



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 180.249 - SP (2010/0135823-9)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : LUIZ EDUARDO DE TOLEDO COELHO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CRISTINA CAMARA FERREIRA
ADVOGADO : RAFAEL RAMIA MUNERATTI - DEFENSOR PÚBLICO

EMENTA

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. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. INDEFERIMENTO MOTIVADO DE OITIVA DE TESTEMUNHAS. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL FLAGRANTE. ORDEM NÃO CONHECIDA.**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, já vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Louvando o entendimento de que o Direito é dinâmico, sendo que a definição do alcance de institutos previstos na Constituição Federal há de fazer-se de modo integrativo, de acordo com as mudanças de relevo que se verificam na tábua de valores sociais, esta Corte passou a entender ser necessário amoldar a abrangência do **habeas corpus** a um novo espírito, visando restabelecer a eficácia de remédio constitucional tão caro ao Estado Democrático de Direito. Precedentes.

2. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar decisões no sentido de não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, considerando que a modificação da jurisprudência firmou-se após a impetração do presente **mandamus**, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

3. É cediço que o indeferimento de produção de provas é ato norteador pela discricionariedade regrada do julgador, podendo ele, portanto, soberano que é na análise dos fatos e das provas, indeferir, motivadamente, as diligências que considerar protelatórias e/ou desnecessárias, nos termos preconizados pelo § 1º do art. 400 do Código de Processo Penal. Precedentes.

4. No caso dos autos, inexistente ilegalidade flagrante a ser sanada, pois o magistrado, antes de indeferir a inquirição das testemunhas arroladas, solicitou, por duas vezes, que a defesa declinasse a relevância da oitiva de cada testemunha, visando não só evitar a procrastinação do feito como otimizar a produção das provas, o que não foi atendido, atraindo a incidência do art. 565 do Código de Processo Penal, que dispõe que "ninguém pode arguir nulidade para a qual tenha concorrido ou dado causa". Ao contrário do sustentado, o intento daquele julgador não era, em absoluto, a antecipação das teses a serem sustentadas pela defesa, tanto que o próprio magistrado explicou que a justificativa deveria se dar de forma sucinta, a fim de apenas demonstrar se a testemunha era presencial, "de ouvir dizer" ou de antecedentes. O que se pretendia, portanto, era tão somente evitar a inquirição de testemunhas irrelevantes, impertinentes e protelatórias, ao menos para aquele momento processual, a teor do art. 400, § 1º, do Código de Processo Penal, uma vez que o juiz deixou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

claro que as testemunhas de antecedentes não deveriam ser arroladas na fase do **judicium accusationis** por não influir no julgamento da causa, mas apenas interessar "na formação da convicção sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP".

5. Ademais, é de se ver que no processo penal vigora o princípio geral de que somente se proclama a nulidade de um ato processual quando há efetiva demonstração de prejuízo, nos termos do que dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal, pois o simples inconformismo desprovido de prova inequívoca da mácula ocasionada não se presta para tal finalidade, o que não ficou comprovado pelo impetrante na hipótese em comento, notadamente se considerado que a própria paciente, quando interrogada, afirmou que aquelas testemunhas arroladas "não presenciaram os fatos, mas souberam do ocorrido por seu próprio relato".

6. **Habeas corpus** não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 180.249 - SP (2010/0135823-9)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Cristina Camara Ferreira, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo que denegou a ordem lá impetrada.

Consta dos autos ter sido a paciente denunciada pela suposta prática do crime previsto no art. 121, § 2º, IV, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal.

No presente **writ**, sustenta o impetrante que, não obstante tenha a defesa arrolado tempestivamente as testemunhas a serem ouvidas, o magistrado indeferiu a inquirição por não se ter justificado os motivos da oitiva de cada testemunha, o que, a seu ver, viola o princípio da ampla defesa, notadamente porque o disposto no § 1º do art. 400 do Código de Processo Penal constituiu uma "faculdade legal" que "não pode se transformar em uma ferramenta de indeferimento injustificado de testemunhas" (fl. 9).

Afirma que "o artigo 400 citado ainda precisa se compatibilizar com a Constituição Federal, afinal, o nosso sistema jurídico é hierarquizado e a lei deve ceder ante ao comando constitucional" (fl. 11), asseverando, ainda, que o que as instâncias ordinárias objetivam é a antecipação da tese defensiva, providência "incompatível com a plenitude de defesa e com o próprio Tribunal do Júri" (fl. 12).

Busca, assim, "seja determinada a oitiva das testemunhas de defesa arroladas, sem a necessidade de prévia justificativa, bem como o afastamento do juiz presidente de qualquer outro ato processual, por demonstrar este magistrado o desrespeito à imparcialidade" (fl. 16).

Liminar indeferida à fl. 200.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal, ao se manifestar (fls. 207/210), opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 180.249 - SP (2010/0135823-9)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

A liberdade de locomoção do indivíduo, independentemente dos transtornos dos procedimentos, da gravidade dos fatos criminosos, há muito ocupa lugar de destaque na escala de valores tutelados pelo Direito, razão pela qual sempre mereceu especial tratamento nos ordenamentos jurídicos das sociedades civilizadas.

Lembre-mos que a República Federativa brasileira assenta-se na dignidade da pessoa humana, e não há dignidade sem que haja proteção aos direitos fundamentais, tampouco há dignidade sem que o ordenamento jurídico estabeleça garantias que possibilitem aos indivíduos fazer valer, frente ao Estado, esses direitos.

Entre nós, com os parâmetros que lhe dá a Constituição Federal e o Código de Processo Penal, é reconhecida a garantia constitucional do **habeas corpus**, criado com o objetivo de evitar ou fazer cessar violência ou coação à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder.

O remédio constitucional do **habeas corpus** nasceu historicamente como uma necessidade de contenção do poder e do arbítrio do Estado. A Carta Magna de 1988 manteve a garantia constitucional, prevista, sabemos todos, desde a Constituição Republicana, destacando no inciso LXVIII do art. 5º que "conceder-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder". O Código de Processo Penal, no mesmo diapasão, dispõe no art. 647, que "dar-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar".

Enquanto não encontre eu, nos dispositivos mencionados acima, argumentos para elastecer o cabimento do remédio constitucional a questões que não envolvem diretamente o direito de ir, vir e ficar do indivíduo, a jurisprudência do Superior



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, talvez como reflexo da redemocratização do país depois de mais de vinte anos de ditadura militar, na intenção de proteger o cidadão, foi ampliando, aos poucos, o cabimento do **habeas corpus** a fim de salvaguardar direitos que apenas indiretamente poderiam refletir na liberdade de locomoção.

No entanto, parece-me que se foi além da meta – proteção do direito fundamental à liberdade de locomoção –, quem sabe se não se tomou a nuvem por Juno; passou-se a admitir, fora das hipóteses de cabimento previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, a impetração de **habeas corpus** como meio ordinário de impugnação, ainda que ausente ameaça concreta e imediata ao direito de ir, ficar e vir, inviabilizando, conseqüentemente, a proteção judicial efetiva, tendo em vista que a duração indefinida do processo compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, "na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais". (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2008. p. 100.)

Desse modo, consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do remédio constitucional, destacando-se que o **habeas corpus** é antídoto de prescrição restrita, que se presta a reparar constrangimento ilegal evidente, incontroverso, indisfarçável e que, portanto, se mostra de plano comprovável e perceptível ao julgador. Logo, não se destina à correção de equívocos ou situações as quais, ainda que eventualmente existentes, demandam para sua identificação e correção o exame de matéria de fato ou da prova que sustentou o ato ou a decisão impugnada.

Mais que isso, observou a jurisprudência desta Corte ser o **habeas corpus** remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico, de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Logo, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário.

Nesse contexto, peço, respeitosamente, licença à Ministra Maria Thereza de Assis Moura (AgRg no HC n.º 239.957/TO, DJe de 11/6/2012) e ao Ministro Gilson Dipp



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC n.º 201.483/SP, DJe de 27/10/2011) para valer-me das seguintes passagens de seus votos: (I) "O **habeas corpus** não é panacéia e não pode ser utilizado como um 'super' recurso, que não tem prazo nem requisitos específicos, devendo se conformar ao propósito para o qual foi historicamente instituído, é dizer, o de impedir ameaça ou violação ao direito de ir e vir"; (II) "É imperiosa a necessidade de racionalização do **habeas corpus**, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção, inexistente na espécie"; (III) "Conquanto o uso do **habeas corpus** em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização do **habeas-corpus**".

O Supremo Tribunal Federal, atento a essa evolução hermenêutica, passou a adotar, recentemente, decisões no sentido de não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário constitucional. A mudança jurisprudencial consolidou-se no julgamento do **Habeas Corpus** n.º 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, impetrado contra decisão que indeferiu diligências requeridas pela defesa. Na oportunidade, destacou o Ministro Relator:

*O **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo qualquer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea 'a', e 105, inciso II, alínea 'a', tem-se a previsão de recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo **habeas**, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição. Cumpre implementar – visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o habeas substitutivo, mas o recurso ordinário – a correção de rumos.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Consigno que, no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício. (STF, Primeira Turma, HC 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, j. em 7/8/2012).

Aos 21 de agosto de 2012, a Ministra Rosa Weber, no julgamento do **Habeas Corpus** n.º 104.045/RJ, destacou que o meio recursal ordinariamente previsto para a análise de eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena é a apelação e, a depender do caso concreto, o recurso especial ou extraordinário:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.

1. O **habeas corpus** tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heróico. 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 ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal. **Precedentes**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Não se presta o *habeas corpus*, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas.

6. *Habeas corpus* rejeitado. (STF, Primeira Turma, HC n.º 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber, j. em 21/8/2012.)

Essa orientação foi aplicada, aos 22 de agosto de 2012, pelo Ministro Luiz Fux, que negou seguimento ao **Habeas Corpus** n.º 114.550/AC, tendo em vista a incompetência do Supremo Tribunal Federal para examinar **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário constitucional.

Recebeu a decisão os seguintes fundamentos:

*A prevalência do entendimento de que o Supremo Tribunal Federal deve conhecer de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário constitucional contrasta com os meios de contenção de feitos, remota e recentemente implementados: Súmula Vinculante e Repercussão Geral, com o objetivo viabilizar o exercício pleno, pelo Supremo Tribunal Federal, da nobre função de guardião da Constituição da República. E nem se argumente com o que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva. Não é disso que se trata, mas de necessária, imperiosa e urgente reviravolta de entendimento em prol da organicidade do direito, especificamente no que tange às competências originária e recursal do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar *habeas corpus* e o respectivo recurso ordinário, valendo acrescer que essa ação nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudonulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir. (STF, Primeira Turma, HC n.º 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux, j. em 22/8/2012.)*

Mesmo vencido no **leading case**, o Ministro Dias Toffoli rendeu-se ao entendimento firmado pela Primeira Turma da Corte Constitucional e, com fundamento na nova orientação, recusou trânsito a **habeas corpus** impetrado em substituição ao recurso ordinariamente previsto no art. 102, inciso II, alínea **a**, da Constituição Federal (STF, Primeira Turma, HC n.º 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli, j. em 29/8/2012).

Entendo que boa razão aqui têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do **writ**, cujas origens me parece terem sido esquecidas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

Em suma, louvando-me no entendimento de que o Direito é dinâmico, sendo que a definição do alcance de institutos previstos na Constituição Federal há de fazer-se de modo integrativo, de acordo com as mudanças de relevo que se verificam na tábua de valores sociais, tenho ser necessário amoldar a abrangência do **habeas corpus** a um novo espírito, visando restabelecer a eficácia de remédio constitucional tão caro ao Estado Democrático de Direito.

Contudo, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, e considerando que a modificação da jurisprudência firmou-se após a impetração do presente **mandamus**, passo à análise das questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

Na espécie, inexistente ilegalidade flagrante apta a ensejar, excepcionalmente, a concessão de **habeas corpus** de ofício.

Isso porque, é cediço que o indeferimento de produção de provas é ato norteado pela discricionariedade regrada do julgador, podendo ele, portanto, soberano que é na análise dos fatos e das provas, indeferir motivadamente as diligências que considerar protelatórias e/ou desnecessárias, nos termos preconizados pelo § 1º do art. 400 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido:

A - RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A HONRA (ARTIGOS 138 E 139, COMBINADOS COM O ARTIGO 141, INCISO II, TODOS DO CÓDIGO PENAL). INTEMPESTIVIDADE. RECLAMO RECEBIDO COMO WRIT SUBSTITUTIVO. PEDIDO REALIZAÇÃO DE PERÍCIA GRAFOTÉCNICA E DE OITIVA DE TESTEMUNHAS RESIDENTES FORA DA COMARCA. INDEFERIMENTO MOTIVADO DA INQUIRÇÃO DAS PESSOAS ARROLADAS PELA DEFESA. AUTORIZAÇÃO DA IMPLEMENTAÇÃO DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EXAME PERICIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

(...)

2. Ao magistrado é facultado o indeferimento, de forma fundamentada, da produção de provas que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF.

3. No caso dos autos, questionada acerca da imprescindibilidade da oitiva das testemunhas arroladas fora da comarca - algumas residentes em outras Unidades da Federação, e uma residente no exterior - a defesa manteve-se inerte, motivo pelo qual o Juízo singular indeferiu as suas oitivas, mormente em razão dos fatos narrados na exordial acusatória terem sido praticados no bojo de habeas corpus impetrado pelo paciente, cujas cópias encontram-se encartadas na ação penal.

4. A defesa do paciente não logrou demonstrar em que medida as testemunhas arroladas seriam indispensáveis para o deslinde da controvérsia, não esclarecendo se saberiam ou não dos fatos investigados, ou o de que foram poderiam auxiliar na comprovação das teses defensivas.

(...)

6. Recurso ordinário recebido como habeas corpus substitutivo e denegada a ordem. (RHC 31.429/SC, Relator o Ministro **JORGE MUSSI, DJe de 29/02/2012)**

B - HABEAS CORPUS. PENAL. INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHA. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. DECISÃO FUNDAMENTADA. INVERSÃO DO JULGADO. VIA IMPRÓPRIA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA CONDENAÇÃO. PROVA JUNTADA AOS AUTOS APÓS AS ALEGAÇÕES FINAIS. NÃO-CONCESSÃO DE VISTA DOS AUTOS À DEFESA. QUESTÃO NÃO APRECIADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXCESSO DE PRAZO. SENTENÇA PROFERIDA. APELAÇÃO JULGADA. NULIDADES NÃO RECONHECIDAS. PREJUDICIALIDADE.

1. Conforme já assentou esta Corte Superior de Justiça, não há constrangimento ilegal no indeferimento de diligências, quando o magistrado o faz fundamentadamente, por considerá-las infundadas, desnecessárias ou protelatórias, como na hipótese em tela.

2. A augusta via do habeas corpus não é o instrumento adequado para a análise da pertinência, ou não, das diligências requeridas no curso da ação penal, porquanto demanda aprofundado exame do conjunto probatório produzido.

(...)

5. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa parte,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

denegado. (HC 127.781/RJ, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe de 15/12/2011)

No caso dos autos, como se vê, o magistrado, antes de indeferir a inquirição das testemunhas arroladas, solicitou, por duas vezes, que a defesa declinasse a relevância da oitiva de cada testemunha, visando não só evitar a procrastinação do feito como otimizar a produção das provas, o que fez dispensando tratamento isonômico entre as partes, pois foi claro ao afirmar que, no tocante às testemunhas arroladas pelo **Parquet**, aquelas que nada soubessem sobre os fatos seriam dispensadas no momento da audiência (fl. 117). Confira-se (fls. 117 e 145, respectivamente):

Como é sabido, nenhum direito pode, ser considerado absoluto e, em caso de abuso, nada mais correto do que municiar o magistrado de poderes para coarctá-lo.

Assim sendo, a partir do artigo 400, § 1º, do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei nº 11.719/08, não há dúvidas de que poderá o Magistrado, inclusive, determinar que a Defesa apresente a justificativa da prova - aqui, qual o ponto de fato que cada testemunha que vier a ser arrolada buscará provar - para que, assim, possa ser analisada a sua pertinência ou relevância, bem como para que se possa identificar manobras procrastinatórias.

Nesse diapasão, com a resposta, justifique (m) a (s) Defesa (s) a prova a ser produzida em audiência, de forma sucinta, conforme alhures mencionado, sob pena das cominações legais.

Em sendo arroladas testemunhas de antecedentes ou de "canonização", autorizo, desde já, a apresentação de declarações por escrito.

Cumpre salientar que, caso as testemunhas arroladas pelo Ministério Público nada souberem sobre os fatos, serão dispensadas no momento da audiência. Aqui, já sabemos o que cada testemunha irá dizer, pois os seus depoimentos constam do inquérito. Salutar a mudança legislativa, suprimindo a lacuna do ordenamento jurídico anterior e permitindo que o magistrado tenha maior controle sobre a produção probatória.

Tal medida tem o condão de auxiliar na otimização da pauta de audiências.

Ciência ao Ministério Público.

Guarulhos, 4 de junho de 2009.

Pela última vez, determinou que a defesa da ré justifique, de forma sucinta (presencial, "ouvir dizer" ou antecedentes), qual o ponto de fato que cada testemunha arrolada buscará provar, no prazo de 24 horas, à luz do artigo 400, § 1º, do Código de Processo Penal, sob pena das cominações legais.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Guarulhos, 23 de março de 2010.

Após, em virtude do não atendimento da ordem judicial, a referida produção de prova foi indeferida com base em exaustiva fundamentação, atendendo ao comando do art. 93, IX, da Constituição. Vejamos (fls. 148/153):

Instada a. se manifestar sobre a determinação d efls. 155, a Defensoria Pública preferiu não atender ao comando judicial. Manifestou-se, em apertada síntese, que não precisaria antecipar a tese defensiva.

Parece imaginar, em distorcida concepção, que o processo seria um teatro, uma peça cômica em que a surpresa seria o essencial, de modo, a esconder da Justiça Pública os fatos que poderiam levar à possível absolvição ou diminuição da pena do réu.

Esqueceu-se que, a partir da nova legislação (artigo 400, § 1º, do CPP, com a nova redação dada pela Lei nº 11.719/08), não há dúvida de que poderá o magistrado, inclusive, determinar que as partes apresentem a justificativa da prova, ou seja, qual o ponto de fato que aquela prova buscará esclarecer, para que, assim, analise a sua pertinência ou relevância, bem como para que possa identificar manobras procrastinatórias.

Antigamente, arvorando-se no direito à ampla defesa, muitas defendiam que não era possível o indeferimento, em nenhuma hipótese, da oitiva das testemunhas que fossem tempestivamente arroladas pelas partes.

Em razão da inexistência de um dispositivo semelhante na legislação anterior, os magistrados acabavam por indeferir o expediente, para evitar futuras nulidades.

Salutar a mudança legislativa, suprimindo a lacuna do ordenamento jurídico anterior e permitindo que o magistrado tenha maior controle sobre a produção probatória.

Só a título de esclarecimento, quando decido dessa forma, na verdade, estou querendo saber se a testemunha é presencial, de "ouvir dizer" ou de antecedentes.

Hodiernamente, a audiência é una.

A vontade do legislador foi concentrar os atos processuais, a fim de agilizar a prestação jurisdicional.

Assim, nada melhor do que munir o magistrado de poderes para viabilizar tal desiderato, o que foi feito com a introdução dos artigos 400, § 1º e 411, § 2º, notadamente na Lei de Ritos Penais.

A meu ver, com o devido respeito, não há falar em oitiva de testemunhas de antecedentes na fase do "judicium accusationis".

Tais testemunhas, que nada sabem sobre os fatos, são arroladas com o único propósito de depor sobre a conduta social do acusado. Ora, como estas testemunhas auxiliam o magistrado tão somente na formação da convicção sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, entendo que, por ora, principalmente na fase do "judicium accusationis", tal prova é irrelevante, eis que não possui aptidão para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

influir no julgamento da causa.

Neste caso, autorizo, outrossim, a juntada de declarações por escrito.

Ademais, como é de amplo conhecimento de todos, frequente é o vexo de advogados que arrolam testemunhas inexistentes, muitas vezes por precatória, destinadas até mesmo a longínquos Estados da Federação, testigos que absolutamente nada sabem sobre fatos relevantes da causa, testemunhas que nem sequer conhecem o réu, tudo como meio fácil e muitas vezes não controlado de provocar toda sorte de chicanas e manobras desleais.

Tais chicanas amiúde destinam-se a prolongar desnecessariamente o encerramento da instrução, como forma de forjar uma situação para alegação de excesso de prazo, com vistas à obtenção da liberdade para réus extremamente perigosos, e ainda integrantes de perigosas organizações criminosas.

O que se pretende com tal medida é otimizar a pauta de audiência, a qual está deveras sobrecarregada, bem como evitar eventuais abusos das partes.

As regras dos artigos 400, § 1º e 411, § 2º, do CPP, impõem ao juiz, presidente do processo, um poder-dever de fiscalização diligente.

Fiscalização para que as provas requeridas pelas partes sejam efetivamente provas úteis, pertinentes, necessárias ao fim do processo, que é a busca da verdade e a realização de justiça.

Do mesmo modo que as partes não podem produzir prova ilícita, e o Poder Judiciário deve obstá-la, a produção de provas inúteis, meramente protelatórias, constituiriam ilícito processual, devendo o magistrado ou o Tribunal as proibir.

A omissão pelo juiz ou Tribunal de tal poder-dever de fiscalização serviria, sem dúvida, de estímulo, prêmio, a tal sorte condenável de chicanas, que, por sua vez, em verdadeiro círculo vicioso, leva aos demais advogados criminalistas a agirem do mesmo e condenável modo, sob pena de serem taxados como ineficientes, de ingênuos, com prejuízo à lisura de sua atividade profissional.

Tal prêmio à má conduta, à chicana, é fraude processual, por óbvio, também acarreta graves danos ao bom andamento dos processos e, por consequência, à segurança da sociedade, que observa diariamente violentos e perigosos criminosos colocados em liberdade por suposto excesso de prazo para a formação da culpa.

É óbvio que o princípio da ampla defesa, garantia essencial de países democráticos, não abrange o emprego de chicanas, fraudes, e de toda sorte de atos desonestos, desleais, artificiosos, destinados a obter por meios escusos e transversos aquilo que não seria possível por direito e por justiça.

Com efeito, sendo o processo meio de concretização de justiça e não palco de prestações e chicanas, não se pode dar guarida a manobras escusas, estimulando-se incidentes vazios de conteúdo, que visam conturbar o processo em lugar de buscar depurá-lo, tudo como expediente para fazer volver às ruas por vias impróprias, aqueles que, por Justiça, devem permanecer no ergástulo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O aludido entendimento foi usado no Supremo Tribunal Federal no caso do "mensalão" sobre a necessidade de expedição de cartas rogatórias.

O relator da ação penal é o eminente ministro Joaquim Barbosa. O ministro abriu um prazo para que os réus manifestassem o interesse de manter o depoimento de suas testemunhas que moram no exterior, declarando, nesse caso, qual o conhecimento que essas testemunhas possuíam dos fatos e a colaboração que poderiam prestar para o processo.

(...)

Faço uma indagação: Como o juiz vai aplicar os dispositivos ora guerreados sem ter o mínimo de conhecimento sobre as testemunhas?

Ora, se a diligência se mostra desnecessária, inconveniente, indevida, não há como entender que a lei a exigiria. Trata-se de aplicação da conhecida máxima "quod vanum et inutile est, lex non requirit" (o que é vão e inútil a lei não exige).

Sem maiores delongas, ante a desobediência da Defensoria Pública, presume-se a impertinência ou irrelevância dos depoimentos ora solicitados para o deslinde da causa, ou até mesmo que se trata de prova meramente procrastinatória, cujo objetivo é retardar o prosseguimento do rito.

Como é sabido, nenhum direito pode ser considerado absoluto e, em caso de abuso, nada mais correto do que municiar o magistrado de poderes para coarctá-lo.

Nesse diapasão, também indefiro o pedido de oitiva de testemunhas da defesa.

Ciência às partes.

Guarulhos, 6 de abril de 2010.

Note-se que, ao contrário do sustentado pelo impetrante, o intento daquele julgador, conforme nitidamente se depreende dos autos, não era, em absoluto, a antecipação das teses a serem sustentadas pela defesa, tanto que o próprio magistrado explicou que a justificativa deveria se dar de forma sucinta, a fim de apenas demonstrar se a testemunha era presencial, "de ouvir dizer" ou de antecedentes (fl. 145). O que se pretendia, portanto, era tão somente evitar a inquirição de testemunhas irrelevantes, impertinentes e protelatórias, ao menos para aquele momento processual, a teor do art. 400, § 1º, do Código de Processo Penal, uma vez que o juiz deixou claro que as testemunhas de antecedentes não deveriam ser arroladas na fase do **judicium accusationis** por não influir no julgamento da causa, mas apenas interessar "na formação da convicção sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP" (fl. 151).

Assim, difícil, para não dizer impossível, antever ofensa ao direito de defesa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do paciente se, de um lado, a providência adotada pelo magistrado está amparada por comando legal (art. 400, § 1º, do Código de Processo Penal), e, de outro, a ausência de oitiva das testemunhas defensivas ocorreu em razão da insistência no não acatamento, por parte da defesa, da solicitação judicial, o que atrai a incidência do art. 565 do Código de Processo Penal, o qual dispõe que "ninguém pode arguir nulidade para a qual tenha concorrido ou dado causa".

Ademais, é de se ver que no processo penal vigora o princípio geral de que somente se proclama a nulidade de um ato processual quando há efetiva demonstração de prejuízo, nos termos do que dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal, pois o simples inconformismo desprovido de prova inequívoca da mácula ocasionada não se presta para tal finalidade, o que não ficou comprovado pelo impetrante na hipótese em comento, notadamente se considerado que, consoante se extrai do acórdão que julgou o recurso em sentido estrito interposto contra a sentença de pronúncia, obtido por meio de consulta ao endereço eletrônico do Tribunal de origem, a própria paciente, quando interrogada, afirmou que aquelas testemunhas arroladas "não presenciaram os fatos, mas souberam do ocorrido por seu próprio relato (fls. 180/v)".

Por fim, importante mencionar que a defesa terá nova oportunidade para a apresentação de rol de testemunhas (art. 422 do Código de Processo Penal).

A propósito, outro não foi o entendimento exarado pelo Subprocurador-Geral da República, João Francisco Sobrinho. Eis a ementa do parecer (fl. 207):

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHAS. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO.

I - Não há que se falar em cerceamento de defesa em razão de ter sido indeferido o pleito de oitiva das testemunhas, porquanto além de não ter o patrono justificado o pedido, o paciente ainda disporá de nova oportunidade de apresentar prova testemunhal em seu favor, nos termos do art. 422 do Código de Processo Penal.

II - Sendo a Lei nº 11.719 de 20 de junho de 2008 de cunho eminentemente processual, os atos processuais, válidos e legítimos, realizados antes de 23 de agosto daquele ano, data de sua vigência, somente deverão ser renovados na hipótese de ser verificada alguma ilegalidade que os vicie, o que não é a hipótese dos autos.

III - Parecer pela denegação da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante do exposto, não conheço do presente **habeas corpus**.

Juntem-se aos autos as informações extraídas do endereço eletrônico do Tribunal de origem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0135823-9

HC 180.249 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 13822003 990102058204

EM MESA

JULGADO: 27/11/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CELIA MENDONÇA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUIZ EDUARDO DE TOLEDO COELHO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CRISTINA CAMARA FERREIRA
ADVOGADO : RAFAEL RAMIA MUNERATTI - DEFENSOR PÚBLICO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio Qualificado

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 Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.