



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 191.624 - SP (2010/0219648-5)

RELATOR : MINISTRO GILSON DIPP
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : ALESSANDRA ALVES DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : CHRISTOPHER LOPEZ PEREZ (PRESO)

EMENTA

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. TRÁFICO DE DROGAS. INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA. ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 11.900/09. NULIDADE ABSOLUTA. DECLARAÇÃO. EXCESSO DE PRAZO. OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

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. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n. 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n. 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n.º 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da “*inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal*”).

III. Na hipótese, foi interposto recurso especial, instrumento ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte Superior analise eventual ofensa à legislação federal nos fundamentos da condenação criminal, que não poderia ser substituído pelo *habeas corpus*, exceção que se liga necessariamente à violência, à coação, à ilegalidade ou ao abuso – circunstâncias que obviamente não constituem a regra senão a exceção – donde seu uso reclama naturalmente as restrições da exceção.

IV. A presente hipótese seria, em tese, de não conhecimento do “writ”, por consistir utilização inadequada da garantia constitucional. Não obstante verifica-se a ocorrência de nulidade.

V. A Lei 11.900/09, ao imprimir alteração ao Código de Processo Penal, passou a prever a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência. No presente caso, verifica-se a existência de nulidade, tendo em vista que o interrogatório foi realizado por teleaudiência em data anterior à vigência da Lei 11.900/09.

VI. Declaração de inconstitucionalidade da Lei n.º 11.819/05 do Estado de São Paulo pelo Supremo Tribunal Federal em sessão realizada em 30/10/2008, em controle difuso.

VII. Declaração de nulidade do interrogatório e oitiva de testemunhas realizados por meio de videoconferência, bem como dos demais atos dele dependentes, como a sentença condenatória e o recurso interposto e atos posteriores.

VIII. Havendo a declaração da nulidade da sentença fica prejudicada a análise das questões relativas à dosimetria da pena e eventual substituição de pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IX. Verificando-se que o paciente se encontra custodiado há quase quatro anos – já que foi preso em flagrante no dia 04.03.2008, assim permanecendo durante toda a instrução criminal, tendo-lhe sido negado o direito de recorrer em liberdade – e diante da declaração da nulidade nos termos acima, deve ser reconhecido de ofício o excesso de prazo na custódia cautelar, mormente diante do *quantum* da pena fixada pelo Tribunal Estadual - 5 anos e 10 meses de reclusão.

X. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator. *Habeas corpus* concedido de ofício.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. "A Turma, por unanimidade, deferiu parcialmente a ordem e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de maio de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 191.624 - SP (2010/0219648-5)

RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO SR. MINISTRO GILSON DIPP:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Christopher Lopez Perez contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que deu parcial provimento ao recurso de apelação da defesa, nos termos da seguinte ementa:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGA. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONFISSÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITO. INADMISSIBILIDADE. LIBERDADE PROVISÓRIA. TRÁFICO. INADMISSIBILIDADE.

1. O art. 59 da Lei n. 11.343/06 estabelece que, nos crimes de tráfico de entorpecentes, o réu não poderá apelar sem recolher à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença. O Supremo Tribunal Federal já teve ocasião de aplicar esse dispositivo, tendo considerado válida a prisão do acusado, ainda que a sentença não tenha reafirmado a presença dos pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal. Entende-se que, no que se refere a essa espécie de delito, o direito de apelar em liberdade é excepcional, desafiando fundamentação própria. Precedentes do STF.

2. Materialidade e autoria delitiva comprovadas.

3. Para caracterizar a atenuante genérica, a confissão deve ser ampla e sem reservas nem ressalvas. Na hipótese de o acusado admitir que praticou o delito, mas opôs excludentes de culpabilidade, não tem cabimento a atenuante (STJ, 6ª Turma, HC n. 79.381-SP, Rel. Min. Nilson Naves, j. 23.10.07, DJ 10.03.08, p. 1).

4. A Constituição da República relega ao legislador ordinário dispor acerca da individualização da pena: "a lei regulará a individualização da pena" (CR, art. 5º, XLVI). Assim, nada está a impedir que a lei venha a disciplinar mais ou menos severamente determinados delitos, concedendo ou não em relação a eles certos benefícios. No caso do tráfico de entorpecentes, tanto o art. 44 quanto o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 proíbem a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos. Ao fazê-lo, cumprem o preceito constitucional de regular os critérios para a individualização da pena, de modo que não há neles vício de inconstitucionalidade. Não prospera o argumento segundo o qual a decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à inadmissibilidade do cumprimento da pena em regime integralmente fechado implicaria também a inadmissibilidade do impedimento à conversão. São institutos distintos, de modo que não se pode fazer semelhante implicação sem descontos. Por outro lado, ainda que sobrevenham decisões no sentido de conceder, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

virtude da singularidade do caso, a conversão, o certo é que o próprio art. 44 do Código Penal a desaconselha: o inciso III desse dispositivo estabelece que as penas privativas de liberdade podem ser substituídas somente se os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. Quanto ao tráfico internacional, ainda que a pena privativa de liberdade não seja muito elevada, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ensejaria um certo estímulo à prática delitiva, em descompasso com a política criminal estabelecida não somente pela Lei n. 11.343/06 mas também pelo art. 44 do Código Penal. 4. A vedação à liberdade provisória contida no art. 44 da Lei n. 11.343/06 é fundamento jurídico suficiente para o indeferimento do benefício. Precedentes do STF e do STJ.

5. Apelação parcialmente provida."

Foram opostos embargos de declaração, que restaram rejeitados nos termos da seguinte ementa:

"PENAL. PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO INEXISTENTE. QUESTÃO PRECLUSA. INTERROGATÓRIO. VIDEOCONFERÊNCIA. ENTENDIMENTO DA 1ª SEÇÃO DESTE TRIBUNAL.

1. Inexistente omissão. A questão foi trazida à baila pela defesa somente após a interposição da apelação, razão pela qual está preclusa.

2. O Supremo Tribunal Federal reputa inválido o interrogatório do réu procedido por videoconferência sob o fundamento de violaria o devido processo legal (STF, 2ª Turma, HC n. 88.914-SP, Rel. Min. Cezar Peluso, unânime, j. 14.08.07, DJ 05.10.07, p. 37). Para os fins previstos no art. 14, II, do Regimento Interno, isto é, em razão da relevância da questão e para prevenir divergência entre as Turmas da mesma Seção, a 1ª Seção desta Corte entendeu não ser caso de se acompanhar tal precedente, sob o fundamento de que espelha tão-somente o entendimento de uma das Turmas do Supremo Tribunal Federal, de modo que ainda deve prevalecer a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a videoconferência não compromete a validade do interrogatório do réu, pois a decretação de sua nulidade dependerá da comprovação de real prejuízo por parte do acusado (TRF da 3ª Região, 1ª Seção, Habeas Corpus n. 2008.03.00.001008-7, Rel. p/ acórdão Des. Fed. Ramza Tartuce, maioria, j. 15.05.08; STJ, 5ª Turma, AgRgHC n. 89.004-SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 27.03.08, DJ 28.04.08, p. 1). Malgrado não seja esse o meu entendimento sobre a matéria, penso que deve ser respeitada a orientação firmada pela 1ª Seção deste Tribunal, evitando-se decisões conflitantes dos diversos órgãos fracionários da Corte sobre a legitimidade da videoconferência, do que adviriam significativos prejuízos para o andamento dos processos criminais que tramitam na 3ª Região da Justiça Federal.

3. A nulidade somente será declarada quando resultar em prejuízo para a parte.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Embargos de declaração aos quais se nega provimento."

Christopher Lopez Perez foi preso em flagrante em 04.03.2008 no Aeroporto Internacional de Guarulhos quando tentava embarcar com destino à África do Sul, trazendo consigo 4.375g (quatro mil, trezentos e setenta e cinco gramas) de cocaína, tendo sido denunciado como incurso no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, ambos da Lei 11.343/06.

Sobreveio sentença que o condenou à pena de 7 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, mais 700 dias-multa.

Em sede de apelação, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região deu parcial provimento ao recurso da defesa para determinar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, fixando a pena em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

No presente "writ", aponta a Defensoria Pública nulidade absoluta do processo, vez que o interrogatório do réu e a oitiva das testemunhas de acusação foi realizados pelo sistema de videoconferência antes da vigência da Lei 11.900/2009, em violação ao art. 185 do Código de Processo Penal.

Afirma que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da Lei paulista 11.819/05.

Alega que a presença física do réu em audiência perante o Juiz é indispensável, pois o sistema de videoconferência desumaniza o processo e dificulta a interação entre advogado e réu durante as audiências, em afronta ao devido processo legal.

Sustenta que ao analisar a pena-base o acórdão *a quo* manteve a pena em 6 anos de reclusão e 600 dias-multa em razão da natureza e quantidade da droga apreendida, com fundamento no art. 42 da Lei 11343/06. Não obstante, para a correta aferição do *quantum* faz-se necessária a adoção de critérios, sendo certo que levando-se em conta as quantidades usualmente apreendidas no País não há que se falar que 4.375g de cocaína justifique a majoração acima do mínimo legal.

Neste contexto, alega que a manutenção da pena-base é desproporcional, devendo a pena-base ser fixada no mínimo ou com elevação inferior à atualmente fixada, por ser ínfima a quantidade de droga transportada pelo ora paciente.

Aduz, ainda, que deve ser aplicada a redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 em seu grau máximo, eis que agiu em caráter eventual, não tendo ciência da proporção de seu ato.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aponta que o paciente faz jus ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea em seu patamar máximo, ainda que importe em redução da pena em patamar abaixo do mínimo legal.

Alega que não deve ser mantida a causa de aumento de pena prevista no art, 40, I da Lei 11343/06, uma vez que a conduta ali descrita já foi apenada em razão da aplicação do art. 33, *caput*, da Lei 11373/06.

Sustenta que com as alterações indicadas nas razões do presente "writ" o paciente fará jus à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Por fim, alega que não estão presentes os requisitos para a manutenção da prisão preventiva, motivo pelo qual o paciente tem o direito de recorrer em liberdade.

Pugna pela declaração de nulidade do processo desde a realização da audiência, com expedição de alvará de soltura em favor do paciente em razão do excesso de prazo.

Subsidiariamente, requer a diminuição da pena imposta com o reconhecimento do direito do paciente de recorrer em liberdade e com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Liminar indeferida à fl. 360.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pela denegação da ordem (fls. 366/368).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 191.624 - SP (2010/0219648-5)

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SR. MINISTRO GILSON DIPP(Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Christopher Lopez Perez contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que deu parcial provimento ao recurso de apelação da defesa para determinar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, fixando a pena em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

No presente "writ", aponta a Defensoria Pública nulidade absoluta do processo, vez que o interrogatório do réu foi realizado pelo sistema de videoconferência em 23.09.2008, antes da vigência da Lei 11.900/2009, e em violação ao art. 185 do Código de Processo Penal.

Afirma que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da Lei paulista 11.819/05.

Alega que a presença física do réu em audiência perante o Juiz é indispensável, pois o sistema de videoconferência desumaniza o processo e dificulta a interação entre advogado e réu durante as audiências, em afronta ao devido processo legal.

Sustenta que ao analisar a pena-base o acórdão *a quo* manteve a pena em 6 anos de reclusão e 600 dias-multa em razão da natureza e quantidade da droga apreendida, com fundamento no art. 42 da Lei 11343/06. Não obstante, para a correta aferição do *quantum* faz-se necessária a adoção de critérios, sendo certo que levando-se em conta as quantidades usualmente apreendidas no País não há que se falar que 4.375g de cocaína justifique a majoração acima do mínimo legal.

Neste contexto, alega que a manutenção da pena-base é desproporcional, devendo a pena-base ser fixada no mínimo ou com elevação inferior à atualmente fixada, por ser ínfima a quantidade de droga transportada pelo ora paciente.

Aduz, ainda, que deve ser aplicada a redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 em seu grau máximo, eis que agiu em caráter eventual, não tendo ciência da proporção de seu ato.

Aponta que o paciente faz jus ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea em seu patamar máximo, ainda que importe em redução da pena em patamar abaixo do mínimo legal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Alega que não deve ser mantida a causa de aumento de pena prevista no art, 40, I da Lei 11343/06, uma vez que a conduta ali descrita já foi apenada em razão da aplicação do art. 33, *caput*, da Lei 11373/06.

Sustenta que com as alterações indicadas nas razões do presente "writ" o paciente fará jus à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Por fim, alega que não estão presentes os requisitos para a manutenção da prisão preventiva, motivo pelo qual o paciente tem o direito de recorrer em liberdade.

Pugna pela declaração de nulidade do processo desde a realização da audiência, com expedição de alvará de soltura em favor do paciente em razão do excesso de prazo.

Subsidiariamente, requer a diminuição da pena imposta com o reconhecimento do direito do paciente de recorrer em liberdade e com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Passo à análise da irresignação.

Conforme se verifica nas informações processuais constantes na página oficial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região na internet, o julgamento do apelo ocorreu no dia 07.06.2010, sendo certo que o réu, ora paciente, interpôs recurso especial - ainda não aportado nesta Corte – utilizando-se, portanto, do regime recursal reservado pelos mecanismos legais, previsto e estruturado racionalmente para alcançar os resultados que aqui se almeja.

Essa peculiaridade suscita a seguinte ordem de considerações.

A interposição de *habeas corpus* concomitantemente à utilização do recurso especial mostra à evidência uma duplicidade reveladora de um certo desprestígio das instâncias institucionais de natureza constitucional.

Com efeito, o recurso especial, ainda quando restrito às hipóteses previstas na Constituição, constitui por vocação o recurso típica da instância de competência do Superior Tribunal de Justiça e que, junto com o Supremo Tribunal Federal, forma a instância excepcional de controle jurisdicional.

A sua função de guardião da legalidade complementa a da Suprema Corte de guardião da constitucionalidade, de tal modo que a sincronia e convergência de proposições jurisprudenciais são a própria razão constitucional da bipartição desse controle.

Nesse quadro, na apreciação dos recursos especiais, este Tribunal exerce a mais expressiva missão constitucional de pacificação e uniformização das soluções judiciais no âmbito infraconstitucional, revestindo-se essa atribuição da mais elevada importância a ponto de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

refletir-se além do seu campo técnico específico para, seguidas vezes, enveredar pelo universo político-administrativo como consectário lógico de seus veredictos.

Nessa perspectiva, é significativa a natural relevância de seus julgados, a que o Tribunal, por sua vez, deve emprestar o peso de sua respeitabilidade enquanto prestigia sua própria jurisdição.

Por essa razão, a admissão de medidas de natureza mandamental também previstas na Constituição - como o mandado de segurança e o *habeas corpus* - deve ser compreendida na instância excepcional com a devida e correlata limitação.

No que respeita ao *habeas corpus*, a jurisprudência de todos os tribunais - cada qual no seu respectivo campo de atuação - tem por inegável sua viabilidade incondicional como garantia constitucional de proteção da liberdade, mas a possível convivência institucional com outros recursos não pode, na prática, convertê-lo em ferramenta única e hegemônica de controle processual frustrando a razão lógica dos recursos ordinários e, no caso do Superior Tribunal de Justiça, do recurso de sua índole institucional mais representativa.

A concomitância ou a possível interposição de recursos cabíveis e, ao mesmo tempo, do *habeas corpus* - cuja agilidade, informalidade, amplitude, preferência e prestígio constitucional lhe conferem legitimidade incontestável - revela-se assim algumas vezes uma compreensível providência de defesa.

Mesmo assim, existem diferentes graus de admissibilidade dessa convivência que é tanto mais razoável quando substitutivo ou concomitante no âmbito da apelação (com reexame de fatos e provas) do que no âmbito do recurso excepcional no exame, de estrita legalidade.

Ora, sem diminuir a estatura do *habeas corpus*, mostra-se oportuno - para a proteção da liberdade, mas também o resguardo da relevância da função constitucional do recurso especial - harmonizar as respectivas finalidades.

Tal como a Corte Suprema tem admitido excepcionalmente, a impetração deve ser aceita apenas nos casos de evidente situação de risco, perigo ou urgência, sobretudo quando do conteúdo da decisão impetrada puder transparecer equívoco ou erro grave, que inclusive, em hipótese extrema, justificasse a concessão de ofício da ordem.

Não é disso, entretanto, que se trata na maioria das vezes, e além de não se vislumbrar situação que se possa identificar como aberrante, postula-se a reapreciação das razões da ordem de prisão, da graduação ou fixação de pena, o deferimento ou progressão de regime de seu cumprimento, matérias que, pela natureza diretamente afeta às instâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordinárias e sujeitas à jurisdição de cognição ampla, por evidente não podem ser objeto de exame na via estreita e sem contraditório da impetração mandamental.

Neste contexto, cumpre destacar que deve-se prestigiar a função constitucional excepcional do *mandamus*, evitando sua utilização indiscriminada e desmerecendo as funções das instâncias regulares de processo e julgamento, sob pena de se desmoralizar o sistema ordinário de recursos.

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.

Sem pretender desmerecer a jurisprudência, deve ser ponderado que seja a impetração 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*, hoje praticamente erigido em remédio para qualquer irresignação, no mais das vezes muito longe de qualquer alegação de violência ou coação contra a liberdade de locomoção.

Tentar proteger os limites do *habeas corpus* é fazer respeitar sua credibilidade e funcionalidade, o que parece deva ser também uma importante missão deste Tribunal.

No julgamento da MC no MS n. 28.524/DF (decisão de 22.12.2009, DJE n. 19, divulgado em 1.2.2010), impetrado contra decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio, relator do HC 101.985/RJ – na qual este deferiu medida liminar com a finalidade de suspender a eficácia do Acórdão proferido pelo TRF da 2ª Região na Apelação Cível n. 2008.51.01.018422-0 - o Ministro Gilmar Mendes, concedendo a liminar pretendida para restaurar os efeitos do acórdão proferido em sede de apelação, asseverou, amparado em ampla jurisprudência, que:

“Não se torna possível o manejo do referido habeas corpus, pois há meios eficazes de se obter o efeito suspensivo do acórdão pelas vias recursais ordinárias e extraordinárias.

Ademais, caso não haja possibilidade de concessão de efeito suspensivo, a determinação que se infere do ordenamento jurídico brasileiro é o imediato cumprimento das decisões, seja na seara cível, seja na seara penal.

Assim, em todos os aspectos analisados, conclui-se pela inadequação da estreita via do habeas corpus para o reexame de provas e de matéria de fato do caso, por não servir o habeas corpus como sucedâneo de recurso, em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte (HC 75.352/CE, Min. Celso Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 18.5.2001; HC 81.681/RS, Min. Néri da Silveira, 2ª Turma, DJ 28.8.2003; HC 73.261/PR,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 10.5.1996; HC 83.115/SP, Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 18.3.2005; HC 91.155/SP, Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ 10.8.2007; HC 80829 - Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, DJ 24.8.2001; HC 74006 - Min. Celso de Mello, 1ª Turma, DJ 27.8.1996; RHC 93248 - Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ 22.8.2008; RHC 83625 - Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ 30.4.2004; HC 98732-AgR - Min. Carlos Britto, 1ª Turma, DJ 21.8.2009).

(...).

Conclui-se, assim, pela inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal.”

Reiterando a mesma linha de entendimento, confira-se recente julgado daquela

Corte:

“PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. RECURSO ORDINÁRIO. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOA PARA FIM DE EXPLORAÇÃO SEXUAL COMINADO COM CRIME DE QUADRILHA OU BANDO. CP, ARTS. 231, § 1º, E 288. INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO ACERCA DA EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO REALIZADA. NÃO COMPARECIMENTO DO DEFENSOR PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

1. Preliminarmente, o habeas corpus não é substitutivo de recurso ordinário. A utilização promíscua do remédio heróico deve ser combatida, sob pena de banalização da garantia constitucional, tanto mais quando não há teratologia a eliminar, como no caso em exame.

(...).” (HC 104.767/BA, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 17.8.2011)

Neste contexto, a presente hipótese seria, em tese, de não conhecimento do "writ", por consistir utilização inadequada da garantia constitucional.

Não obstante, no caso dos autos, verifica-se a ocorrência de nulidade.

Com efeito, a Lei 11.900/09 alterou o art. 185 do Código de Processo Penal, para prever a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência.

Esta Corte vem entendendo que essa alternativa de interrogatório deve ser utilizada em casos excepcionais e desde que seja garantido ao denunciado os direitos à ampla defesa e ao contraditório, sob pena de nulidade.

No presente caso, o interrogatório foi realizado por teleaudiência, em 23.09.2008, isto é, anteriormente à vigência da Lei 11.900/09, o que, nos termos da jurisprudência deste



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Superior Tribunal de Justiça, é causa de nulidade. A oitiva das testemunhas de acusação também foi realizada por teleaudiência.

E em que pese os atos terem sido realizados em conformidade com Portaria nº 637 de 01.06.2005 do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (fl. 185), referido órgão não detém competência para legislar sobre direito processual penal.

Acrescente-se, ainda, que a Lei n.º 11.819/05 do Estado de São Paulo foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sessão realizada em 30/10/2008, em controle difuso, por ferir a competência privativa da União para dispor sobre normas de natureza processual (art. 22, I, da Constituição Federal). Nesse sentido, cito os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. NULIDADE. INTERROGATÓRIO. VIDEOCONFERÊNCIA. REALIZAÇÃO VIRTUAL ANTERIOR À EDIÇÃO DA NOVEL LEX. DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS VIOLADAS. EIVA ABSOLUTA. ATOS SUBSEQUENTES ESCORREITOS. MANUTENÇÃO QUE SE IMPÕE.

1. *Esta Corte de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, antes da edição da Lei 11.900/2009, não admitiam o interrogatório virtual à míngua de previsão legal que garantisse os direitos constitucionais referentes ao devido processo legal e à ampla defesa.*

2. *Todo denunciado tem o direito de ser ouvido na presença do juiz, devendo ser-lhe oportunizada a comunicação prévia e reservada com o defensor por ele constituído, sob pena de macular a autodefesa e a defesa técnica albergadas pela Carta Política Federal.*

3. ***Independentemente da comprovação de evidente prejuízo, é absolutamente nulo o interrogatório realizado em juízo deprecado e por videoconferência, se o método televisivo ocorreu anteriormente à alteração do ordenamento processual, porquanto a nova legislação, apesar de admitir que o ato seja virtualmente procedido, simultaneamente exige que se garanta ao agente todos os direitos constitucionais que lhes são inerentes.***

4. *A nulidade do interrogatório necessariamente não importa na invalidade dos demais atos subsequentes praticados, sendo que, diferentemente daquele, para a invalidação destes, é imprescindível que reste demonstrado o efetivo prejuízo à defesa do paciente, a contrario sensu, devem ser mantidos como correitos no feito.*

5. *Ordem parcialmente concedida para anular o interrogatório do paciente, devendo outro ser realizado dentro dos ditames legais, bem como o processo a partir das razões finais, inclusive; prejudicado o pleito referente à sua liberdade pelo excesso de prazo para a formação da culpa. (HC 107.634/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 08.09.09).*

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. QUESTÃO NÃO-ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INTERROGATÓRIO DO RÉU POR VIDEOCONFERÊNCIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPOSSIBILIDADE À ÉPOCA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO CPP. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. ORDEM NÃO-CONHECIDA. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO, DE OFÍCIO.

1. Não pode o Superior Tribunal de Justiça analisar temas não abordados pelo Tribunal de origem, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes do STJ.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou a inconstitucionalidade formal da Lei 11.819/05 do Estado de São Paulo, que possibilitava o interrogatório do réu por meio de videoconferência, concluindo que o referido diploma legal ofenderia o inciso I do art. 22 da Constituição Federal, na medida em que disciplinaria matéria eminentemente processual, cuja competência é reservada privativamente à União (HC 90.900/SP, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJe 23/10/09).

3. Não pode o juiz sentenciante, sem que haja expressa disposição legal, determinar o interrogatório do réu por intermédio de videoconferência, com base em provimento da Corregedoria da Justiça Federal da 3ª Região (Provimento COGE 74, de 11/1/07), uma vez que este não detém competência para dispor sobre direito processual penal.

4. Ordem não-conhecida. Habeas Corpus parcialmente concedido, de ofício, para anular apenas o interrogatório do paciente, devendo outro ser realizado, dentro dos ditames legais." (HC 151.597/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 22.03.10).

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ROUBO QUALIFICADO. INTERROGATÓRIO REALIZADO POR MEIO DE VIDEOCONFERÊNCIA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NULIDADE ABSOLUTA. EXCESSO DE PRAZO. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. A realização do interrogatório por meio de videoconferência se consubstancia em nulidade absoluta, porque viola os princípios constitucionais do devido processo legal, restringindo a amplitude de defesa do acusado, ao mitigar seu direito de estar presente à audiência.

2. Outrossim, a Lei n.º 11.819/05 do Estado de São Paulo, que justificou o interrogatório do réu por meio de videoconferência, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por ferir a competência privativa da União para dispor sobre normas de natureza processual (art. 22, I, da Constituição Federal). Precedentes desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal.

3. Anulado o processo desde o interrogatório evidenciado o constrangimento ilegal por excesso de prazo, uma vez que os Pacientes já cumpriram dois terços da pena.

4. Ordem concedida para anular o interrogatório judicial dos Pacientes, determinando que outro seja realizado, com a expedição de alvará de soltura, se por outro motivo não estiverem presos." (HC 97.885/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 22/03/2010).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sendo assim, deve ser declarado nulo o interrogatório e as oitivas de testemunhas realizados por meio de videoconferência, bem como dos demais atos dele dependentes, como a sentença condenatória e o recurso interposto e atos posteriores.

Havendo a declaração da nulidade da sentença fica prejudicada a análise das questões relativas à dosimetria da pena e eventual substituição de pena.

Ainda, tendo em vista que o paciente se encontra custodiado há quase quatro anos – já que foi preso em flagrante no dia 04.03.2008, assim permanecendo durante toda a instrução criminal, tendo-lhe sido negado o direito de recorrer em liberdade – e diante da declaração da nulidade nos termos acima, deve ser reconhecido de ofício o excesso de prazo na custódia cautelar, mormente diante do *quantum* da pena fixada pelo Tribunal Estadual - 5 anos e 10 meses de reclusão.

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem, a fim de anular a Ação Penal n. 2008.61.19.001642-5, que tramitou na 2ª Vara Federal de Guarulhos/SP, desde a audiência ocorrida no dia 23.09.2008, determinando que outra seja realizada em consonância com o Código de Processo Penal, ficando fica prejudicada a análise das questões relativas à dosimetria da pena e eventual substituição de pena.

De ofício, concedo a ordem a fim de que o paciente aguarde em liberdade novo julgamento, salvo se por outro motivo não estiver preso, mediante o compromisso de comparecimento a todos os atos processuais a que for chamado, sob pena de revogação da medida, com a recomendação de que se imprima celeridade no julgamento da ação penal.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0219648-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 191.624 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 16428120084036119 200861190016425

EM MESA

JULGADO: 22/05/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : ALESSANDRA ALVES DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : CHRISTOPHER LOPEZ PEREZ (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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, deferiu parcialmente a ordem e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.