

11/11/2008

SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS 94.641-1 BAHIA**

**RELATORA ORIGINÁRIA** : MIN. ELLEN GRACIE  
**RELATOR PARA O** : MIN. JOAQUIM BARBOSA  
**ACÓRDÃO**  
 PACIENTE(S) : OSMAR VIEIRA BARBOSA  
 IMPETRANTE(S) : DJALMA EUTÍMIO DE CARVALHO  
 COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EMENTA:** HABEAS CORPUS. Processo Penal. Magistrado que atuou como autoridade policial no procedimento preliminar de investigação de paternidade. Vedação ao exercício jurisdicional. Impedimento. Art. 252, incisos I e II, do Código de Processo Penal.

Ordem concedida para anular o processo desde o recebimento da denúncia.

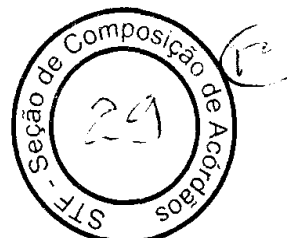
**A C Ó R D ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em conceder, de ofício, a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator, vencida a ministra Ellen Gracie, que conhecia, em parte, do pedido e, na parte conhecida, o indeferia, expedindo-se, imediatamente, ordem de soltura em favor do paciente se, por al, não estiver preso.

Brasília, 11 de novembro de 2008.

  
**JOAQUIM BARBOSA**

- Redator p/ o acórdão



14/10/2008

SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS 94.641-1 BAHIA**

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE  
PACIENTE(S) : OSMAR VIEIRA BARBOSA  
IMPETRANTE(S) : DJALMA EUTÍMIO DE CARVALHO  
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**RELATÓRIO**

A Senhora Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra ato do Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do recurso em *habeas corpus*, denegou a ordem em acórdão assim ementado (fl. 24):

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 214 C/C ART. 224, ALÍNEA A, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS IDÔNEAS A EMBASAR A CONDENAÇÃO. EXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO INCABÍVEL NA VIA ELEITA.

I – Percebe-se que tanto a r. sentença penal condenatória, como o reprochado acórdão analisaram de forma cuidadosa o material probatório existente nos autos, afastando, uma a uma, as alegações levantadas pela defesa e reiteradas neste mandamus, e concluíram de forma incisiva pela condenação do paciente, uma vez que a autoria dos delitos que lhe foram imputados na exordial restou incontroversa, isso, frise-se, a partir da análise da prova testemunhal robusta, bem como do seguro e convincente depoimento da vítima.

II – Assim, no caso em tela, infirmar a condenação do paciente ao argumento da insuficiência das provas coligidas demandaria, necessariamente, o amplo revolvimento da matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de *habeas corpus* (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso).

HC 94.641 / BA

*Habeas corpus denegado*”.

Argumenta, o impetrante, que o paciente foi denunciado e processado por supostamente haver praticado atentado violento ao pudor contra sua filha. A denúncia se baseou em procedimento de averiguação de paternidade, sendo que em agosto de 2006 houve decreto da prisão preventiva do paciente.

Narra que, após regular instrução, sobreveio sentença na qual o paciente foi condenado à pena de 9 (nove) anos, 2 (dois) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, tendo sido interpostas apelações pela defesa e pela acusação. Esclarece que houve provimento apenas do recurso do Ministério Público, com majoração da pena do paciente para 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Houve impetração de *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça devido à ausência de justa causa para a condenação do paciente, tendo sido denegada a ordem. Alega que o processo é nulo em razão da existência de impedimento do juiz que prolatou a sentença condenatória. Nos termos do art. 252, II, CPP, há impedimento do juiz para a ação penal quando ele tiver desempenhado a função de autoridade policial (no caso, haver presidido o procedimento administrativo de averiguação de paternidade, nos termos da Lei nº 8.560/92).

Mesmo após a negativa dos supostos pais relativamente à paternidade do paciente em relação à vítima, o juiz prosseguiu com o procedimento, colhendo prova, apresentando relatório com determinação de encaminhamento do procedimento para o Ministério Público. O mesmo juiz, baseado nos fatos por ele apurados, recebeu a denúncia e decretou a prisão preventiva do paciente.

Ademais, a condenação do paciente se baseou em provas ilícitas (declarações da vítima no procedimento de averiguação de paternidade e meros testemunhos “por ouvir dizer”). Tais provas são inidôneas para fundamentar um decreto condenatório. Informa que não se trata de revolvimento de provas,

HC 94.641 / BA

mas sim apenas a aferição da idoneidade da prova que ensejou a condenação.

Aduz que o acórdão da 5ª Turma do STJ também violou o princípio da igualdade, já que em outros casos apreciados pelo mesmo tribunal, houve reconhecimento da inidoneidade da condenação baseada apenas nas declarações da vítima.

Requer a concessão da ordem para cassar a sentença condenatória e o acórdão que a confirmou, determinando o trancamento da ação penal por falta de justa causa, com a expedição de alvará de soltura.

2. Decisão que indeferiu o requerimento de liminar (fls. 35/37).

3. Irresignado com tal decisão, o impetrante interpôs agravo regimental, sustentando que não houve supressão de instância eis que a matéria relativa ao impedimento de juiz envolve tema de nulidade absoluta. Além disso, o argumento central da impetração é o de que as declarações da vítima no procedimento não poderiam ser consideradas hábeis para alicerçar a condenação, eis que não houve observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Requer o provimento do agravo para a concessão da liminar (fls. 43/50).

4. Informações prestadas pelo Superior Tribunal de Justiça (fls. 54/54).

5. Manifestação da Procuradoria-Geral da República no sentido do conhecimento parcial do *writ* e, nessa parte, pela denegação da ordem (fls. 65/68).

6. Petição do impetrante no sentido de requerer sua intimação quanto à data do julgamento (fl. 71).

É o relatório.



HC 94.641 / BA

## VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie - (Relatora): 1. Três são as questões de direito discutidas neste *writ*: a) nulidade do processo em razão do impedimento do juiz que proferiu a sentença; b) falta de justa causa para a condenação devido à existência de prova inidônea; c) nulidade do acórdão do STJ em virtude da violação ao princípio da isonomia.

O paciente foi denunciado e condenado como incurso nas sanções dos arts. 214, na forma do 71, c.c. 224, *a* e 225, II, todos do Código Penal, porque teria praticado, em diversas ocasiões, atos libidinosos diversos da conjunção carnal com sua própria filha desde a época em que ela tinha 13 (treze) anos de idade.

Reproduzo, em seguida, trecho da sentença condenatória relativamente ao paciente (fl. 44, do apenso):

*“As provas demonstram a ocorrência de violência física e moral, praticada pelo réu contra a própria filha menor, para a satisfação de seu prazer sexual. Trata-se, portanto, de ataque grave e intolerável a bens jurídicos relevantes, contemplados com destaque no texto constitucional, no caso, a liberdade sexual, a dignidade e a própria integridade física da vítima.*

*O depoimento da vítima é coerente, seguro e harmônico com as demais provas carreadas aos autos. Não se pode desprezar seu depoimento; sobre ele não se levantou eiva de qualquer espécie. O fato de a vítima ter revelado os fatos em Juízo apenas no momento em que tratava da paternidade de sua filha não tem o condão de ‘anular o processo’ como pretende a defesa. Perante a autoridade policial a vítima já havia noticiado que o réu dela abusava sexualmente. Relevante salientar que foi o próprio réu quem impediu a inquirição da vítima na instrução processual, pois uma vez mais a aterrorizou, forçando-a a viajar com a filha para*

HC 94.641 / BA

*fora dessa Comarca. O depoimento da vítima constitui apenas um dos meios de prova em direito admitidas.*

*No caso sub judice, há prova testemunhal robusta, dando conta de que a vítima, desde a infância, sofria ameaças e violência real, praticadas pelo réu, com vistas à satisfação de seu prazer sexual. Este não violou apenas a moral, os bons costumes e os deveres inerentes ao poder familiar; inquestionavelmente, praticou o fato descrito no art. 214, do Código Penal. Ainda que não houvesse prova da violência real, estaria configurado o crime hediondo, em razão do disposto no art. 224, a, do Código Penal.*

*Não há qualquer dúvida sobre a autoria, nem há suspeita de envolvimento de outras pessoas. A materialidade está provada por meio dos documentos e depoimentos da vítima e das testemunhas”.*

O acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia seguiu a mesma orientação, analisando detida e minuciosamente os elementos de prova colhidos durante a instrução (e não apenas as declarações da vítima prestadas no procedimento de averiguação de paternidade), destacando-se o seguinte trecho do voto do relator (fls. 51/60, do apenso):

*“Os elementos de prova foram amplamente valorados pelo MM. a quo, que, motivadamente, afastou a tese da DEFESA.*

*Em verdade, o apelante, ainda insatisfeito, deseja revolver o conjunto probatório, por entender não ter praticado o delito de atentado violento ao pudor, na tentativa de fugir da pena aplicada.*

*Compulsando os autos, tem-se que a materialidade delitiva, bem como a autoria estão comprovadas pelas uníssonas versões da vítima e testemunhas, colhidas sob o crivo do contraditório,*

HC 94.641 / BA

*acerca da participação do acusado, o reconhecendo na forma determinada pela legislação, inclusive confirmando em juízo ser o mesmo o autor do fato; ressaíndo ainda indubitosa das declarações do réu, sem qualquer fundamento lógico.*

*É nesse sentido que a prova tanto da materialidade quanto da autoria do delito imputado ao réu vêm positivadas, sobretudo, pela prova oral carreada aos autos.*

*Assim, às fls. 10/12, em declarações em juízo, nos autos da investigação de paternidade de Júlia, filha de Josiana, esta declarou que seu pai poderia ser o genitor da menor:*

*(...)*

*Destarte, há declarações da vítima aptas a validar a condenação, eis que prestadas sob o crivo do contraditório e em consonância com o conjunto probatório dos autos da ação criminal. Não havendo que se falar em ilegalidade de provas emprestadas.*

*A prova emprestada é cabível no processo penal, principalmente, se ela decorre de outro processo, onde foram observados os princípios do contraditório e da ampla defesa. Esta é a hipótese dos autos.*

*Neste sentido, orienta o Superior Tribunal de Justiça.*

*(...)*

*Nos autos da ação de investigação de paternidade, à fl. 14, Claudionor França dos Santos, genro do réu e cunhado da vítima, informou, em juízo, “que o relacionamento entre o pai de Josiana e esta não era normal, porque o referido genitor a tem como a mulher, e não como filha (...)”.*

*À fl. 68, depõe nos autos desta ação criminal, ratificando integralmente os depoimentos outrora prestados.*

*À fl. 17, Maria José Dias e Eliete Dias dos Santos informam, em juízo, que a vítima foi à*

HC 94.641 / BA

*casa da primeira “aparentando pavor e medo e lhe disse que seu genitor Osmar a havia forçado a ir embora para São Paulo, para morar na casa da irmã. (...) Josiana sempre lhe contava que seu pai a constrangia a manter relações sexuais”.*

*(...)*

*Também na polícia, às fls. 22/23, quando da investigação da lesão corporal leve praticada por seu genitor contra Claudionor, Josiana afirmou que há anos seu pai lhe assediava, que ele pegava em suas partes íntimas, que a espiava no banho, que ejaculava entre suas pernas e que certa vez tentou introduzir o pênis a força, até pegando o seu pescoço com a ameaça de esganá-la.*

*As declarações da vítima nos crimes sexuais são de suma importância, uma vez que, em regra, são cometidos às ocultas, sem deixar testemunhas.*

*(...)*

*No caso em foco, a vítima, além de ter declarado a conduta típica do seu genitor, tanto na delegacia quanto em juízo – na investigação de paternidade de sua filha – confidenciou o fato delitivo a Maria José Dias, a qual depôs, às fls. 72/73, nos autos da presente ação criminal, afirmando o seguinte:*

*“Isbete Pereira, irmã da vítima, disse à testemunha que desde os onze anos de idade a vítima mantinha relações sexuais com o seu genitor, ora réu; (...) a vítima, mesmo antes de engravidar, já revelava à testemunha que estava sofrendo por ter de manter relações sexuais com o ora réu, e que não queria deixar os irmãos sozinhos (...) Josiana lhe revelou que era ameaçada pelo réu, inclusive com faca no pescoço, para manter segredo sobre as relações sexuais praticadas com o ora réu”.*

*À fl. 91, a testemunha arrolada pelo Juízo, Eliete Dias dos Santos, afirma que a própria vítima que disse que “desde os onze anos de idade*



HC 94.641 / BA

*ocorriam relações sexuais entre ela e o genitor Osmar, ora réu; os familiares da vítima sabem de tal fato (...)”.*

*O apelante negou, a todo tempo, sua autoria na prática do acontecimento delitivo. Dificultou a colheita de provas no âmbito da ação criminal, haja vista que forçou a vítima a se mudar para a cidade de São Paulo. No entanto, o Promotor de Justiça conseguiu testemunhas de acusação supracitadas (Claudionor França dos Santos, Maria José Dias e Eliete Dias dos Santos), as quais confirmaram as declarações da vítima.*

*Desta forma, verifica-se que, apesar da negativa da autoria do crime pelo apelante, às fls. 35/37, há, nesses autos, provas cabais e robustas de autoria do crime imputado ao apelante.*

*Outrossim, as provas coligidas nos autos mostram-se suficientes para autorizarem a condenação do apelante e, por conseguinte, com a força legal levar o julgador ao livre convencimento da culpabilidade do mesmo.*

*Destarte, o conjunto probatório confere a certeza processual necessária à condenação, razão pela qual nego provimento ao recurso de apelação da Defesa”.*

2. Relativamente à primeira tese apresentada na inicial deste *habeas corpus* – referente à nulidade do processo por força do alegado impedimento do juiz de direito –, a matéria sequer foi levada ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça no HC nº 94.788-BA, não podendo esta Corte enfrentar a matéria sob pena de supressão de instância.

A circunstância de a matéria ser cognoscível de ofício, com efeito, não altera a conclusão acima exposta, eis que o Supremo Tribunal Federal tem competência originária para conhecer e julgar o *habeas corpus* quando o coator for Tribunal Superior (CF, art. 102, I, i). Ora, levando em conta que a questão da nulidade do processo por suposto impedimento do juiz que prolatou a sentença

HC 94.641 / BA

condenatória sequer foi levada ao conhecimento do STJ, não há ato de Tribunal Superior que possa ser objeto deste *writ*.

Desse modo, não conheço do *habeas corpus* na parte relativa ao pedido fundado na suposta nulidade do processo. De qualquer modo, não há qualquer vício na circunstância de o juiz que presidiu a audiência de colheita de prova oral no procedimento de averiguação de paternidade, ser o mesmo juiz que proferiu sentença no bojo da ação penal. Não incide, na hipótese, o disposto no art. 252, II, do Código de Processo Penal que, como se sabe, não pode ser interpretado ampliativamente.

3. Como registrou o relator do STJ, Min. Felix Fischer, *“percebe-se que tanto a r. sentença penal condenatória, como o reprochado acórdão analisaram de forma cuidadosa o material probatório existente nos autos, afastando, ponto por ponto, as alegações levantadas pela defesa e reiteradas neste mandamus, e concluíram de forma incisiva pela condenação do paciente, uma vez que a autoria dos delitos que lhe foram imputados na exordial restou incontroversa, isso, frise-se, a partir da análise de prova testemunhal robusta, bem como do seguro e convincente depoimento da vítima”* (fl. 58).

Diversamente do que sustenta o impetrante, a pretensão deduzida neste *writ* envolve, sim, o reexame do material fático-probante valorado pelas instâncias ordinárias no julgamento da causa. Com efeito, a transcrição dos trechos da sentença e do acórdão revela que não foram apenas as declarações prestadas pela vítima no procedimento de averiguação oficiosa de paternidade que alicerçaram a condenação do paciente.

O juízo de condenação decorreu do conjunto de provas produzidas, incluindo os testemunhos das pessoas que tiveram contato com a vítima à época dos fatos, a indicação do nascimento de criança, filha da vítima, possivelmente em razão dos contatos sexuais com o paciente, além de ter sido considerada a circunstância da vítima não ter sido localizada por haver deixado sua residência devido à imposição feita pelo paciente.

HC 94.641 / BA

A esse respeito, transcrevo trecho da manifestação da Procuradoria-Geral da República (fls. 66/67):

*“Cumpre ressaltar, de início, conforme pacificado na jurisprudência, que o habeas corpus é instrumento inadequado para reapreciar matéria de fato, bem como que o trancamento de uma ação penal exige que a ausência de justa causa, atipicidade da conduta ou uma causa extintiva da punibilidade estejam evidentes, independente de investigação probatória, o que não se verifica no presente caso”.*

4. A terceira tese apresentada pelo impetrante – nulidade do acórdão do STJ por suposta violação ao princípio da isonomia – também não merece acolhimento. A matéria sequer tem como ser conhecida tal como pretende o impetrante, eis que as circunstâncias relacionadas à avaliação dos fatos e das provas em determinado caso não têm como ser comparadas aos fatos e provas relacionadas a outros casos.

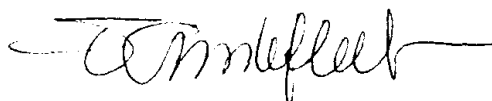
No caso em questão, a condenação não se baseou exclusivamente nas declarações prestadas pela vítima, conforme ficou assentado na sentença do juiz de direito e no acórdão da Corte estadual. Há de se considerar, ainda, objetivamente que houve nascimento de uma criança, filha da vítima, possivelmente em razão dos contatos sexuais com o paciente.

Conclui-se, pois, no sentido do conhecimento parcial do *writ* e, na parte conhecida, da denegação da ordem. Via de consequência, prejudicado resta o agravo regimental.

5. Ante o exposto, **conheço parcialmente do habeas corpus** e, na parte conhecida, **o denego, julgando prejudicado o agravo regimental**.

É como voto.

/2



14/10/2008

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 94.641-1 BAHIAVOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Senhora Presidente, vou pedir vênias a Vossa Excelência para conceder a ordem.

Entendo que há nulidade grave. O juiz, durante dias, intimou várias testemunhas, colheu depoimentos, fez um breve relatório e enviou para o Ministério Público. Presidiu a toda a instrução e proferiu sentença. Ele atuou como autoridade policial.

Num caso de menor gravidade do que este, oriundo do Rio de Janeiro, em que um desembargador que participara do processo administrativo em que estivera envolvido o réu, e veio não obstante a participar do seu julgamento na esfera criminal, nós concedemos a ordem. Aquele caso, a meu ver, era bem menos grave do que este.

Eu, com muito mais razão, concedo, neste caso, de ofício, porque essa questão não foi analisada aparentemente por nenhuma das instâncias inferiores.



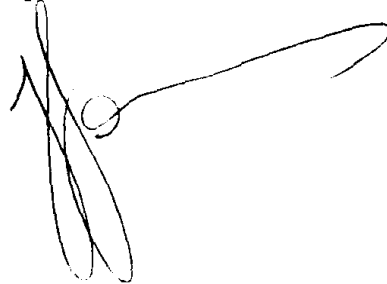
*Supremo Tribunal Federal*

HC 94.641 / BA

**A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE E RELATORA) -**

E, no caso, o juiz colheu esses depoimentos na investigação de paternidade?

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA -** Sim, mas ele não se limitou a isso. Ele intimou outras pessoas. Ele não teve conhecimento do fato e imediatamente comunicou ao Ministério Público; ele prosseguiu colhendo depoimentos e sentenciou.



14/10/2008

SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS 94.641-1 BAHIA**

À REVISÃO DE APARTE DO SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA.

VISTA

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhora Presidente, penso em pedir vista.

Há aqui, pelo menos no parecer do Ministério Público, informação que me deixa em dúvida:

"O paciente foi condenado pelo Juízo de Direito da Vara Criminal da comarca de Presidente Jânio Quadros/BA," (...)

Logo abaixo diz:

"Alega o impetrante, em síntese, que a ação penal é nula, desde o recebimento da denúncia, pois o Juiz de Direito da Comarca de Maetinga/BA" (...)

Dá-me a impressão de que são juízes diferentes.


O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Eu me baseei no nome do juiz; o nome é sempre o mesmo: Genivaldo Alves.



HC 94.641 / BA

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO** - É o mesmo juiz.

Quer dizer, ele deve ter funcionado em ambas as Comarcas.

Peço vista. 

*Supremo Tribunal Federal***SEGUNDA TURMA****EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 94.641-1**

PROCED. : BAHIA

**RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE**

PACTE.(S) : OSMAR VIEIRA BARBOSA

IMPTE.(S) : DJALMA EUTÍMIO DE CARVALHO

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Decisão:** Após o voto da Ministra-Relatora que conhecia, em parte, o *habeas corpus* e, na parte conhecida, denegava a ordem, e do voto do Ministro Joaquim Barbosa que, de ofício, deferia a ordem de *habeas corpus*, o julgamento foi adiado em virtude de pedido vista do Senhor Ministro Cezar Peluso. Falou, pelo paciente, o Dr. Djalma Eutímio de Carvalho e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Francisco Adalberto Nóbrega. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Celso de Mello e Eros Grau. Presidiu, este julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. **2ª Turma**, 14.10.2008.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Eros Grau.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Adalberto Nóbrega.

Carlos Alberto Cantanhede  
Coordenador




11/11/2008

SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS 94.641-1 BAHIA****VOTO - VISTA**

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO:** 1. Trata-se de *habeas corpus* em que figura como paciente OSMAR VIEIRA BARBOSA, condenado, em primeiro grau, à pena de 9 (nove) anos, 2 (dois) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, majorada, em recurso, para 10 (dez) anos e 6 (seis) meses, por infração ao art. 214, cc. arts. 224, a, e 225, II, na forma do art. 71, todos do Código Penal.

Denegada ordem no Superior Tribunal de Justiça, foi impetrado este *habeas corpus*, em que se alega em síntese: a) nulidade do processo penal de primeiro grau, por impedimento do juiz, que teria atuado como autoridade policial na fase investigatória de paternidade; b) ilicitude das provas nas quais se baseou a condenação ("*declarações da vítima no procedimento de averiguação de paternidade e meros testemunhos 'por ouvir dizer'*"); c) nulidade do acórdão do STJ por violação ao princípio da isonomia, pois teria decidido de maneira diversa em casos semelhantes.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento parcial do *writ*, mas pela denegação da ordem. 


HC 94.641 / BA

2. Na sessão do dia 14 de outubro de 2008, a Relatora, Min. **ELLEN GRACIE**, não conheceu do pedido quanto à primeira alegação, uma vez não analisada no acórdão atacado, e, quanto às demais, indeferiu a ordem por exigir revolvimento de matéria de fato.

O Min. **JOAQUIM BARBOSA** concedeu a ordem de ofício, com fundamento na primeira alegação do impetrante, pois o magistrado sentenciante teria atuado como se fora autoridade policial, em virtude de, no procedimento preliminar de investigação de paternidade, em que foram apurados os fatos, ter ouvido diversas testemunhas antes de encaminhar os autos ao Ministério Público para a propositura de ação penal.

Pedi vista.

3. *Data venia* da douta Min. Relatora, acompanho a solução do eminente Min. **JOAQUIM BARBOSA**.

Abstraídos os demais fundamentos do pedido, estou em que se patenteia, no caso, quebra da chamada *imparcialidade objetiva*, de que deve, como cláusula elementar do princípio constitucional do justo processo da lei (*due process of law*), revestir-se, na situação de cada causa, o magistrado competente para decidi-la. E, por implicar nulidade absoluta, o vício processual, que é grave, pode pronunciado, até de ofício, a qualquer tempo, prescindindo, sobre a questão, de juízo anterior dos órgãos jurisdicionais que antecederam a esta Corte no julgamento do caso, donde não haver espaço para cogitar-se de supressão de instâncias. 

HC 94.641 / BA

Deveras, pouco se dá que as provas ou elementos indiciários que deram base à denúncia e, no processo subsequente, à própria sentença penal condenatória, não tenham sido colhidos em inquérito policial, mas no curso de procedimento oficioso de investigação de paternidade de que trata o art. 2º da Lei federal nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992.

Coisa indiscutível é que, tendo-os coligido pessoalmente nessa sede, a qual guarda evidente *caráter preliminar* em relação às causas que daí podiam irradiar-se, o mesmo juiz conduziu, ao depois, todo o processo da ação penal fundada nos mesmíssimos fatos e, nela, proferiu sentença condenatória. Funcionou, assim, na produção das provas e cognição dos fatos, nas duas fases processuais em que estes se desdobraram como objeto de apuração jurisdicional, ou seja, na investigação oficiosa preliminar de paternidade e no processo e julgamento da ação penal consequente.

Pensa a jurisprudência dominante que, à luz do disposto no art. 252 do Código de Processo Penal, não esteja o juiz que tenha atuado em outro processo a respeito da matéria, impedido de exercer o ofício, porque seriam taxativas as hipóteses ali previstas, das quais a do inc. III diria respeito a atuação em fases diversas do mesmo processo:

“No tocante a alegação de nulidade do julgamento da apelação por estar impedido Juiz que dele participou apesar de ter exercido jurisdição em ação civil pública movida contra os reus pelas fraudes ocorridas na LBA, e ela improcedente, porquanto as causas, enumeradas no artigo 252 do Código de Processo Penal, que dão margem a impedimento, dizem respeito ao mesmo processo e não, como ocorre no caso, a outro. O inciso III desse artigo se refere ao impedimento de Juiz que, no mesmo processo,

HC 94.641 / BA

mas em outra instância, se houver pronunciado, de fato ou de direito, sobre a questão. Ademais, as causas de impedimento são taxativas e as normas que as enumeram em "numerus clausus" são de direito estrito. - Inexistência, no caso, de "reformatio in peius". Ocorrência de "emendatio libelli" que pode ser feita em segundo grau de jurisdição. Precedentes do S.T.F. - Tendo a denúncia imputado ao ora paciente crimes funcionais e não funcionais, não se aplica o disposto no artigo 514 do C.P.P., como entendeu esta Corte no julgamento do HC 50664 (RTJ 66/365 e segs.), ao salientar: "Bastante e que a denúncia classifique que a conduta do réu em norma que defina crime não funcional, embora nela inclua também o de responsabilidade, para se afastar a medida prevista no art. 514 do C.Pr. Penal". De outra parte, a omissão dessa formalidade só acarreta, segundo a jurisprudência desta Corte, nulidade relativa, que não se declara quando não alegada - como não o foi no caso - no momento oportuno, nem quando não há a demonstração de prejuízo para o réu". Ademais, segundo o relatório da sentença de primeiro grau, - e o ora paciente não demonstrou o contrário -, foi ele notificado para apresentar resposta nos termos do artigo 514 do C.P.P. e a apresentou. "Habeas corpus" indeferido". (HC n.º 73099, Rel Min. MOREIRA ALVES, DJ de 17.05.1996)

Não me parece, *data venia*, seja esta a leitura mais acertada, sobretudo perante os princípios e as regras constitucionais que a devem iluminar, segundo as incontroversas circunstâncias históricas do caso, em que o juiz, ao conduzir e julgar a ação penal, não conseguiu - nem poderia fazê-lo, dada a natural limitação do mecanismo de autocontrole sobre motivações psíquicas subterrâneas - despir-se da irreprimível influência das impressões pessoais gravadas já na instrução sumária do procedimento de investigação de paternidade.

É o que se vê claro ao conteúdo das suas decisões, em especial no recebimento da denúncia e na decretação da prisão preventiva do ora paciente, em ambas as quais evidenciou estar fortemente influenciado, na formação e justificação do convencimento, pelas percepções adquiridas na

HC 94.641 / BA

investigação preliminar (fls. 21-24 do apenso). Da mesma forma, mostra-se a sentença condenatória repleta de remissões aos atos dessa investigação prévia, além de opiniões já anteriormente concebidas e expostas sobre os fatos. Neste passo, por exemplo, chega a mencionar ter percebido que, durante sua inquirição no procedimento preliminar, a vítima estava “*muito constrangida e nervosa*” (fl. 40 do apenso). E advirta-se que a vítima já não foi ouvida na instrução criminal.

Caracteriza-se, portanto, hipótese exemplar de ruptura da situação de *imparcialidade objetiva*, cuja falta incapacita, de todo, o magistrado para conhecer e decidir causa que lhe tenha sido submetida, em relação à qual a incontornável predisposição psicológica nascida de profundo contato anterior com as revelações e a força retórica da prova dos fatos o torna concretamente *incompatível* com a exigência de exercício isento da função jurisdicional.<sup>1</sup> Tal qualidade, carente no caso, diz-se *objetiva*, porque não provém de ausência de vínculos juridicamente importantes entre o juiz e qualquer dos interessados jurídicos na causa, sejam partes ou não (*imparcialidade dita subjetiva*), mas porque corresponde à condição de *originalidade* da cognição que irá o juiz desenvolver na causa, no sentido de que não haja ainda, de modo consciente ou inconsciente, formado nenhuma convicção ou juízo prévio, no mesmo ou em outro processo, sobre os fatos por apurar ou sobre a sorte jurídica da lide por

---

<sup>1</sup> Incompatibilidade (*incompatibilità*) é, aliás, a tradicional denominação que a lei e a doutrina italianas reservam às posições pessoais do magistrado que, a respeito da matéria do juízo, podem comprometer-lhe a imparcialidade pressuposta ao exercício legítimo da jurisdição, como advertia CARNELUTTI (*Principi del processo penale*. Napoli: Morano, 1960. p. 73, nº 55.)

HC 94.641 / BA

decidir. Como é óbvio, sua perda significa falta da isenção inerente ao exercício legítimo da função jurisdicional.

O ordenamento jurídico italiano prevê hipótese que, *mutatis mutandis*, pode dizer-se substancialmente idêntica à da espécie, ao estipular, no art. 34, comma 2-bis, cc. comma 2-ter, do Código de Processo Penal, situação de incompatibilidade,<sup>2</sup> equivalente à perda da *imparcialidade objetiva*, sempre que o juiz haja desempenhado funções no procedimento de *indagini preliminari*, antecipando juízo sobre a culpabilidade do acusado.<sup>3</sup>

A respeito nota a doutrina:

“A imparcialidade do juiz, mais do que simples atributo da função jurisdicional, é vista hodiernamente como seu caráter essencial, sendo o princípio do juiz natural erigido em núcleo essencial do exercício da função. Mais do que direito subjetivo da parte e para além do conteúdo individualista dos direitos processuais, o princípio do juiz natural é garantia da própria jurisdição, seu elemento essencial, sua qualificação substancial. Sem o juiz natural, não há função jurisdicional possível.”<sup>4</sup>

Não me parece, no entanto, que o requisito da *imparcialidade objetiva* derive do princípio do juiz natural. Antes, este é que se fundamenta na imparcialidade da jurisdição, enquanto sua *ratio* última, como já o demonstrou a clássica monografia de **TAORMINA**, para quem

---

<sup>2</sup> Cf. nota anterior.

<sup>3</sup> Cf. **TONINI, Paolo**. *Manuale di procedura penale*. 6ª ed. Milano: A. Giuffrè, 2005. p. 87.

<sup>4</sup> **GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães**. *As nulidades no processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001, p. 46.

HC 94.641 / BA

“Che il processo sia esclusivamente giurisdizione significa che in ogni momento deve conformarsi all'essenza del giurisdire che consiste nella imparziale od equidistante considerazione degli interessi delle parti... Ormai sappiamo che la causa di questa equidistante considerazione degli interessi delle parti o, come anche si dice, di questa **par condicio** di esse nel processo non può essere che il riflesso dell'esercizio della giurisdizione consistente nella imparzialità ed è dunque chiaro che la processualità del rapporto consiste nella giurisdizionalità”.<sup>5</sup>

A *imparcialidade* da jurisdição é exigência primária do princípio do devido processo legal, entendido como *justo processo da lei*,<sup>6</sup> na medida em que não pode haver processo que, conquanto legal ou oriundo da lei, como deve ser, seja também *justo* - como postula a Constituição da República -, sem o caráter *imparcial* da jurisdição. Não há, deveras, como conceber-se processo jurisdicional - que, como categoria jurídica, tem por pressuposto de validade absoluta a concreta realização da promessa constitucional<sup>7</sup> de ser justo ou devido por justiça (*due process*) -,<sup>8</sup> sem o predicado da *imparcialidade* da jurisdição.<sup>9</sup>

A doutrina brasileira tem-se preocupado, hoje, embora sem muita repercussão prática, com esse aspecto relevantíssimo das condições

<sup>5</sup> TAORMINA, Carlo. *Giudice naturale e processo penale*. Roma: Bulzoni, 1972. pp. 214 e 215.

<sup>6</sup> Tal como, hoje, reza a Constituição italiana, no art. 111: “*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*”. Grifos nossos.

<sup>7</sup> Art. 5º, inc. LIV, da Constituição da República.

<sup>8</sup> O termo “*due*”, na conhecida expressão da 5ª Emenda da Constituição norte-americana (*due process of law*), não pode corretamente traduzir-se por “regular” e, muito menos, por “legal” (que é idéia já retratada no adjunto “*of law*” e, como tal, seria redundante na tradução), porque “è un appello fiducioso alla coscienza dell'uomo, ad una giustizia superiore fondata sulla natura e sulla ragione... termine ‘giusto’ l'único che possa rendere con efficacia il contenuto etico del termine ‘due’” (VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionale del processo civile*. Milano: A. Giuffrè, 1973. p. 30, nota 12). Aludir-se a “*justo processo da lei*” é o que mais bem evoca a idéia de que, para atender à exigência constitucional (art. 5º, inc. LV), não basta seja **legal** o processo, pois que também deve ser **justo**. Sobre o ponto, veja-se também nosso voto, como Relator, no **AI nº 431.264 – AgR-AgR** (*In*: LEX – JSTF, nº 349).

HC 94.641 / BA

subjetivas de capacidade para exercício da jurisdição, acentuando, à vista da experiência jurisprudencial e do ordenamento jurídico europeus, em particular do italiano, a *presunção absoluta* de parcialidade incidente sobre a pessoa do juiz, em certas situações típicas capazes de produzir e revelar, segundo a experiência (*id quod plerumque accidit*), perda da *originalidade* da cognição, como a hipótese paradigmática de haver tido, em processo ou procedimento anterior, contato não superficial com o objeto da causa:

“Enfrentando esses resquícios inquisitórios, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), especialmente nos casos Piersack, de 01/10/82, e de Cubber, de 26/10/84, consagrou o entendimento de que o juiz com poderes investigatórios é incompatível com a função de julgador. Ou seja, se o juiz lançou mão de seu poder investigatório na fase pré-processual, não poderá, na fase processual, ser o julgador. É uma violação do direito ao juiz imparcial consagrado no art. 6.1 do Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950. Segundo o TEDH, a contaminação resultante dos pré-juízos conduzem à falta de **imparcialidade subjetiva ou objetiva**.

Desde o caso Piersack, de 1982, entende-se que a **subjetiva** alude à convicção pessoal do juiz concreto, que conhece de um determinado assunto e, deste modo, a sua falta de pré-juízos.

Já a **imparcialidade objetiva** diz respeito a se tal juiz se encontra em uma situação dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável acerca de sua imparcialidade. Em ambos casos, a parcialidade cria a desconfiança e a incerteza na comunidade e nas suas instituições. Não basta estar subjetivamente protegido; é importante que se encontre em uma situação jurídica objetivamente imparcial (é a visibilidade).

Seguindo essas decisões do TEDH, aduziu o Tribunal Constitucional espanhol (STC 145/88), entre outros fundamentos, que o juiz-instrutor não poderia julgar, pois violava a chamada **imparcialidade objetiva**, aquela que deriva não da relação do juiz com as partes, mas sim de sua relação com o objeto do processo.

---

<sup>9</sup> Trata-se de garantia primária, também adotada no *Pacto de São José* (art. 8º, nº 1).



HC 94.641 / BA

Ainda que a investigação preliminar suponha uma investigação objetiva sobre o fato (consignar e apreciar as circunstâncias tanto adversas como favoráveis ao sujeito passivo), o contato direto com o sujeito passivo e com os fatos e dados pode provocar no ânimo do juiz-instrutor uma série de pré-juízos e impressões a favor ou em contra do imputado, influenciando no momento de sentenciar.

Destaca o Tribunal uma fundada preocupação com a **aparência de imparcialidade** que o julgador deve transmitir para os submetidos à administração da justiça, pois, ainda que não se produza o pré-juízo, é difícil evitar a impressão de que o juiz (instrutor) não julga com pleno alheamento. Isso afeta negativamente a confiança que os Tribunais de uma sociedade democrática devem inspirar nos justicáveis, especialmente na esfera penal.

Desta forma, atualmente, existe uma **presunção absoluta de parcialidade do juiz-instrutor**, que lhe impede julgar o processo que tenha instruído.

Outra decisão sumamente relevante, que vai marcar uma nova era no processo penal europeu, foi proferida pelo TEDH no caso "Castillo-Algar contra España" (STEDH de 28/10/98), na qual **declarou vulnerado o direito a um juiz imparcial o fato de dois magistrados, que haviam formado parte de uma Sala que denegou um recurso interposto na fase pré-processual, também terem participado do julgamento.**

Esta decisão do TEDH levará a outras de caráter interno, nos respectivos Tribunais Constitucionais dos países europeus, e sem dúvida acarretará uma nova alteração legislativa. Frise-se que esses dois magistrados não atuaram como juizes de instrução, mas apenas haviam participado do julgamento de um recurso interposto contra uma decisão interlocutória tomada no curso da instrução preliminar pelo juiz-instrutor. Isso bastou para que o TEDH entendesse comprometida a imparcialidade deles para julgar em grau recursal a apelação contra a sentença.

Imaginem o que diria o TEDH diante do sistema brasileiro, em que muitas vezes os integrantes de uma Câmara Criminal irão julgar do primeiro habeas corpus - interposto contra a prisão preventiva -, passando pela apelação e chegando até a decisão sobre os agravos interpostos contra os incidentes da execução penal...

Mas não apenas os espanhóis enfrentaram esse problema. Seguindo a normativa europeia ditada pelo TEDH, o art. 34 do Códice de Procedura Penal prevê, entre outros casos, a incompatibilidade do juiz que ditou a

HC 94.641 / BA

resolução de conclusão da audiência preliminar para atuar no processo e sentenciar. Posteriormente, a Corte Costituzionale, através de diversas decisões, declarou a inconstitucionalidade por omissão deste dispositivo legal, por não haver previsto outros casos de incompatibilidade com relação a anterior atuação do juiz na indagine preliminar.

Em síntese, consagrou o princípio anteriormente explicado, de que o juiz que atua na investigação preliminar está preventivo e não pode presidir o processo, ainda que somente tenha decretado uma prisão cautelar (Sentença da Corte Costituzionale n° 432, de 15 de setembro de 1995).<sup>10</sup>

Conquanto nem todas as conclusões deste primoroso estudo crítico nos pareçam ajustáveis *sic et simpliciter* à nossa ordem jurídica, é fora de dúvida que, mediante interpretação lata do art. 252, III, do Código de Processo Penal, mas conforme com o princípio do *justo processo da lei* (art. 5º, LIV, da Constituição da República), não pode, à míngua de *imparcialidade objetiva* e por conseqüente impedimento, exercer jurisdição em causa penal o juiz que, em procedimento preliminar e oficioso de investigação de paternidade, se tenha pronunciado, de fato ou de direito, sobre a questão, como sucedeu no caso, onde aquela garantia não foi respeitada.

A regra processual penal não pode valer apenas para hipótese da chamada progressão **vertical** do processo, a qual exclui atuação de juiz que haja atuado em outro grau de jurisdição da mesma causa, pois as razões que

---

<sup>10</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3ª ed. RJ: Lumen Juris, 2008. pp. 125-127. Grifos do original. *Idem* em: *Introdução crítica ao processo penal*. 4ª ed. RJ: Lumen Juris, 2006. pp. 91-93. Sobre a aturada jurisprudência da Corte Costituzional italiana, cf. CORSO, Piermaria. *Il codice di procedura penale annotato con la giurisprudenza*. 4ª ed. Piacenza: LaTribuna, 2005, pp. 139 e ss. E, a respeito de, perante o art. 6(1) da Convenção Européia sobre Direitos Humanos e a postura da Corte de Estrasburgo, não poder julgar a causa o magistrado que tenha funcionado como juiz de instrução, veja-se



**HC 94.641 / BA**

sustentam tal exclusão, de todo em todo se aplicam ao fenômeno do desenvolvimento processual **horizontal**, proibindo, diante de igual presunção de pré-juízo, exerça jurisdição, no processo principal, o juiz que tenha recolhido provas em procedimento preliminar sobre os fatos.<sup>11</sup>

4. Com essas breves considerações, peço vênias à eminente Min. Relatora, para, acompanhando a divergência, conceder de ofício a ordem de *habeas corpus* e, em consequência, anular o processo desde o recebimento da denúncia.



---

**DELMAS-MARTY, Mireille, e SPENCER, J. R.** *European criminal procedures*. Cambridge: University Press, 2006. pp. 48-49.

<sup>11</sup> Para a igual tratamento de ambas as hipóteses no direito positivo italiano, cf. **CONSO, Giovanni, e GREVI, Vittorio.** *Profili del nuovo codice di procedura penale*. 4ª ed. Padova: Cedam. 1996. p. 1-108.

11/11/2008

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 94.641-1 BAHIAVOTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Senhor Presidente, também vou pedir vênia à Ministra Ellen Gracie e acompanhar o Ministro Joaquim Barbosa.



## SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 94.641-1

PROCED. : BAHIA

RELATORA ORIGINÁRIA : MIN. ELLEN GRACIE

RELATOR PARA O ACÓRDÃO : MIN. JOAQUIM BARBOSA

PACTE.(S) : OSMAR VIEIRA BARBOSA

IMPTE.(S) : DJALMA EUTÍMIO DE CARVALHO

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Decisão:** Após o voto da Ministra-Relatora que conhecia, em parte, do *habeas corpus* e, na parte conhecida, denegava a ordem, e do voto do Ministro Joaquim Barbosa que, de ofício, deferia a ordem de *habeas corpus*, o julgamento foi adiado em virtude de pedido vista do Senhor Ministro Cezar Peluso. Falou, pelo paciente, o Dr. Djalma Eutímio de Carvalho e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Francisco Adalberto Nóbrega. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Celso de Mello e Eros Grau. Presidiu, este julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. **2ª Turma**, 14.10.2008.

**Decisão:** A Turma, por votação majoritária, **concedeu**, de ofício, ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Ministro Joaquim Barbosa, vencida a Senhora Ministra-Relatora, que conhecia, em parte, do pedido e, na parte conhecida, o indeferia, **expedindo-se**, imediatamente, ordem de soltura em favor do paciente se, por **al**, não estiver preso. **Redigirá** o acórdão o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. **2ª Turma**, 11.11.2008.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Ellen Gracie, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Carlos Alberto Cantanhede  
Coordenador