



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 367.789 - SP (2016/0218535-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **HELIO DA SILVA SANCHES**
ADVOGADO : **HÉLIO DA SILVA SANCHES - SP224750**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **ALBI MOREIRA ROLIM (PRESO)**
PACIENTE : **JOSÉ LUIZ CARVALHO (PRESO)**

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CONHECIMENTO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ARMADA E ROUBO MAJORADO. OITIVA DE TESTEMUNHA. REQUERIMENTO A DESTEMPO. PRECLUSÃO. INDEFERIMENTO JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. A defesa, por ocasião do oferecimento da resposta à acusação, deve arrolar as testemunhas que pretenda sejam ouvidas (art. 396-A do CPP), sob pena de preclusão.

3. Verificada a preclusão no arrolamento de testemunhas, possível ao Magistrado, nos termos do artigo 209 do CPP, proceder à oitiva daquelas como testemunhas do juízo, desde que considere suas declarações imprescindíveis à busca da verdade real, não constituindo, entretanto, direito subjetivo da parte. No caso, o Magistrado considerou que a referida prova mostrava-se desnecessária, o que afasta o apontado constrangimento ilegal.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de abril de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 367.789 - SP (2016/0218535-5)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : HELIO DA SILVA SANCHES
ADVOGADO : HÉLIO DA SILVA SANCHES - SP224750
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALBI MOREIRA ROLIM (PRESO)
PACIENTE : JOSÉ LUIZ CARVALHO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ALBI MOREIRA ROLIM e JOSÉ LUIZ CARVALHO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado (e-STJ fl. 12):

HABEAS CORPUS - ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E ROUBO MAJORADO - Inviável a apreciação das teses aventadas sobre o mérito da questão nos estritos limites deste writ, por demandarem dilação probatória aprofundada - Ordem não conhecida.

Relata o impetrante que os pacientes foram denunciados pela suposta prática dos crimes tipificados nos arts. 2º, § 2º, da Lei nº 12.850/2013 (organização criminosa) e 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal (roubo circunstanciado), por quatro vezes (1ª Vara Criminal da Comarca de Itu/SP).

Sustenta a ocorrência de cerceamento de defesa pelo Juízo de 1º grau que indeferiu a oitiva como testemunha do Delegado de Polícia que presidiu o inquérito policial, sob o fundamento de que ocorrera preclusão consumativa.

Alega que o depoimento da autoridade policial, mesmo como informante do juízo, é imprescindível à defesa, na medida em que os policiais militares ouvidos não esclareceram os pontos fundamentais em relação ao crime de organização criminosa.

Requer, liminamente e no mérito, a concessão da ordem a fim de determinar "a inquirição do dd. Delegado de Polícia – Dr. José Moreira Barbosa Netto, como testemunha do juízo, nos termos do art. 209, do CPP" (e-STJ fl. 9).

Indeferido o pedido liminar (e-STJ fls. 255/256), opinou o Ministério Público



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Federal "pela denegação da ordem" (e-STJ fls. 263/269).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 367.789 - SP (2016/0218535-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014). II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício. (...). Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

No presente *writ*, alega o impetrante a ocorrência de cerceamento de defesa pelo Juízo de 1º grau que indeferiu a oitiva como testemunha do Delegado de Polícia que presidiu o inquérito policial, sob o fundamento de que ocorrera preclusão consumativa, bem como não teria sido apresentados justificativas suficientes a demonstrar o interesse ou a pertinência da prova (e-STJ fl. 3).

No Tribunal de origem, foi a questão assim decidida (e-STJ fls. 14/15):

De início, cumpre registrar que as alegações no tocante ao suposto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cerceamento de defesa sofrido pelos pacientes, tendo em vista o indeferimento pelo i. Magistrado da oitiva da testemunha citada alhures, e no que se refere à insuficiência probatória, pois os acusados não teriam sido reconhecidos judicialmente pelas vítimas, referem-se ao mérito da ação penal.

Nesta toada, forçoso alinhar a impossibilidade de se reconhecer da impetração no tocante a tais alegações, pois a apreciação valorativa dos fatos e de suas circunstâncias exige análise profunda, que não se pode ser procedida nessa estreita via de habeas corpus, marcada pelo contraditório mitigado.

Ainda que assim não o fosse, no que concerne à suposta ocorrência de cerceamento de defesa no caso dos autos, importante salientar que o MM. Juiz a quo indeferiu, de forma suficientemente fundamentada, tal oitiva, uma vez que a defesa, além de não ter demonstrado ou comprovado a imprescindibilidade desta testemunha no caso concreto, conforme bem apontado às fls. 371, ocorrera a preclusão consumativa de tal pleito.

Dois, portanto, foram os motivos pelos quais houve o indeferimento da diligência requerida pela defesa, ou seja, (I) a preclusão, visto que o pleito foi realizado a destempo e (II) a defesa não demonstrou a necessidade e a imprescindibilidade da oitiva da testemunha apontada.

A preclusão é a perda de uma faculdade referente à prática de determinado ato processual, a perda da capacidade de praticar os atos processuais por não tê-los feito na oportunidade devida (preclusão temporal), por incompatibilidade com outro ato anteriormente praticado (preclusão lógica) ou pelo exercício anterior do mesmo direito (preclusão consumativa), sendo este fenômeno imprescindível à marcha do procedimento.

Assim, se o acusado comparece ao processo, respondendo à acusação com apresentação de resposta escrita, mas deixa de indicar rol de testemunhas, há inequívoca preclusão temporal do direito, não podendo fazê-lo em momento posterior.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO, NA FORMA TENTADA. DESCLASSIFICAÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME APROFUNDADO DE PROVAS. INVIABILIDADE. NULIDADES PROCESSUAIS. INDEFERIMENTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE OITIVA DE TESTEMUNHAS ARROLADAS NA DEFESA PRÉVIA. OCORRÊNCIA DA PRECLUSÃO. FALTA DE TESTEMUNHA EM PLENÁRIO DO JÚRI. PESSOA NÃO LOCALIZADA. ALEGAÇÕES GENÉRICAS DE NULIDADE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ALEGAÇÃO TARDIA. PRECLUSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DOS VÍCIOS APONTADOS. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. [...]

2. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior, não constitui cerceamento de defesa o indeferimento de oitiva de testemunhas não arroladas na defesa prévia, porque ocorrida a preclusão consumativa. Além disso, nos termos do art. 421, parágrafo único, do Código de Processo Penal, em sua redação vigente à época, a inclusão de nova testemunha poderia ser feita por ocasião do oferecimento da contrariedade ao libelo acusatório, conforme realmente ocorreu na espécie, o que evidencia a ausência de prejuízo à defesa do Paciente.

3. [...]

6. Ordem de habeas corpus parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.

(HC 222.304/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 05/11/2013)

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. INDICAÇÃO DO ROL DE TESTEMUNHAS EM MOMENTO POSTERIOR. PEDIDO TEMPESTIVO. INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO E VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO. DEFERIMENTO MOTIVADO. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL.

1. No processo penal da competência do Tribunal do Júri, o momento adequado para o acusado alegar tudo que interessa a defesa, com a indicação das provas que pretende produzir, a juntada de documentos e a apresentação do rol de testemunhas é a defesa prévia, nos termos do artigo 406, §3º do Código de Processo Penal.

2. Não há preclusão se a parte, no momento da apresentação da defesa prévia, formula pedido de indicação de rol de testemunhas a posteriori; tampouco há violação do contraditório se o magistrado defere o pedido em busca da verdade real e diante da impossibilidade do contato do defensor público com o acusado.

3. Recurso improvido.

(REsp 1443533/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 03/08/2015)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso, conforme consignado pelas instâncias ordinárias, a indicação da oitiva da testemunha apontada pela defesa ocorrera somente durante a instrução processual, o que impõe o acolhimento da preclusão consumativa. O fato de que no momento da resposta à acusação, ocasião oportuna para a indicação do rol de testemunha, a defesa técnica não era exercida pelo ora impetrante, não altera a conclusão da origem, pois na hipótese de substabelecimento, o novo causídico assume o *munus* no atual momento processual.

Em hipóteses tais, em que ultrapassado o prazo processual adequado para arrolamento de testemunha e requerimento de diligências, há preclusão do direito da parte de arrolar testemunhas, podendo o magistrado, todavia, avaliar no caso concreto a importância da oitiva requerida a destempo como testemunha do Juízo, tendo em vista ser ele o destinatário da prova.

Nesse sentido, colhe-se o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3. OITIVA DE TESTEMUNHA. INDEFERIMENTO. PEDIDO FEITO A DESTEMPO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. IMPRESCINDIBILIDADE DO DEPOIMENTO. CRITÉRIO DO JUIZ. DESTINATÁRIO DA PROVA. INVIABILIDADE DE AVALIAR A INDISPENSABILIDADE NESTA SEDE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 4. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

3. O momento adequado para o réu arrolar testemunhas é na fase da defesa preliminar, conforme estabelece o art. 396-A do Código de Processo Penal. Ultrapassado esse momento, cabe ao magistrado, ao seu prudente critério, avaliar a importância da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

oitiva requerida a destempo, como testemunha do Juízo, haja vista ser ele o destinatário da prova. Tendo a providência sido indeferida, tem-se que não se mostrou imprescindível ao deslinde da causa, não sendo possível, na via eleita, desconstituir referida conclusão, que demandaria inviável incursão no arcabouço fático-probatório dos autos.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 244.048/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe 25/10/2012)

Assim, conforme asseverado acima, resta ao Magistrado analisar a imprescindibilidade e importância da prova requerida para a busca da verdade real, não constituindo direito da parte que a requereu extemporaneamente. No caso, o Juiz de primeiro grau considerou que a referida prova se mostrava desnecessária. Verifica-se, assim, que foram declinadas justificativas plausíveis para a negativa de produção das provas requeridas pelo defensor dos acusados, não se verificando qualquer ilegalidade na decisão proferida pelo Juiz de primeiro grau.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0218535-5

HC 367.789 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00046768420158260586 15432015 20160000536470 21069998420168260000
46768420158260586

EM MESA

JULGADO: 25/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : HELIO DA SILVA SANCHES
ADVOGADO : HÉLIO DA SILVA SANCHES - SP224750
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALBI MOREIRA ROLIM (PRESO)
PACIENTE : JOSÉ LUIZ CARVALHO (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.