



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 130.784 - PE (2009/0042350-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : GERVÁSIO XAVIER DE LIMA LACERDA E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : IBERLÂNIO ALVES DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGA. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM GRAU DE APELAÇÃO. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM CONCOMITÂNCIA A RECURSO CABÍVEL. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. MATÉRIA APRESENTADA QUE DEMANDA REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Mostra-se inadequado e descabido o manejo de *habeas corpus* em concomitância ao recurso cabível.
2. É imperiosa a necessidade de racionalização do *writ*, 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.
3. "O *habeas corpus* é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heróico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição" (STF, HC 104.045/RJ).
4. A alegação de nulidade, por cerceamento de defesa, porque não teria o juízo determinado a realização de diligência para encontrar testemunha tida como importante para a defesa, foi rechaçada, na espécie, com a conclusão de que aquela pessoa tinha sido não só facilmente encontrada, mas também contactada por uma outra testemunha da defesa, que teria, então, tomado-lhe um "depoimento" informal. Em razão disso, o juízo de primeiro grau e o Tribunal de origem não acolheram a nulidade suscitada, o que não se coloca sob a censura do angusto veio de conhecimento do *writ*, onde não há espaço para dilação probatória, necessária em tal caso.
5. Inexistência de flagrante ilegalidade a ser reconhecida.
6. *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: "A Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 09 de outubro de 2012(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 130.784 - PE (2009/0042350-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : GERVÁSIO XAVIER DE LIMA LACERDA E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : IBERLÂNIO ALVES DOS SANTOS

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de IBERLÂNIO ALVES DOS SANTOS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (Apelação n.º 127.643-1).

O paciente foi preso em flagrante, por prática descrita como tráfico, em 28 de janeiro de 2005, ainda sob a égide da Lei nº 10.409/2002, tendo a prisão cautelar sido revogada, posteriormente, em virtude de ordem de *habeas corpus* concedida por esta Corte (HC nº 43.135/PE, Min. Hélio Quaglia).

Em primeiro grau de jurisdição, foi condenado a 15 anos de reclusão, no regime integralmente fechado (fls. 300/307).

Manejada apelação, não parcialmente provida, por maioria, apenas para reduzir a pena a 12 anos de reclusão e alterar o regime inicialmente fechado, a teor da seguinte ementa (fl. 543):

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE INTERROGATÓRIO ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. CERCEAMENTO DO DIREITO A AMPLA DEFESA EM RAZÃO DA NÃO OITIVA DE TESTEMUNHA. PRELIMINARES AFASTADAS. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

1 - O STF vem entendendo que o princípio geral norteador das nulidades em Processo Penal, de que não pode haver nulidade sem prejuízo pas de nullité sans grief, deve ser também aplicável aos casos de nulidade absoluta. Não trouxe prejuízo à Defesa o fato de não ter havido o interrogatório antes do recebimento da denúncia, já que o mesmo foi realizado posteriormente, assegurando-se ao acusado tal oportunidade como meio de defesa. Ademais, teve o acusado a oportunidade de apresentar Defesa Prévia, garantindo-se o contraditório antes do despacho de recebimento da denúncia. Precedentes do STJ.

2 - A responsabilidade pela diligência de localização da testemunha é da Defesa, não cabendo a transferência do ônus para o Judiciário. Sendo assim, não há o que se falar em cerceamento do direito a ampla defesa.

3 -- No que concerne à causa de aumento de pena fixada na sentença, relativa à associação eventual para o tráfico, prevista no art. 18, inciso III da Lei 6.368/76, tem-se que a Lei nº 11.343, de 23.08.06, que revogou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

expressamente a Lei 6.368/76, não mais estabelece causa de aumento de pena equivalente à prevista no pré-falado inciso III do artigo 18 da Lei 6.368/76. Ocorreu, assim, abolição pela lei nova, cuidando-se, nesse caso, de novatio legis in melius, que deve ter aplicação retroativa para beneficiar os acusados, nos termos do artigo 2º do Código Penal e do artigo 5º, inciso XL da CF/88.

4 - Mantendo-se apenas a causa de aumento estabelecida no inciso II do referido artigo 18, uma vez que a Lei nº 11.343/06 ainda considera como causa de aumento de pena o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública (art. 40, inciso II), deve ser diminuído o aumento de pena aplicado de 2/3 para 1/3, passando a pena final a ser de 12 (doze) anos de reclusão, que deverá ser cumprida em regime inicialmente fechado, em face da nova redação do §1º do art. 2º da Lei 8072/90, dada pela Lei nº 11.464/07.

5 - Afastamento das preliminares e provimento parcial do recurso. Decisão por unanimidade de votos, fixando-se o quantum da pena por maioria de votos, com a ressalta do voto vencido do Des. Relator, que entendeu também por diminuir a pena-base.

Contra este acórdão vem a presente impetração, alegando que o processo é nulo, por cerceamento de defesa, em virtude de não ter sido providenciada, pelo juiz, conforme pedido feito ainda na defesa prévia, fosse intimada uma testemunha (um vigilante) que teria visto o momento em que o paciente foi preso e, pois, poderia confirmar a tese da defesa de que a droga não lhe pertencia.

Diz que a nulidade foi suscitada também nas alegações finais, mas rejeitada na sentença e no acórdão ora atacado.

Formula a impetração o seguinte pedido:

a)Que seja conhecido e processado o presente writ para, ao final, após as providências legais e de estilo, seja CONCEDIDA a ordem requestada, a fim de anular todos os atos decisórios, a partir do r. despacho de fls. 118 dos autos do processo originário n. 001.2005.002434-6, determinando-se o cumprimento da diligência requerida tempestivamente pelo paciente às fls. 100 da sua defesa prévia, esta consistente na remessa de intimação à empresa SENA TERCEIRIZAÇÃO E SERVIÇO para que esta forneça o nome completo e endereço do empregado de prenome "Carlos", a qual estava no dia 28 de janeiro de 2005, de plantão do estacionamento do Terminal Integrado de Passageiros do Recife-PE, tudo em nome da ampla defesa e dos meios e recursos a ela inerentes;

Vale consignar que contra o acórdão da apelação foram opostos embargos infringentes, acolhidos para reduzir a pena a 8 anos de reclusão, mantido o regime inicialmente fechado (fl. 578).

Opuestos embargos de declaração, foram rejeitados por decisão monocrática do relator (fls. 575/576) e apresentado agravo regimental, não foi provido (fls. 577).

Interposto recurso especial, não foi admitido na origem, rendendo ensejo ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AResp nº 161.480/PE, não conhecido, por decisão monocrática de 7 de maio de 2012.

O agravo regimental respectivo não foi provido, em 29 de maio de 2012 e, opostos embargos declaratórios, não foram acolhidos em 19 de junho de 2012.

Ainda foi interposto recurso extraordinário, indeferido liminarmente por decisão da Vice-Presidência desta Corte, de 04 de setembro de 2012.

Foi manejado, então, em 11 de setembro de 2012, agravo, ainda pendente de processamento.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 130.784 - PE (2009/0042350-4)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGA. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM GRAU DE APELAÇÃO. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM CONCOMITÂNCIA A RECURSO CABÍVEL. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. MATÉRIA APRESENTADA QUE DEMANDA REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Mostra-se inadequado e descabido o manejo de *habeas corpus* em concomitância ao recurso cabível.
2. É imperiosa a necessidade de racionalização do *writ*, 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.
3. "O *habeas corpus* é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heróico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição" (STF, HC 104.045/RJ).
4. A alegação de nulidade, por cerceamento de defesa, porque não teria o juízo determinado a realização de diligência para encontrar testemunha tida como importante para a defesa, foi rechaçada, na espécie, com a conclusão de que aquela pessoa tinha sido não só facilmente encontrada, mas também contactada por uma outra testemunha da defesa, que teria, então, tomado-lhe um "depoimento" informal. Em razão disso, o juízo de primeiro grau e o Tribunal de origem não acolheram a nulidade suscitada, o que não se coloca sob a censura do angusto veio de conhecimento do *writ*, onde não há espaço para dilação probatória, necessária em tal caso.
5. Inexistência de flagrante ilegalidade a ser reconhecida.
6. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Busca-se o reconhecimento de nulidade, por cerceamento de defesa.

Destaque-se, inicialmente, a imperiosa necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. Deve ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção.

As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional faça as vezes de recursos ordinários ou de índole extraordinária,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória. Sobre o tema, confirmam-se os diversos julgados desta Corte:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. DIREITO A PERMANECER EM LIBERDADE ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PLEITO SUPERADO. PERDA DO OBJETO. ABSOLVIÇÃO. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DOS TEMAS APÓS A SENTENÇA CONDENATÓRIA TER TRANSITADO EM JULGADO. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ARGUMENTOS A SEREM EVENTUALMENTE DEDUZIDOS EM SEDE DE REVISÃO CRIMINAL. PEDIDO PARCIALMENTE PREJUDICADO. LIMINAR CASSADA. ORDEM NÃO CONHECIDA EM PARTE.

I. Passada em julgado a condenação, infere-se a perda do objeto do writ no tocante ao pleito de concessão ao paciente do direito de permanecer em liberdade até a superveniência do trânsito em julgado da sentença, devendo, ainda, ser reconhecida a caducidade da liminar anteriormente deferida.

II. A Jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que via estreita do writ mostra-se inidônea para desconstituir édito condenatório já transitado em julgado, mormente quando a análise do tema demanda o revolvimento de matéria fática, pois, conforme já consignado, para tal objetivo existe a revisão criminal (Precedentes).

III. A substituição da revisão criminal pelo habeas corpus somente é admitida quando a apreciação do pleito prescindir de revolvimento de provas e a ilegalidade for manifesta, o que não se revela no caso em apreço.

IV. Deve ser reconhecida a prejudicialidade do pedido, no que se refere ao direito de o réu permanecer solto até o trânsito em julgado da condenação, não merecendo conhecimento a impetração no tocante aos demais pleitos deduzidos no writ.

V. Pedido parcialmente prejudicado, cassando-se a liminar antes deferida, e ordem não conhecida no demais, nos termos do voto do Relator.

(HC 170.347/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 01/07/2011)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REVISÃO DAS CONCLUSÕES DO JULGADO. INCONFORMISMO DA PARTE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRECLUSÃO MATERIAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO.

1. A decisão embargada utilizou fundamentação suficiente para solucionar a controvérsia, inexistindo omissão ou contradição passível de reforma por meio de embargos de declaração.

2. O habeas corpus não se presta à função de sucedâneo de revisão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminal. O trânsito em julgado da sentença penal condenatória determina a preclusão das matérias julgadas.

3. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no HC 91.697/RJ, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 20/06/2011)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PROVA EMPRESTADA. ELEMENTOS ORIUNDOS DO INQUÉRITO POLICIAL E DE PROCEDIMENTO MENORISTA. DEBATE QUE EXIGE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA ELEITA. IMPROPRIEDADE.

1. É inviável, na angusta via do habeas corpus, discutir-se matéria que envolve revolvimento fático-probatório. Ademais, in casu, o Pretório Excelso já reconheceu, em sede de Recurso Extraordinário, que o tema em questão - relativo à prova emprestada - teria colorido diferente daquele debate puramente jurídico, típico da discussão a ser empreendida nos Tribunais Superiores. Desta forma, o mais apropriado, nesta quadra, seria o manejo da revisão criminal.

2. Ordem não conhecida.

(HC 160.538/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 20/06/2011)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. REGIME FECHADO. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. MATÉRIA NÃO SUSCITADA NA APELAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APELAÇÃO. EFEITO RESTRITO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Se a pretensão aqui formulada, de alteração do regime prisional, não foi examinada pelo Tribunal de origem, não sendo objeto da apelação manejada pela Defesa, não pode ser enfrentadas por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Em se tratando de apelação interposta contra decisão do Tribunal do Júri, a análise da Corte estadual é restrita às razões da Defesa.

3. Por mais que o habeas corpus seja um dos remédios constitucionais mais importantes, deve o seu emprego submeter-se às hipóteses de cabimento. Ademais, o seu manejo imoderado desrespeita à lógica do sistema recursal, abastardando, ainda, o campo próprio da revisão criminal.

4. Writ não conhecido.

(HC 201.171/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 08/06/2011)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO POR CRIME DE ESTELIONATO TRANSITADA EM JULGADO. POSTERIOR IMPETRAÇÃO DE WRIT PERANTE A CORTE A QUO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA, NÃO APRECIADA PELO ÓRGÃO JURISDICIONAL IMPETRADO, SOB O FUNDAMENTO DE QUE A VIA REVISIONAL SERIA O MEIO PRÓPRIO PARA SANÁ-LA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, TÃO SOMENTE PARA QUE O TRIBUNAL IMPETRADO SE MANIFESTE ACERCA DA MATÉRIA LÁ VENTILADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. A alegação de nulidade da dosimetria da pena, decorrente da ausência de fundamentação na fixação da pena-base, não foi analisada pela Corte a quo, sob a alegação de que o habeas corpus não é sucedâneo de revisão criminal. Assim, não há como ser conhecida a presente impetração, diante da flagrante incompetência desta Corte Superior (art. 105, inciso II, alínea a, da Constituição da República) para apreciar originariamente a matéria.

2. Contudo, não há óbice ao manejo do habeas corpus quando a análise da legalidade do ato coator prescindir do exame aprofundado de provas, como no caso. Outrossim, "a existência de recurso próprio para a análise do pedido não obsta a apreciação das questões na via do habeas corpus, tendo em vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que se achar em jogo a liberdade do réu." (STJ - RHC 21188/PA, 5.^a Turma, Rel. Min. JANE SILVA - DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG -, DJ de 22/10/2007).

3. Cumpre a este Tribunal, entretanto, determinar somente a análise do mérito da impetração originária pelo Órgão Jurisdicional Impetrado, sob pena de supressão de instância.

4. Recurso não conhecido. Ordem concedida de ofício, tão somente para determinar ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que aprecie o mérito do habeas corpus originário, como entender de direito.

(RHC 29.180/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 25/04/2011)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. MATÉRIA A SER ANALISADA EM REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DE PROVAS EM SEDE DE WRIT. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I. 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 e vulgarização do habeas-corpus.

II. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e o impetrante não pugnou a absolvição do réu em sede de recurso especial, preferindo a utilização do writ em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

III. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que a via estreita do mandamus não permite a desconstituição de sentença condenatória já transitada em julgado, mormente quando a análise do tema demanda o revolvimento de matéria fática, pois para tal objetivo existe a revisão criminal (Precedentes).

IV. Habeas corpus não conhecido, por consistir utilização inadequada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.

(HC 183.659/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 04/04/2011)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE PENA. PROGRESSÃO DE REGIME. NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS IMPETRADO NA ORIGEM. AMEAÇA OU LESÃO AO DIREITO DE LIBERDADE DO PACIENTE. DESNECESSIDADE DO EXAME DE ELEMENTOS FÁTICOS-PROBATÓRIOS. CABIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. Cristalizou-se na jurisprudência desta Corte que, apesar de existir recurso próprio, a ação de habeas corpus pode substituir a revisão criminal desde que, para a apreciação da pretensão, não seja necessário o revolvimento de provas e, versando apenas sobre matéria de direito, a ilegalidade for manifesta.

2. Ordem concedida para, cassando o v. acórdão, determinar sejam os autos retornados ao eg. Tribunal de origem e que lá seja analisado o mérito do habeas corpus.

(HC 189.391/MG, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 21/02/2011)

No caso, observa-se que, após o julgamento da apelação, a Defesa formulou diretamente este *mandamus* e, concomitantemente, continuou recorrendo, ainda não havendo, como visto, trânsito em julgado da condenação.

Reforce-se a necessidade e urgência de se cumprir as regras do sistema recursal vigente. O *habeas corpus* não foi criado para a finalidade aqui empregada.

A Suprema Corte, sensível a essa problemática, tem pronunciado também a inadequação de impetrações manejadas em substituição ao recurso próprio. Em julgamento realizado em 7 de agosto de 2012, nos autos do HC nº 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, a Primeira Turma assentou:

Consigno a óptica sobre a inadequação do *habeas corpus* quando o caso sugere recurso ordinário constitucional.

A Carta Federal encerra como garantia maior essa ação nobre voltada a preservar a liberdade de ir e vir do cidadão - o *habeas corpus*. Vale dizer, sofrendo alguém ou se achando ameaçado de sofrer violência ou coação à liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, cabe manusear o instrumental, fazendo-o no tocante à competência originária de órgão julgador.

Em época na qual não havia a sobrecarga de processos hoje notada - praticamente inviabilizando, em tempo hábil, a jurisdição -, passou-se a admitir o denominado *habeas* substitutivo do recurso ordinário constitucional previsto contra decisão judicial a implicar o indeferimento da ordem. Com isso, atualmente, tanto o Supremo quanto Superior Tribunal de Justiça estão às voltas com um grande número de *habeas corpus* - este Tribunal recebeu, no primeiro semestre de 2012, 2.181 *habeas* e 108



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recursos ordinários e aquele, 16.372 *habeas* e 1.475 recursos ordinários. Raras exceções, não se trata de impetrações passíveis de serem enquadradas como originárias, mas de medidas intentadas a partir de construção jurisprudencial.

O Direito é orgânico e dinâmico e contém princípios, expressões e vocábulos com sentido próprio. A definição do alcance da Carta da República há de fazer de forma integrativa, mas também considerada a regra de hermenêutica e aplicação do Direito que é a sistemática. O *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo sequer 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 do 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.

Cumpra 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. 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.

Saliento, por último, que, há dois anos, cheguei a propor a edição de verbete de súmula que, no entanto, esbarrou na ausência de precedentes. Deve-se afastar o misoneísmo, a aversão a novas ideias, pouco importante a justificativa plausível destas - no caso, constitucional -, salvando-se, e esta é a expressão própria, o *habeas corpus* em sua envergadura maior, no que solapado por visão contrária ao princípio do terceiro excluído: uma coisa é ou não é. Entre duas possibilidades contempladas na Lei Fundamental, de modo exaustivo, não simplesmente exemplificativo, não há lugar para uma terceira - na espécie, o inexistente, normativamente, *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, que, ante a prática admitida até aqui, caiu em desuso, tornando quase letra morta os preceitos constitucionais que o versam.

É cômodo não interpor o recurso ordinário quando se pode, a qualquer momento e considerado o estágio do processo-crime, buscar-se infirmar decisão há muito proferida, mediante o denominado *habeas corpus* substitutivo, alcançando-se, com isso, a passagem do tempo, a desaguar, por vezes, na prescrição. A situação não deve continuar, no que já mitigou a importância do *habeas corpus* e emperrou a máquina judiciária, sendo prejudicados os cidadãos em geral, a cidadania. Rara é a sessão da Turma em que não se examina impetração voltada contra a demora na apreciação de idêntica medida pelo Superior Tribunal de Justiça.

O mesmo órgão julgador, em 21 de agosto de 2012, nos autos do HC nº 104.045, Relatora a Ministra Rosa Weber, julgou extinta a ordem de *habeas corpus*. Vale trazer a contexto excerto do voto da Relatora:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, é o *habeas corpus* uma garantia da liberdade de locomoção - ir, vir e permanecer -, contra violência ou coação, pressupondo, portanto, uma prisão, uma ameaça de prisão ou pelo menos alguma espécie de constrangimento físico ou moral à liberdade física.

Nos últimos anos, todavia, tem se verificado um desvirtuamento da garantia constitucional. Ilustrativamente, notícia divulgada no site do Superior Tribunal de Justiça em 29.5.2011 ("*Número de habeas corpus dobra em três anos e preocupa Ministros*") revela atingida naquela data a marca de duzentos mil *habeas corpus* impetrados perante aquela Corte. E, segundo os dados estatísticos disponibilizados, naquele ano nela foram distribuídos 36.125 *habeas corpus*, número quase equivalente ao total de processos distribuídos perante este Supremo Tribunal Federal no mesmo ano (38.109).

Tais números só foram possíveis em virtude da prodigalização e da vulgarização do *habeas corpus*.

Embora restrito seu cabimento, segundo a Constituição, a casos de prisão ou ameaça de prisão, passou-se a admiti-lo como substitutivo de recursos no processo penal, por vezes até mesmo sem qualquer prisão vigente ou sem ameaça senão remota de prisão.

A pauta, aliás, desta Primeira Turma, com mais de uma centena de *habeas corpus* sobre os mais variados temas, poucos relacionados à impugnação da prisão ou efetiva ameaça de, é ilustrativa do desvirtuamento do *habeas corpus*.

O desvirtuamento do *habeas corpus* também tornou sem sentido o princípio da exaustividade dos recursos no processo legal. De nada adiante a lei prever um número limitado de recursos contra decisões finais ou contra decisões interlocutórias se se entender sempre manejável o *habeas corpus*. A par de notório que a possibilidade de recorrer contra toda e qualquer decisão interlocutória é fatal para a duração razoável do processo também assegurada constitucionalmente, há verdadeira avalanche de *habeas corpus* a submeterem a mesma questão, sucessiva e até concomitantemente, a diferentes tribunais.

O desvirtuamento do *habeas corpus* tem efeito ainda mais grave nos Tribunais Superiores, diante das funções precípuas quer do Superior Tribunal de Justiça - a última palavra na interpretação da lei federal - quer desta Suprema Corte - a guarda da Constituição.

A preservação da racionalidade do sistema processual e recursal, bem como a necessidade de atacar a sobrecarga dos Tribunais recursais e superiores, desta forma reduzindo a morosidade processual e assegurando uma melhor prestação jurisdicional e a razoável duração do processo, aconselham seja retomada a função constitucional do *habeas corpus*, sem o seu emprego como substitutivo de recurso no processo penal.

(...)

Admitir o *habeas corpus* como substitutivo do recurso, diante de expressa previsão constitucional, representa burla indireta ao instituto próprio, cujo manejo está à disposição do sucumbente, observados os requisitos pertinentes.

Em síntese, o *habeas corpus* é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heróico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ainda com o mesmo norte, podem ser citadas as decisões monocráticas proferidas pelo Ministro Luis Fux, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 24/08/2012), e pelo Ministro Dias Toffoli, no HC 114.924/RJ (DJe de 28/08/2012).

Considerando o âmbito restrito do *mandamus*, cumpre analisar apenas se existe manifesta ilegalidade que implique em coação à liberdade de locomoção da paciente, o que não se verifica na espécie.

Vejamos o que disse a sentença sobre a suscitada nulidade (fls. 301):

Quanto a segunda preliminar, referente à ausência de intimação de testemunha, cuido em dizer que são de exclusiva responsabilidade do denunciado e do seu patrono todas as diligências que visem à composição do rol de testemunhas de defesa. As quatro pessoas constantes do rol apresentado foram inquiridas em juízo. Quanto à pessoa de 'Carlos', sobre quem recai o motivo da insatisfação, nenhuma diligência ou providência foi empreendida por parte do denunciado e do seu patrono no sentido de colherem-se os dados complementares de que precisavam. Aliás, o Sr. Jedaías Ferreira de Souza, segundo relatou, resolveu, por conta própria, proceder a uma espécie de investigação e foi até o TIP com a intenção de conversar sobre o caso com Carlos, vigilante da SENA; lá, o Carlos contou... Posso observar que o Sr. Jedaías localizou o Carlos; sem maiores dificuldades. A diligência era de fácil realização e o seu objetivo de todo acessível. Não cabe, portanto, ao magistrado fazer às vezes das partes quando a prova pretendida depende exclusivamente da atuação das partes e não oferece qualquer dificuldade à diligência. Rejeito, pois, as preliminares.

No Tribunal de origem, de início, o Relator e a Revisora acolheram a preliminar mas, um terceiro Desembargador pediu vista e apresentou voto divergente, afastando o pretendido cerceamento de defesa, nestes termos (fls. 519/522):

Diante da divergência dos votos apresentados por V.Exas., entendi mais prudente pedir vista dos presentes autos, a fim de melhor analisar os argumentos e as provas neles contidas para, então, firmar o meu convencimento.

A defesa guindou a presente preliminar de nulidade do processo, em face do indeferimento tácito do pedido de diligência.

Entende o apelante que a decisão do juízo processante trouxe lesão ao Princípio da Ampla Defesa.

Registro que o citado pedido de diligência foi feito na defesa preliminar, na qual o Advogado do apelante arrolou 04 (quatro) testemunhas, solicitando, ainda, que fosse oficiada a empresa SENA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS, para que fornecesse o nome completo do vigilante conhecido pelo prenome CARLOS, sendo que o Magistrado Processante indeferiu tacitamente tal requerimento, determinando apenas as intimações das testemunhas qualificadas.

É primordial ressaltar que o apelante teve várias oportunidades para se manifestar acerca de tal indeferimento, mas a defesa somente se insurgiu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acerca da necessidade de tal diligência em sede de alegações finais, levantando uma preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, a qual foi repelida pelo Juízo Sentenciante com os seguintes argumentos (f. 249):

"(...) cuido em dizer que são de exclusiva responsabilidade do denunciado e do seu patrono todas as diligências que visem à composição do rol de testemunhas de defesa. As quatro pessoas constantes do rol apresentado foram inquiridas em juízo. Quanto à pessoa de 'Carlos', sobre quem recai o motivo da insatisfação, nenhuma diligência ou providência foi empreendida por parte do denunciado e do seu patrono no sentido de colherem-se os dados complementares de que precisavam. Aliás, o Sr. Jedaías Ferreira de Souza, segundo relatou, resolveu, por conta própria, proceder a uma espécie de investigação e foi até o TIP com a intenção de conversar sobre o caso com Carlos, vigilante da SENA; lá, o Carlos contou. **Posso observar que o Sr. Jedaías localizou o Carlos, sem maiores dificuldades. A diligência era de fácil realização e o seu objetivo de todo acessível. Não cabe, portanto, ao magistrado fazer às vezes das partes quando a prova pretendida depende exclusivamente da atuação das partes e não oferece qualquer dificuldade à diligência (...).**" Destaquei.

Devo ressaltar que a defesa, durante a instrução criminal, poderia facilmente ter obtido o endereço da citada testemunha e se tivesse feito a sua parte, indicando o nome e o endereço da testemunha conhecida por "Carlos", esta teria sido intimada e ouvida. No entanto, a defesa acomodou-se, transferindo indevidamente seu ônus para o judiciário.

O proceder da defesa é rechaçado pelos Tribunais, que são uníssomos em afirmar que compete à defesa promover as diligências para composição do seu rol de testemunhas.

Vejamos os seguintes precedentes do STJ e do STF:

"(...) Cabe à defesa, notadamente quando constituída pelo acusado, enviar esforços para localizar as testemunhas por ela arroladas (...)" (RHC 16.705/BA, Rei. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 01/04/2008, DJe 22/04/2008).

"(...) As partes não podem transferir ao Juiz diligências probatórias que estão ao seu alcance (...)." (REsp 235.638/SP, Rei. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/12/1999, DJ 07/02/2000 p. 162).

"(...) Cabe à defesa obter e fornecer ao Juízo o endereço correto de suas testemunhas (...)." (HC n.º 90144/BA, Relator Min. CARLOS BRITTO, Decisão Unânime - V Turma do STF - Julgamento em 20.03.2007). Destaquei.

Pois bem.

Entendo que estas assertivas já são suficientes para rejeitar a presente preliminar de nulidade, mas há outras razões que levam a esse caminho.

Conforme já asseverado, o pedido de nulidade se funda na falta de diligência que possibilitaria a ouvida da testemunha conhecida por "Carlos".

Acontece que além dessa diligência ser atribuição exclusiva da defesa, como já exposto, a referida testemunha certamente não iria acrescentar novos fatos que possibilitassem a alteração do provimento condenatório.

Justifico tais assertivas com fundamento no depoimento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

testemunha defensiva, o Sr. Jedaías Ferreira de Souza, que trouxe à baila a síntese do que seria esclarecido por "Carlos".

Com isso, entendo ser aplicável ao caso o teor do art. 566 do Código de Processo Penal que prevê: "Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa". Frisei.

Ademais, entendo que é impossível a declaração da nulidade pleiteada, vez que pela simples leitura das razões do presente apelo, constata-se que em nenhum momento foi demonstrada a existência de prejuízo para a defesa.

Com isso, torna-se impossível o reconhecimento da citada nulidade, segundo determina o art. 563 do CPP: "Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa."

Neste particular encontramos o posicionamento de Ada Pellegrine Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, sendo relevante destacar o seguinte trecho¹:

"(...) deve-se salientar que, seja o prejuízo evidente ou não, ele deve existir para que a nulidade seja decretada. E nos casos em que ficar evidenciada a inexistência de prejuízo não se cogita de nulidade, mesmo em se tratando de nulidade absoluta. O STF tem adotado essa linha, podendo mencionar-se o Acórdão proferido pela Primeira Turma no Habeas Corpus n. 81.510 (...)."

Em razão desse voto, o Relator e a Revisora reformularam seus votos, para negar o cerceamento de defesa (fl. 526).

Como se vê, a questão foi decidida com a expressa conclusão pelo Tribunal de origem que a testemunha cujo depoimento pretendia a defesa, foi fácil e informalmente encontrada, tendo havido, inclusive, um diálogo com ela, entabulado pela pessoa (Sr. Jedaías) que fora uma outra testemunha da defesa.

Nesse contexto, o acolhimento da nulidade aqui suscitada, perpassa pela elisão dos fundamentos do acórdão atacado, tirados pela análise direta dos fatos e provas da causa, material que não se submete ao angusto crivo do *habeas corpus*, onde não há espaço para dilação fático-probatória.

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0042350-4

HC 130.784 / PE
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 120050024346 1276431

EM MESA

JULGADO: 09/10/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

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 : GERVÁSIO XAVIER DE LIMA LACERDA E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : IBERLÂNIO ALVES DOS SANTOS

ASSUNTO: Penal - Leis Extravagantes - Crimes de Tráfico e Uso de Entorpecentes - Tráfico

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 da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.