

27/04/2010

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 98.712 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
PACTE.(S) :
IMPTE.(S) : MARCOS ROBERTO BONI
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO Hc Nº 131.480 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, a
título de relatório, as informações prestadas pela Assessoria:

Na decisão que implicou o indeferimento da medida liminar, a espécie ficou assim resumida (folha 336 a 338):

IMPETRAÇÕES
SUCESSIVAS -
EXCEPCIONALIDAD
E NÃO
CONFIGURADA -
LIMINAR
INDEFERIDA.

1. Eis como a Assessoria retratou esta impetração:

Ao paciente é imputada a prática de tentativa de homicídio, porque, sabendo-se portador do vírus HIV, teria mantido, em épocas distintas, relacionamento amoroso e

sexual com três mulheres, de quem, deliberadamente, ocultara a doença. A Juíza de Direito da Comarca de Cosmópolis, Estado de São Paulo, recebeu a denúncia em 18 de dezembro de 2008 e, acolhendo as razões da representação do Ministério Público como fundamento, decretou a prisão preventiva do acusado.

A defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, visando à revogação do decreto de prisão preventiva e a desclassificação do delito para o tipo previsto no artigo 131 do Código Penal. Sustentou que a conduta do paciente, de transmitir a outrem moléstia grave da qual estava contaminado, não encontrava adequação no disposto no artigo 121 do Código Penal. A ordem foi indeferida. Houve interposição de recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça - o de nº 131.480. O Ministro Og Fernandes não concedeu a liminar, assentando confundir-se o pleito alusivo à desclassificação do delito com o mérito da impetração (folha 13).

Este *habeas* volta-se contra esse ato. O impetrante reitera a tese da impropriedade do enquadramento legal da conduta praticada pelo paciente, afirmando que os fatos se amoldam ao artigo 131 do Código Penal - praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio. Pede a desclassificação do delito. Acrescenta ser insubsistente o decreto de prisão preventiva, por não estar demonstrada a presença dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Busca a concessão de liminar para determinar-se a expedição de alvará de soltura em favor do paciente. No mérito, pleiteia a confirmação da providência e a desclassificação do

delito imputado para o do artigo 131 do Código Penal.

Diante da deficiência da instrução processual, foram solicitadas informações à autoridade apontada como coatora, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo da Comarca de Cosmópolis/SP. O Ministro Og Fernandes esclareceu ter indeferido a liminar por não estar suficientemente instruído o processo e o pedido cautelar confundir-se com o mérito da controvérsia (folha 99 a 101). O Tribunal de Justiça enviou os documentos de folha 125 a 331, concernentes à impetração que teve curso naquela Corte. O Juízo Criminal, às folhas 103 e 104, discorreu sobre a tramitação do processo-crime, noticiando haver proferido sentença de pronúncia em 11 de maio de 2009, não tendo facultado ao paciente o direito de recorrer em liberdade. Na oportunidade, o magistrado remeteu cópia da denúncia, do pedido de prisão preventiva e da decisão mediante a qual foi determinada a medida.

Na petição requerendo a prisão cautelar do paciente, o Ministério Público estadual destacou a presença da materialidade do delito e de indícios da autoria. Anotou cuidar-se da prática de três crimes hediondos, a gerar clamor na comunidade. Ressaltou a necessidade de preservar a integridade das testemunhas do crime — pessoas que mantiveram relacionamento estreito com o paciente —, evitando-se a submissão a coações. Acrescentou revelar a conduta do denunciado que, estando este em liberdade, colocaria em risco a comunidade local, “por ser useiro e vezeiro em ocultar a doença que lhe acomete, transmitindo indiscriminadamente o vírus do HIV para as mulheres com que se relaciona” (folha 111). Esses argumentos foram acolhidos pelo Juízo Criminal, determinando-

se a custódia para garantir a ordem pública e a conveniência da instrução criminal bem como assegurar a aplicação da lei penal (folha 112). Na sentença de pronúncia, ficou expresso que "o acusado vem respondendo preso ao processo e, assim, deverá permanecer eis que presentes os requisitos ensejadores" (folha 119).

2. A atuação do relator, considerado indeferimento de liminar na origem, presente impetração, pressupõe excepcionalidade maior. Isso não ocorre na espécie. Na decisão formalizada no *Habeas Corpus* nº 131.480, em curso no Superior Tribunal de Justiça, consignou-se não só a deficiência da instrução do processo como também o fato de o pedido de medida acauteladora, no que pretendida a desclassificação, confundir-se com o próprio mérito da impetração. Vale frisar que o pleito alusivo à liberdade do paciente parte, de início, da óptica sobre a boa procedência da desclassificação buscada.

3. Indefiro a liminar.

4. Colham o parecer da Procuradoria Geral da República.

5. Publiquem.

Brasília - residência -, 29 de junho de 2009, às 19h45.

A Procuradoria Geral da República, no parecer de folha 350 a 352, levanta o óbice presente no Verbete nº 691 da Súmula desta Corte, sob pena de supressão de instância. Ressalta não se tratar de hipótese a revelar excepcionalidade suficiente a admitir-se temperamento na aplicação do verbete, considerado o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça de que a medida acauteladora confunde-se com o mérito da impetração. Manifesta-se pelo não conhecimento da ordem.

Consulta ao sítio do Superior Tribunal de Justiça, em 19 de abril de 2010, revela que o *Habeas Corpus* nº 131.480 foi remetido à conclusão em 6 de abril de 2010, com parecer do Ministério Público Federal.

Lancei visto no processo em 19 de abril de 2010, liberando-o para ser julgado na Turma a partir de 27 seguinte, isso objetivando a ciência do impetrante.

É o relatório.

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO

(RELATOR) – Reitero a necessidade de compatibilizar-se o Verbete nº 691 da Súmula do Supremo com a Constituição Federal. Para que o *habeas corpus* se mostre adequado, é suficiente apontar-se, como causa de pedir, ato ilegal e ter-se, de alguma forma, cerceada a liberdade de ir e vir quer na via direta, quer na indireta. O presente caso retrata inconformismo quanto à prisão preventiva e, também, à circunstância de haver-se enquadrado o procedimento do paciente, que sabia ser portador de moléstia grave contagiosa, como a revelar tentativa de homicídio. A denúncia foi recebida e já se tem, a esta altura, sinalizada a realização do júri. Então, em prol da segurança jurídica, impõe-se enfrentar a matéria de fundo no que se alude ao enquadramento da prática delituosa no artigo 131 e não 121 do Código Penal e ainda se diz da insubsistência da preventiva. Admito a impetração.

No mais, relativamente à custódia cautelar, vê-se que se mostrou baseada em ameaça do paciente a uma das vítimas caso

divulgasse ser ele portador da AIDS. Confirmam não só com a representação tomada de empréstimo como razões de decidir para decretar-se a preventiva, mas também com a própria sentença de pronúncia (folha 275): [...] “Inconformado, o averiguado vem a ameaçando, constando do BO 4179/08, que em 3 de outubro do corrente, ele telefonou para a residência da vítima dizendo que ‘quem não presta é a vítima e se ela não ficar com a boca fechada, vai lhe bater’.” Na sentença de pronúncia, tem-se a seguinte notícia: “foi então que passou a ser ameaçada pelo réu, que lhe dizia que iria agredi-la caso espalhasse a notícia de que ele era soro positivo”. Então, a preventiva fez-se baseada no comportamento do próprio acusado, que se mostrou agressivo com uma das vítimas.

Resta a questão alusiva à submissão do paciente ao Tribunal do Júri. Observem a interpretação sistemática. Descabe cogitar de tentativa de homicídio na espécie, porquanto há tipo específico considerada a imputação – perigo de contágio de moléstia grave. Verifica-se que há, até mesmo, presente o homicídio, a identidade quanto ao tipo subjetivo, sendo que o do artigo 131 é o dolo de dano, enquanto, no primeiro, tem-se a vontade consciente de matar ou assunção de risco de

provocar a morte. Descabe potencializar este último a ponto de afastar, consideradas certas doenças, o que dispõe o artigo 131: “Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio”. Admita-se, como o fez o próprio acusado, a existência da moléstia grave e o fato de havê-la omitido. Esses elementos consubstanciam não o tipo do artigo 121 do Código Penal, presente até mesmo dolo eventual, mas o específico do artigo 131. Frise-se, por oportuno, que as vítimas mantiveram relação com o paciente, que se mostrou até certo ponto estável.

Concedo parcialmente a ordem para imprimir a desclassificação do delito e determinar o envio do processo para distribuição a uma das varas criminais comuns no Estado de São Paulo.