores e das traições, detrás do desprezo e da revolta, entre a dolorosa lembrança dos homens e a esperança de não depender deles, entre o olhar que se despede sem saudade e o radioso olhar que garante a anulação dos tormentos humanos.”

É por isso que o Paciente recorre agora ao Supremo Tribunal, que tudo pode fazer com um simples ato de Justiça, ininterrupta e magnífica rotina de suas audiências de Moral e Direito.

A fé perorando no habeas corpus da justiça

Se os tempos ou os homens se inclinam para o mal, os refúgios estão na lei e nos

tribunais. Se o mal expugna os respiradouros comuns, restará a resistência maior e última: a do altaneiro Tribunal, daquele Tribunal que os sofismas não enganam, as seduções não perturbam, os torpes não maculam, os convícios não alcançam. Nele como que se abrigam, sintetizadas pela vergonha e pelos ideais, pelas vicissitudes e pela história, as vibrações íntimas e intocáveis da consciência nacional, numa expressão tão pura e comovente, tão forte e tranqüila, que seus juízes, homens como os demais, essências de todos os homens, parecem seres superiores, dotados de fibra e qualidades extra-humanas.

Sempre foi assim entre nós o Supremo Tribunal, nunca permitindo a afronta da lei federal no indivíduo e na família, em seus bens e em seus direitos, e, sempre que vigila a lei federal, rescinde os desvarios judiciais.

O Supremo Tribunal sabe agora que a justiça criminal da Guanabara arrasou o Paciente, ultrajando seu ideal aeronáutico e destruindo cruelmente suas modestas esperanças de uma vida pacífica, obrigando-o a viver e sofrer entre as mais comburentes recordações de uma mocidade covardemente enxovalhada, entre as sombras inapagáveis e atenuantes de um passado falso e hediondo, que lhe enfiaram como um punhal no âmago do coração. Sabe agora o Supremo Tribunal que a justiça da Guanabara fez todo esse mal inindenizável porque não tinha condições de resistir à pressão da política dominante, com a qual plena e gostosamente se identificava, incapaz de imaginar, na imprevidência dos empolgados, que um dia os direitos do inocente caluniado e crucificado no banco do júri, no lugar dos moços do Sacopã, reivindicariam sua honra e sua cabal reabilitação.

O Supremo Tribunal assiste agora à luta desesperada da justiça coatora para que não se reabra o imoralíssimo escândalo, para que não se rediscuta o indefensabilíssimo gesto da docilidade e do solidarismo aos régios donos do ‘inquéri-

⁽¹⁷⁾ Ver, a propósito, René Ariel Dotti, “O processo Aída Cury” (1.ª e 2.ª parte), em *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 14 e 15, de 1996, p. 374 *et seq.* e 360 *et seq.*

to' e do 'processo' precursores e incentivadores, por culpa do tribunal coator, ante a impunidade do grupelho político, do negro atentado de Tonelero. O Ministro Relator do *habeas corpus* do Paciente é testemunha da recalcitração do tribunal guanabariniano, tentando sombrear o julgamento do *habeas corpus* com a recusa teimosa, repetida e sintomática de não prestar informações referentes à arguição de nulidades. O Supremo Tribunal presencia, melancolicamente, a lamentável habilidade processual do tribunal prestigiador do nulíssimo e iniquíssimo sentenciamento, em que, por embaimentos e coações, se sinistrou a inocência no lugar do crime.

Vai doer hoje e sempre a dor da iniquidade, a dor do *crime judiciário*, enquanto a inocência não voltar a ser inocência e o crime não retornar ao reino dos crimes. De hoje em diante, se a dor injusta continuar a doer no coração do inocente, a dor justa, a dor do crime no criminoso doerá todos os dias, no corpo e no resto de consciência dos que perfidaram o processo e, fatalizaram a Justiça. A Nação não se insensibilizará diante dos crimes ainda impunes e dos delinquentes ainda agraciados com a inagarrabilidade e a indenunção.

A Justiça da Guanabara é a sede das humilhações do Paciente, é a instância poderosa de seus algozes. Ela ainda não

possui isenção para julgar o resto de vida e de direitos do Paciente. Ela não pode julgá-lo sem o apriorismo dos interesses, sem o apriorismo da honra em causa, sem o apriorismo das *teorias da polícia*, sem o apriorismo das nulidades calamitosas, das nulidades que se teima em manter escondidas e sonegadas.

Eu não saberia exprimir em palavras a violenta surpresa que me causaria a denegação deste *habeas corpus*. Devolver os irreparados suspiros da inocência humilhada às forças da comprometida justiça local à fender em pedaços a fé invacilante no Supremo Tribunal, é desesperar de uma vez e de um golpe, na hora em que é preciso allear-se em sua própria dignidade, a crença justificada e sedimentada por uma secular tradição de feitos merecidamente exaltados. Mandar que o imolador renove os sofrimentos morais do inocente perversamente vilipendiado, abstando-se de removê-lo com um ato puro de pronta e definitiva reparação legal, é empresa que não se ajusta às previsões e às esperanças dos brasileiros, dos brasileiros que só têm um mito de prudência, equilíbrio e sabedoria: o Supremo Tribunal Federal.

O Tenente Bandeira confia no Supremo Tribunal.

Brasília, .. de de 1972.

Sousa Neto
advogado."¹⁸

(18) Transcrição fiel da cópia datilografada do memorial, recebido através do Advogado Wilson Lopes dos Santos.