



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 234.344 - GO (2012/0037949-6)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : ANDRÉ CAMPOS AMARAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS
PACIENTE : D L P

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PENAL E PROCESSO PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. NULIDADE NÃO SUSCITADA EM TEMPO ADEQUADO. PRECLUSÃO. CAUSÍDICO QUE SE COMPROMETE A APRESENTAR TESTEMUNHA INDEPENDENTEMENTE DE INTIMAÇÃO, MAS NÃO O FAZ. AUSÊNCIA DE MÁCULA. ART. 565 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. A Defesa não pleiteou a substituição da testemunha que deixou de ser conduzida por se encontrar hospitalizada, e tampouco alegou qualquer mácula a esse respeito na fase das alegações finais, deixando precluir eventual vício.

4. Inexiste nulidade processual quando a Defesa deixa de levar à audiência de instrução e julgamento testemunha que se comprometeu a apresentar independentemente de intimação. Incidência do art. 565 do Código de Processo Penal.

5. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 20 de março de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 234.344 - GO (2012/0037949-6)

IMPETRANTE : ANDRÉ CAMPOS AMARAL

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS

PACIENTE : D L P

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de D. L. P., em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

O Paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 21 anos de reclusão, em regime fechado, como incurso no art. 213 do Código Penal, c.c. o art. 69 do Código Penal (por duas vezes), sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade, determinando-se a expedição de mandado de prisão em seu desfavor.

Contra a sentença, a Defesa apresentou recurso de apelação, que foi parcialmente provido para, reconhecendo a continuidade delitiva, reduzir a pena para 08 anos e 09 meses de reclusão, mantendo, no mais, a condenação.

O aresto foi assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE ESTUPRO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PROVA SUFICIENTE. REITERAÇÃO DE COMPORTAMENTO DELITIVO.

CONTINUIDADE.

I - A palavra da vítima e depoimento de testemunha, conjugados com prova técnica, exame de corpo de delito, se prestam a demonstrar a materialidade criminosa e a individualizar a autoria do crime de estupro, principalmente se essa identificação decorre de seguro apontamento pela ofendida, descrevendo os atos sexuais a que foi submetida pelo processado, constituindo material probante que conforta a resposta penal desfavorável, não o expondo à rejeição.

II - Reconhecida a prática de mais de um crime de estupro, no mesmo contexto fático, cometido contra a mesma vítima, em curto espaço temporal e com idêntica maneira de execução, o aumento de pena deve ser operado pela continuidade delitiva, com a adoção do acréscimo punitivo de 1/6 (um sexto), em observância ao número de infrações penais, conforme o entendimento jurisprudencial.

APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

SENTENÇA REFORMADA, EM PARTE" (fls. 513/514.)

Seguiu-se a oposição de embargos de declaração, que foram rejeitados. O



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recurso especial interposto teve seu seguimento negado, tendo o subsequente AREsp não sido conhecido por esta Corte Superior, em razão de intempestividade. O *decisum* transitou em julgado.

Alega o Impetrante, nas presentes razões, em suma, constrangimento ilegal, tendo em vista a nulidade do feito, por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, na medida em que a audiência de instrução e julgamento foi realizada sem a presença do advogado constituído, oportunidade em que o Magistrado declarou encerrada a instrução, não ouvindo nenhuma testemunha de defesa, recusando a condução coercitiva requerida pela Defesa, e não oportunizando a realização de diligências, conforme previsto no art. 402 do Código de Processo Penal, sendo deficiente a defesa.

Afirma que o laudo pericial realizado na vítima foi inconclusivo, e não obstante foi tido como prova da materialidade delitiva, acrescentando que *"a palavra da vítima é titubeante e não serve, por si só, para albergar condenação"* (fl. 08). Esclarece que, das quatro testemunhas arroladas pela Defesa, nenhuma foi encontrada para intimação, sendo que *"o advogado, na audiência, insistiu na oitiva de duas; uma deveria ser conduzida coercitivamente e outra seria levada pelo próprio advogado"* (fl. 10), mas que o referido advogado se atrasou para a audiência redesignada, e que a testemunha que deveria ter sido conduzida não o foi, ocasião em que o Magistrado encerrou a instrução criminal. Argumenta que, diante da ausência do advogado, era o caso de constituição de defensor dativo, *"o qual, aliás, não poderia fazer muito já que a testemunha que deveria ser conduzida não foi encontrada pelo Oficial de Justiça e somente no dia seguinte é que foi juntada aos autos a certidão respectiva"* (fl. 11).

Requer, liminarmente, sejam suspensos os efeitos do acórdão impugnado até o julgamento final do presente writ. No mérito, pede a *"cassação do ato impugnado, decretando-se a nulidade do processo a partir da realização da audiência de instrução sem a presença de defensor, com determinação de repetição do ato e prosseguimento da instrução"* (fl. 18).

Liminar indeferida às fls. 475/476.

Pedido de reconsideração indeferido à fl. 497.

Informações às fls. 500/515.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 521/523).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 234.344 - GO (2012/0037949-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PENAL E PROCESSO PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. NULIDADE NÃO SUSCITADA EM TEMPO ADEQUADO. PRECLUSÃO. CAUSÍDICO QUE SE COMPROMETE A APRESENTAR TESTEMUNHA INDEPENDENTEMENTE DE INTIMAÇÃO, MAS NÃO O FAZ. AUSÊNCIA DE MÁCULA. ART. 565 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. A Defesa não pleiteou a substituição da testemunha que deixou de ser conduzida por se encontrar hospitalizada, e tampouco alegou qualquer mácula a esse respeito na fase das alegações finais, deixando precluir eventual vício.

4. Inexiste nulidade processual quando a Defesa deixa de levar à audiência de instrução e julgamento testemunha que se comprometeu a apresentar independentemente de intimação. Incidência do art. 565 do Código de Processo Penal.

5. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário constitucional**, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso porque as competências do Pretório Excelso e desta Corte tratam-se de matéria de direito estrito, previstas taxativamente na Constituição da República.

Contudo, a Suprema Corte não admite a extensão desse entendimento, por este Tribunal, aos casos de **writ substitutivo de recurso especial** (HC 115.715, Rel. Min. ROSA WEBER, Rel. p/ acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 12/09/2013;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RHC 117.845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 07/10/2013; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012), diante do que prevê a alínea c, inciso I, do art. 105, do Texto Constitucional.

Por isso, vinha insistindo no conhecimento do *mandamus* em tais casos, já que não há, na Carta Magna, limitação em tal sentido. Ao contrário, confere a Constituição plena eficácia ao remédio constitucional do *habeas corpus* para salvaguarda do direito ambulatorial (cabível tão somente a restrição que se conclui da regra processual prevista em seu art. 105, inciso II, alínea a).

Vale reproduzir, inclusive, no ponto, fundamentação exarada pelo Eminentíssimo Ministro CELSO DE MELLO, ao proferir voto vogal no julgamento do HC 110.118/MS pela Segunda Turma do Pretório Excelso, *in verbis*:

"Talvez a questão mais importante, neste caso, não seja a questão de fundo, mas, sim, a controvérsia em torno da admissibilidade e pertinência do remédio constitucional do "habeas corpus", que não pode ser comprometido, em sua eficácia e utilização, por razões, ainda que compreensíveis, de índole pragmática.

Tenho para mim que a decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, da lavra do eminente Ministro GILSON DIPP, mostra-se extremamente restritiva quanto à utilização do "habeas corpus", culminando por frustrar a aplicabilidade e a eficácia de um dos remédios constitucionais mais caros à preservação do regime de tutela e amparo à liberdade de locomoção física das pessoas.

O E. Superior Tribunal de Justiça, no acórdão objeto desta impetração, não conheceu da ação de "habeas corpus" lá ajuizada, por haver entendido tratar-se de "utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais".

Ao assim decidir, o E. Superior Tribunal de Justiça salientou, com apoio em fundamentação de que divirjo, que se vem registrando, no âmbito dos Tribunais, "uma irrefletida banalização e vulgarização do 'habeas-corpus'".

Preocupa-me, Senhor Presidente, abordagem tão limitativa das virtualidades jurídicas de que se acha impregnado o remédio constitucional do "habeas corpus" [...].

[...].

Desse modo, cabe insistir na asserção de que o "habeas corpus", em sua condição de instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, configura poderoso meio de cessação do injusto constrangimento que afeta o direito de locomoção física das pessoas [...].

[..].

Delineado, assim, esse itinerário que o "habeas corpus" percorreu em nosso sistema de direito positivo, e consolidada, hoje, a função clássica



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que lhe é inerente - **não obstante** as vicissitudes impostas a esse importantíssimo remédio constitucional, tão temido por regimes autocráticos, **como o atesta** o art. 10 do AI nº 5/68 -, **causa-me preocupação** essa nova diretriz que vem de ser adotada pela colenda Quinta Turma do E. Superior Tribunal de Justiça e **que**, caso eventualmente prevaleça, **implicará** gravíssima restrição a um fundamental instrumento de proteção jurisdicional da liberdade em nosso País.

Torna-se fácil concluir, do que venho de expor, que o E. STJ **restringiu**, excessivamente, **o alcance** do remédio constitucional do “habeas corpus”, **impondo-lhe** condicionamentos que a jurisprudência desta Corte Suprema considera inadmissíveis." (grifos originais).

O julgamento do referido feito restou assim ementado:

"Criminal. Impetração de habeas corpus substitutivo de recurso especial. Admissibilidade. Peculiaridades do caso concreto. Concessão da ordem. **O eventual cabimento de recurso especial não constitui óbice à impetração de habeas corpus**, desde que o direito-fim se identifique direta e imediatamente com a liberdade de locomoção física do paciente. Habeas corpus concedido, para que o STJ aprecie o mérito do HC 176.122/MS." (HC 110.118, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 07/08/2012 – grifei.)

Porém, não obstante o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – com o qual me alinho –, fiquei vencida ao conhecer de *habeas corpus* substitutivos de recursos ordinários, no julgamento, pela Quinta Turma desta Superior Tribunal, dos HHCC 266.835/SP e 274.618/SP, em 21/11/2013.

Por tal razão, passarei a decidir de acordo com o entendimento majoritário deste Colegiado para – frise-se, com ressalva do meu posicionamento pessoal –, não conhecer de *writ* substitutivo de recurso especial, até que tal orientação, venha, eventualmente, a ser modificada. Isso, contudo, sem prejuízo de deferir-se ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

No caso, cabe salientar, de início, que informações obtidas no *site* do Tribunal de origem, ora juntadas, revelam que a Defesa ajuizou revisão criminal em favor do ora Paciente, a qual, por maioria de votos, restou desprovida, estando em trâmite nesta Corte Superior o REsp n.º 1439110, de minha Relatoria, que se dirige contra o referido julgado.

Ao examinar a tese de nulidade suscitada pela Defesa, a Corte de origem assim se manifestou:

"[...].

É incorrente o defeito apontado, porquanto foi oportunizada à defesa a produção de provas durante a instrução processual, inclusive, na audiência designada, aguardando o comparecimento do processado, defensor e testemunhas, ausentes no horário agendado, descumprindo, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parte, o ônus de se apresentar com a pessoa a ser ouvida, sendo de sua obrigação possibilitar a colheita desse testemunho, concorrendo definitivamente para a omissão do ato probatório, não podendo alegar em seu benefício, se a ela deu causa. [...].

Relativamente a uma testemunha arrolada pela defesa, não ouvida, embora determinada a sua condução coercitiva, fl. 171, o oficial de justiça encarregado da diligência deixou de fazê-lo por estar internada em um hospital na cidade de Taguatinga (fl. 177), quando a parte arrolante não se manifestou sobre essa ocorrência, não protestante pela sua substituição, omitindo de impugnar na fase de alegações finais, precluindo a possibilidade de indicação do vício. [...]." (fls. 504/506.)

Do acurado exame dos autos, verifica-se que na audiência ocorrida no dia 15/04/2009 as testemunhas arroladas pela Defesa não compareceram para prestar os respectivos depoimentos, tendo o Magistrado, após insistência na oitiva de duas delas, determinado a condução coercitiva da testemunha NELI, ficando a cargo do causídico a apresentação da testemunha ABADIA independentemente de intimação (fl. 210).

Na audiência subsequente, ante o não comparecimento de nenhuma das duas testemunhas, tampouco do advogado constituído, o Juízo processante declarou encerrada a instrução probatória, proferindo o seguinte despacho:

"[...].

Ausente o acusado DEVARDE LUIZ PEIXOTO, bem como seu defensor. Ausente a vítima JANAÍNA MOURA NEVES. Ausente as testemunhas. Iniciada a audiência, o MM Juiz proferiu o seguinte despacho: 'Tendo em vista a ausência do réu bem como seu defensor, também ausente as testemunhas arroladas pela defesa. Assim, declaro encerrada a Instrução Processual. Vista ao Ministério Público para alegações finais pelo prazo de cinco dias, após vista a defesa em igual prazo. [...].'" (fl. 215.)

Correto, como se vê, o entendimento da Corte de origem. A Defesa não pleiteou a substituição da testemunha que deixou de ser conduzida por se encontrar hospitalizada, e tampouco alegou qualquer mácula a esse respeito na fase das alegações finais, deixando precluir eventual vício. Por outro lado, não obstante a audiência ora atacada tenha sido realizada tão-somente objetivando garantir os princípios da ampla defesa e do contraditório, o causídico não compareceu ao ato e, via de consequência, deixou de levar a testemunha que se comprometera a apresentar independentemente de intimação. Não pode, portanto, sustentar nulidade a que deu causa, nos termos do art. 565 do Código de Processo Penal.

Exemplificativamente:

"CRIMINAL. HC. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHAS DO RÉU.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INOCORRÊNCIA. NÃO-COMPARECIMENTO DAS MESMAS PERANTE O JUÍZO. CONTRARIEDADE DO LIBELO. NOVA OPORTUNIDADE PARA REQUERER OITIVA DE TESTEMUNHA. ORDEM DENEGADA.

I. Não há que se falar em nulidade, se as testemunhas do réu não compareceram perante o juízo na oportunidade em que deveriam ser ouvidas, independentemente de intimação, não restando evidenciada a ocorrência de cerceamento de defesa.

II. Fundamentos do decisum monocrático que indeferiu o pedido de substituição das testemunhas de defesa que não foram infirmados pelo impetrante.

III. Nova oportunidade de arrolamento de testemunhas pelo patrono do acusado consubstanciada na apresentação da contrariedade ao libelo.

IV. Ordem denegada". (HC 26.320/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 04/11/2003, DJ 01/12/2003.)

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0037949-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 234.344 / GO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200602750428 2750423620068090034

EM MESA

JULGADO: 20/03/2014
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : **ANDRÉ CAMPOS AMARAL**

IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS**

PACIENTE : **D L P**

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.