



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 261.590 - SP (2012/0265780-2)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNA G LOUREIRO DE A BARROS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : D V G M D A S (INTERNADO)

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. REMÉDIO CONSTITUCIONAL SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO A ROUBO CIRCUNSTANCIADO. INDEFERIMENTO DE OITIVA DO COMPARSA IMPUTÁVEL COMO TESTEMUNHA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE.

1. À luz do disposto no art. 105, I, II e III, da Constituição Federal, esta Corte de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não vêm mais admitindo a utilização do *habeas corpus* como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal, sob pena de se frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

2. Entretanto, esse entendimento deve ser mitigado, em situações excepcionais, nas hipóteses em que se detectar flagrante ilegalidade, nulidade absoluta ou teratologia a ser eliminada, situação inócurre na espécie.

3. A ausência de oitiva do imputável que praticou o ato infracional junto com o menor não configura cerceamento de defesa, pois a condição de acusado lhe possibilitaria ficar em silêncio ou até falsear a verdade para não se incriminar (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88), ao contrário da testemunha, que presta compromisso de dizer a verdade.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 09 de abril de 2013(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO OG FERNANDES
Presidente e Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 261.590 - SP (2012/0265780-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de D.V.G.M.da.S., apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que ao paciente foi aplicada medida socioeducativa de internação, pela suposta prática do ato infracional análogo ao delito tipificado no art. 157, § 2º, inciso I e II, e § 3º, c/c o art. 14, inciso II, todos do Código Penal.

Inconformada, a defesa interpôs apelação, tendo o Tribunal de origem negado provimento ao recurso.

No presente *writ*, sustenta a impetrante, em síntese, nulidade da sentença por cerceamento de defesa, tendo em vista que " a testemunha de defesa Jairo dos Santos não foi trazida para depor, sendo que o mesmo estava preso e foi arrolado como testemunha de defesa na audiência de apresentação" (e-fl.2).

Requer a "anulação da r. decisão de 2º grau que manteve a sentença eivada de nulidade, determinando-se a remessa dos autos ao Juízo de origem, para que seja realizada a oitiva da testemunha de defesa Jairo dos Santos e proferida nova decisão".

A liminar foi indeferida e, prestadas as informações pela autoridade coatora, o Subprocurador-Geral da República opinou pelo não conhecimento do *writ* e denegação da ordem, caso conhecido.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 261.590 - SP (2012/0265780-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal têm refinado o cabimento do *habeas corpus*, restabelecendo o seu alcance aos casos em que demonstrada a necessidade de tutela imediata à liberdade de locomoção, de forma a não ficar malferida ou desvirtuada a lógica do sistema recursal vigente.

Nesse sentido, já se tem pronunciado esta Corte e o Supremo Tribunal Federal (v.g. HC nº 160.697/SC, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 26/3/2012; HC nº 220.301/TO, Relator o Desembargador convocado Vasco Della Giustina TJ/RS, DJe de 19/12/2011; HC nº 200.077/MS, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJe de 17/8/2011; todos do STJ. No STF: HC nº 108.268/MS, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 5/10/2011 e HC nº 110.152/MS, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 22/6/2012, entre outros).

Assim, verificada hipótese de dedução de *habeas corpus* em lugar do recurso próprio, impõe-se o não conhecimento da impetração, cabendo ressaltar que uma vez constatada a existência de ilegalidade flagrante, nada impede que esta Corte defira ordem de ofício, como forma de coarctar o constrangimento ilegal, existente na espécie.

Veja-se o que se escreveu no acórdão de apelação em relação à apontada nulidade por indeferimento da oitiva de Jairo dos Santos como testemunha da defesa (e-fl. 160):

(...) Preliminarmente, observe-se que, embora tenha alegado cerceamento de defesa nas razões do recurso, a combativa Defensoria Pública não requereu expressamente em seus pedidos a declaração de nulidade da r. sentença, desatendendo assim à determinação do artigo 514, do Código de Processo Civil. Apesar disso, considera-se devolvida a matéria a este E. Tribunal, uma vez que se cuida de questão de ordem pública, fundada em suposta violação do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De todo modo, não merece acolhida a alegação de nulidade “tendo em vista que a testemunha de defesa Jairo dos Santos não foi trazida para depor, sendo que o mesmo estava preso e foi arrolado como testemunha de defesa na audiência de apresentação de fls. 50/51 e a defesa insistiu em sua oitiva na manifestação de fls. 92/93” (fls. 119).

Com efeito, como bem apontado pelo representante do Ministério Público e nos termos que constam do boletim de ocorrência 1.871/2.012, Jairo seria um dos comparsas com que o apelante teria praticado o ato infracional equiparado a tentativa de roubo qualificado por lesão grave à vítima, razão pela qual está desobrigado do compromisso legalmente imposto às testemunhas de dizer a verdade.

Nesse sentido o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça (...).

Como se depreende do acórdão impugnado, a oitiva se referia a um imputável comparsa do paciente no ato infracional. Tal informação é confirmada na representação (e-fl. 189), na qual consta que o adolescente, junto com Jairo dos Santos e outros três indivíduos não identificados, praticou dois atos infracionais análogos a duas tentativas de roubo.

Em consulta ao sítio do Tribunal de Justiça de São Paulo, verifica-se que Jairo dos Santos foi condenado em ação penal pelos mesmos fatos a que foi representado o paciente (Ação Penal nº 0024763-95.2012.8.26.0050).

Desse modo, não merece reparos a decisão ora atacada.

O imputável Jairo dos Santos, na condição de réu em ação penal, não poderia ser ouvido como testemunha no procedimento apuratório de ato infracional em desfavor do paciente, pois estaria dispensado do compromisso legal de dizer a verdade, podendo falsear a verdade ou simplesmente se calar sobre os fatos, tendo em vista que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo (art. 5º, inciso LXIII, da Constituição da República).

A situação se assemelha a ausência de oitiva de corréu como testemunha que, de acordo com a jurisprudência da Casa, não constitui nulidade por cerceamento de defesa. Confirmam-se os seguintes:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O DO STF. HOMICÍDIO QUALIFICADO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA AÇÃO PENAL. INDEFERIMENTO DE OITIVA DE CORRÉUS COMO TESTEMUNHAS. CORRÉUS QUE NÃO FORAM CONSIDERADOS DELADORES. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recente alteração jurisprudencial, retomou o curso regular do processo penal, ao não mais admitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário.

Precedentes: HC 109.956/PR, 1.^a Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 07/08/2012, DJe de 10/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.^a Turma, Rel. Min. ROSA WEBER, julgado em 28/08/2012, DJe de 05/09/2012.

Decisões monocráticas dos ministros LUIZ FUX e DIAS TOFFOLI, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro MARCO AURÉLIO, no sentido de 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."

3. Na hipótese, os Corrêus que a Defesa pretende sejam ouvidos judicialmente não foram considerados delatores. Assim, **incide o entendimento de que a ausência da oitiva de Corrêu não configura cerceamento de defesa, devido ao fato de este não ser considerado testemunha, por não prestar compromisso, ter a possibilidade de permanecer em silêncio e de não confessar, conforme o art. 5.º, inciso LXIII, da Constituição da República.**

4. Ausência de ilegalidade flagrante que permita a concessão da ordem de ofício.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 189.324/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe 26/09/2012)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE OITIVA DO CORRÉU COMO TESTEMUNHA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

1. **Descabe falar em cerceamento de defesa ante o indeferimento de oitiva de corrêu como testemunha, uma vez que não se pode confundir a natureza desta com a do acusado. Precedentes.**

2. De se ver que as declarações prestadas pelo corrêu foram juntadas aos autos. Assim, bastaria que a defesa requeresse a leitura dessa peça.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Ademais, a testemunha arrolada pela defesa, além de ser corréu, é também irmão do ora paciente.

4. Ordem denegada.

(HC 153.615/DF, de minha Relatoria, DJe 16/05/2011)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. JÚRI. NULIDADE. ART. 475 DO CPP. INOCORRÊNCIA. TESTEMUNHAS. MOMENTO. CONTRARIEDADE AO LIBELO. PRETENSÃO DE OITIVA DE CO-RÉU COMO TESTEMUNHA. IMPOSSIBILIDADE.

I - Descabe falar em malferimento ao art. 475 do Código de Processo Penal se na ata de julgamento não consta que o membro do Parquet tenha lido ou produzido documento em desrespeito às prescrições insertas no referido comando normativo.

II - Em se tratando de processo de competência do Tribunal do Júri, o momento para que a defesa arrole testemunhas, além da defesa prévia, é no oferecimento da contrariedade ao libelo, **ex vi** do art. 421, parágrafo único, do CPP. (Precedente desta Corte e do Pretório Excelso).

III - De outro lado, **inviável pretender-se que co-réu já condenado no mesmo processo, que teve o julgamento desmembrado, preste depoimento no Plenário do Tribunal do Júri, na qualidade de testemunha, porquanto não há como se confundir a natureza desta com a de um acusado.** (Precedente).

IV - Irrelevante, na presente hipótese, a alegação do impetrante no sentido de que o Parquet teria colhido diretamente uma prova, arvorando-se nas funções da polícia judiciária, porquanto a referida prova - consistente na oitiva de uma testemunha - não foi utilizada em momento algum no processo, de modo que não influiu, sobre qualquer aspecto, para o julgamento da causa.

Ordem denegada. (HC-79.721/RJ, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 18.2.08)

Assim, a ausência de oitiva do imputável que praticou o ato infracional junto com o menor não configura cerceamento de defesa, pois a condição de acusado lhe possibilitaria ficar em silêncio ou até falsear a verdade para não se incriminar (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88), ao contrário da testemunha, que presta compromisso de dizer a verdade.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0265780-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 261.590 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 42822220128260015

EM MESA

JULGADO: 09/04/2013
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNA G LOUREIRO DE A BARROS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : D V G M DA S (INTERNADO)

ASSUNTO: DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - Ato Infracional - Contra o Patrimônio -
Roubo Majorado

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.