



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 135.363 - SP (2009/0083325-3)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**IMPETRANTE : PAULO HENRIQUE DE ANDRADE MALARA**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : APARECIDO ROMANO GARBELLINI (PRESO)**

### **EMENTA**

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. TESTEMUNHA DO JUÍZO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O Juiz de primeiro grau deliberou por ouvir o policial civil Cristian Cesar Moraes da Silva na condição de testemunha do Juízo, faculdade expressamente conferida pelo art. 209, *caput*, do Código de Processo Penal. Precedentes.

2. Em observância ao princípio da busca da verdade real, não há nulidade na oitiva de testemunha indicada extemporaneamente pelo órgão ministerial, na qualidade de testemunha do juízo. Precedentes.

3. Além de a defesa não haver se insurgido contra a oitiva da testemunha do juízo na própria audiência de instrução, foi-lhe garantida a formulação de perguntas, o que evidencia que houve estrita observância à cláusula constitucional do devido processo legal, de modo que fica afastada a sustentada nulidade do referido ato processual.

4. Ordem não conhecida.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 12 de abril de 2016

**Ministro Rogerio Schietti Cruz**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 135.363 - SP (2009/0083325-3)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

**IMPETRANTE : PAULO HENRIQUE DE ANDRADE MALARA**

**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**PACIENTE : APARECIDO ROMANO GARBELLINI (PRESO)**

### RELATÓRIO

#### O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

**APARECIDO ROMANO GARBELLINI**, paciente neste habeas corpus, estaria sofrendo coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que denegou o HC n. 990.08.167510-2.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela suposta prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, c/c o art. 40, II, III e VI, todos da Lei n. 11.343/2006 (Processo n. 498.01.2008.002844-0).

O impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que o Juiz de primeiro grau ouviu a testemunha Cristian Cesar Moraes da Silva como se da acusação fosse, embora ela não tenha sido arrolada pelo *Parquet*.

Pondera que, "ainda que entendesse o D. Juízo monocrático pela necessidade da oitiva da testemunha mencionada, em decisão devidamente fundamentada, apenas após a oitiva das testemunhas de acusação e defesa é que poderia ouvi-la" (fl. 6), de modo que, também sob esse aspecto, teria havido violação do direito à ampla defesa.

Por fim, salienta que a defesa suscitou a referida nulidade na primeira oportunidade em que teve para se manifestar nos autos, de modo que não haveria falar em preclusão.

Requer a concessão da ordem, para que seja declarada a nulidade do Processo n. 288/2008 da Vara Única da Comarca de Ribeirão Bonito – SP.

Não houve pedido de liminar.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem.

Em atenção ao despacho de fl. 63, o Tribunal de origem noticiou que sobreveio a prolação de sentença em desfavor do paciente, havendo ele sido condenado à pena de 12 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, como incurso nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, c/c o art. 40, II, III e VI, todos da Lei n. 11.343/2006.

Ainda, em consulta processual realizada na página eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, verifico que, contra a condenação, a defesa interpôs a Apelação n. 990.09.198593-7, à qual foi negado provimento (julgamento realizado em 4/2/2010).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 135.363 - SP (2009/0083325-3)**

### **EMENTA**

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. TESTEMUNHA DO JUÍZO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O Juiz de primeiro grau deliberou por ouvir o policial civil Cristian Cesar Moraes da Silva na condição de testemunha do Juízo, faculdade expressamente conferida pelo art. 209, *caput*, do Código de Processo Penal. Precedentes.

2. Em observância ao princípio da busca da verdade real, não há nulidade na oitiva de testemunha indicada extemporaneamente pelo órgão ministerial, na qualidade de testemunha do juízo. Precedentes.

3. Além de a defesa não haver se insurgido contra a oitiva da testemunha do juízo na própria audiência de instrução, foi-lhe garantida a formulação de perguntas, o que evidencia que houve estrita observância à cláusula constitucional do devido processo legal, de modo que fica afastada a sustentada nulidade do referido ato processual.

4. Ordem não conhecida.

### **VOTO**

**O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):**

#### **I. Habeas corpus substitutivo**

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

Sob tais premissas, **não identifico suficientes razões**, na espécie, para engendrar a concessão, *ex officio*, da ordem.

#### **II. Nulidade do processo – não ocorrência**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De plano, saliento que, embora tenha havido a prolação de sentença condenatória, tal circunstância não acarreta a falta de interesse de agir do paciente, porquanto se trouxe à discussão a suposta ocorrência de nulidade que, em caso de demonstração de efetivo prejuízo, poderia eventualmente ser reconhecida e acarretar a anulação do processo.

Feita essa observação inicial, passo agora, pois, à análise da matéria.

Em síntese, alega o impetrante que o processo seria nulo, por ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa, em razão de o policial civil **Cristian Cesar Moraes da Silva** haver sido ouvido como testemunha da acusação sem que fosse arrolado na denúncia.

O Tribunal de origem consignou que, na inicial acusatória, o Ministério Público arrolou cinco testemunhas, havendo requerido a oitiva de mais outras duas, a fim de que fossem ouvidas na condição de testemunhas do Juízo (fl. 12).

Na audiência de instrução, foram ouvidas duas das testemunhas arroladas pela acusação, "tendo o representante do Ministério Público desistido das demais. Nesta oportunidade foi inquirida uma das indicadas como do Juízo, em razão de ser o investigador de polícia que conduziu toda a investigação e que levou à prisão do paciente, **não havendo, na audiência, insurgência da defesa quanto ao ocorrido**" (fl. 49).

A Corte estadual, salientou, ainda, que, "por ocasião da audiência, o MM. Juiz julgou necessária a sua oitiva, **fazendo-a como testemunha do juízo**, o que é perfeitamente cabível, consoante determina o art. 209 do Código de Processo Penal" (fls. 49-50).

Com efeito, verifico que **Cristian Cesar Moraes da Silva** foi inquirido como testemunha do Juízo, conforme aliás, consignou a Juíza no despacho de fl. 187 dos autos principais (aqui juntado à fl. 16).

Assim, embora no termo de audiência tenha constado, no alto da folha, "testemunha de acusação" (fl. 20), constato que, na verdade, o Juiz de primeiro grau deliberou por ouvir o referido policial civil na condição de **testemunha do Juízo**, não se podendo olvidar que a jurisprudência possui o entendimento consolidado de que, "Nos termos do art. 209 do Código de Processo Penal, não configura nulidade a oitiva de testemunha indicada extemporaneamente pela acusação, como testemunha do Juízo" (**HC n.**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

95.319, Rel. Ministro **Dias Toffoli**, 1ª T., DJe 18/2/2011).

Ainda, menciono o seguinte julgado deste Superior Tribunal:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. INDICAÇÃO EXTEMPORÂNEA DE TESTEMUNHAS PELO ÓRGÃO MINISTERIAL. PROVA RELEVANTE PARA O DESLINDE DA QUESTÃO. OITIVA NA QUALIDADE DE TESTEMUNHA DO JUÍZO. POSSIBILIDADE. BUSCA DA VERDADE REAL. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO. ORDEM DENEGADA.

1. Em observância ao princípio da busca da verdade real, não há nulidade na oitiva das testemunhas indicadas inoportunamente pelo Órgão Ministerial, na qualidade de testemunhas do juízo, nos termos do art. 209 do Código de Processo Penal (Precedentes STJ e STF).

2. Não obstante o Ministério Público não tenha arrolado como testemunha a genitora da vítima na exordial acusatória, mas tenha requerido a conversão do julgamento em diligências para a sua oitiva, certo é que o magistrado singular deliberou por ouvi-la na condição de testemunha do juízo, indicando a relevância dessa prova para solucionar a causa - já que ela teria oferecido a representação perante a autoridade policial -, providência esta que está em total consonância com o dispositivo legal retromencionado.

3. Não logrando a defesa demonstrar que foi prejudicada, impossível o acolhimento da pretensão de anular o feito, pois no sistema processual penal pátrio nenhuma nulidade será declarada se não restar comprovado o efetivo prejuízo (art. 563 do CPP).

4. Recurso improvido.

(RHC n. 27.739/SP, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5ª T., DJe 25/8/2011).

Portanto, em observância ao princípio da **busca da verdade real**, não há nulidade na oitiva de testemunha indicada extemporaneamente pelo órgão ministerial, na qualidade de testemunha do juízo. Esse entendimento encontra amparo na faculdade expressamente conferida ao juiz pelo art. 209, *caput*, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Essa também é a compreensão de Guilherme de Souza Nucci acerca do tema:

**Perda do Prazo oportuno para a parte arrolar a testemunha:** pode ser suprido pelo juiz, sem dúvida. Embora a parte não tenha mais o direito a exigir a oitiva de determinada pessoa, não arrolada no momento propício, é importante não olvidar que no processo penal, vigora a busca da verdade real, passível de realização com eficácia, caso o magistrado participe ativamente da colheita das provas realmente interessadas ao deslinde da causa. Assim, se a testemunha não foi arrolada pela acusação (na denúncia) ou pela defesa (na defesa prévia), pode haver a sugestão ao juiz para ouvi-la, ficando a seu prudente critério deferir ou não. (*Código de Processo Penal Comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 478).

Registro, por fim, que, além de a defesa não haver se insurgido contra a oitiva da referida testemunha na própria audiência de instrução, foi-lhe garantida a formulação de perguntas – havendo ela permanecido inerte –, o que evidencia ter havido estrita observância à cláusula constitucional do devido processo legal, de modo que fica afastada a sustentada nulidade do referido ato processual.

### III. Dispositivo

À vista do exposto, **não conheço do habeas corpus**, por entender inadequado o uso do *writ* como substitutivo do meio impugnativo próprio. E, ao analisar o seu conteúdo, não identifico suficientes razões, na espécie, para engendrar a concessão, *ex officio*, da ordem.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0083325-3

**HC 135.363 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2882008 990081675102

EM MESA

JULGADO: 12/04/2016

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO FERREIRA LEITE**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

#### **AUTUAÇÃO**

|            |                                              |
|------------|----------------------------------------------|
| IMPETRANTE | : PAULO HENRIQUE DE ANDRADE MALARA           |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE   | : APARECIDO ROMANO GARBELLINI (PRESO)        |
| CORRÉU     | : ABEL NUNES FERREIRA JÚNIOR                 |

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

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.