



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.048 - RS (2012/0110402-0)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : LUIZ PAULO DO AMARAL CARDOSO
ADVOGADO : LUIZ PAULO DO AMARAL CARDOSO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : EVERTON DE BORBA DE MELO

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. **1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3. OITIVA DE TESTEMUNHA. INDEFERIMENTO. PEDIDO FEITO A DESTEMPO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. IMPRESCINDIBILIDADE DO DEPOIMENTO. CRITÉRIO DO JUIZ. DESTINATÁRIO DA PROVA. INVIABILIDADE DE AVALIAR A INDISPENSABILIDADE NESTA SEDE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 4. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vem se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Louvando o entendimento de que o Direito é dinâmico, sendo que a definição do alcance de institutos previstos na Constituição Federal há de fazer-se de modo integrativo, de acordo com as mudanças de relevo que se verificam na tábua de valores sociais, esta Corte passou a entender ser necessário amoldar a abrangência do **habeas corpus** a um novo espírito, visando restabelecer a eficácia de remédio constitucional tão caro ao Estado Democrático de Direito. Precedentes.

2. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar decisões no sentido de não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, considerando que a modificação da jurisprudência firmou-se após a impetração do presente **habeas corpus**, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial, para verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanada mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

3. O momento adequado para o réu arrolar testemunhas é na fase da defesa preliminar, conforme estabelece o art. 396-A do Código de Processo Penal. Ultrapassado esse momento, cabe ao magistrado, ao seu prudente critério, avaliar a importância da oitiva requerida a destempo, como testemunha do Juízo, haja vista ser ele o destinatário da prova. Tendo a providência sido indeferida, tem-se que não se mostrou imprescindível ao deslinde da causa, não sendo possível, na via eleita, desconstituir referida conclusão, que demandaria inviável incursão no arcabouço fático-probatório dos autos.

4. Habeas corpus não conhecido.

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 Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 18 de outubro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.048 - RS (2012/0110402-0)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Everton de Borba de Melo – denunciado como incurso nos arts. 33 e 35, ambos da Lei 11.343/2006 -, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Inicialmente, esclarece o impetrante que o **mandamus** não se confunde com o **habeas corpus** nº 233.501/RS, que teve a ordem denegada em 12/6/2012. Afirma que a presente impetração se insurge, em síntese, contra o indeferimento de oitiva de testemunha arrolada pela defesa.

Alega o causídico que foi constituído antes do encerramento da instrução processual, tendo então verificado a necessidade de ouvir "a Srta. Leila Moreira de Menezes da Silva, proprietária da linha telefônica interceptada e que, de acordo com a autoridade policial, estaria sendo utilizada pelo paciente, o que não procede".

Aduz que mencionada diligência se mostra imprescindível à busca da verdade real, tendo, inclusive, sido favorável a manifestação do Ministério Público Estadual. Contudo, o Juízo **a quo** indeferiu o pleito, nos seguintes termos (fl. 20):

VISTOS. Em que pese a manifestação do MP, indefiro o pedido constante à fl. 967, porquanto o feito encontra-se em fase de memoriais, não tendo o acusado trazido aos autos justificativa plausível para não ter arrolado a testemunha Leila Moreira de Menezes da Silva em momento oportuno. Intimem-se, como as defesas de LUCIANA e EVERTON para apresentação de memoriais no prazo sucessivo de 05 dias. Após, voltem para sentença. Dil. Legais.

O Tribunal de origem, por seu turno, denegou a ordem em prévio **writ**, cujo acórdão restou ementado nos seguintes termos: "**habeas corpus**. Pedido de oitiva de testemunha arrolada a destempo. Constrangimento ilegal não verificado. Ordem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

denegada". (fl. 30).

Sustenta, assim, ser patente o constrangimento ilegal suportado pelo paciente, haja vista referido testemunho ser imprescindível à busca da verdade real, e ter sido requerida a oitiva antes do encerramento da instrução processual, com a concordância, inclusive, da acusação. Entende, assim, ser patente o cerceamento de defesa, por considerar que mencionada negativa está impossibilitando o paciente de provar sua inocência.

Pugna, assim, liminarmente e no mérito, pelo deferimento da oitiva da testemunha requerida.

A liminar foi indeferida às fls. 51/52. As informações foram prestadas às fls. 62/70, 72/87 e o Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 91/93, pela denegação da ordem, nos seguintes termos:

HABEAS CORPUS. OITIVA DE TESTEMUNHA. INDEFERIMENTO, PELO MAGISTRADO, PORQUANTO PRECLUSA A OPORTUNIDADE DE ARROLAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES DESSA E. SUPERIOR CORTE DE JUSTIÇA. 1. "Conforme reiterada jurisprudência desta Corte, não constitui cerceamento de defesa o indeferimento da oitiva de testemunhas não arroladas na defesa prévia, em razão da ocorrência da preclusão consumativa". (HC 139332/DF, REL. MIN. LAURITA VAZ, 5ª TURMA, DJE 04.05.2011). 2. Parecer pela denegação da Ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.048 - RS (2012/0110402-0)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

A liberdade de locomoção do indivíduo, independentemente dos transtornos dos procedimentos, da gravidade dos fatos criminosos, há muito ocupa lugar de destaque na escala de valores tutelados pelo Direito, razão pela qual sempre mereceu especial tratamento nos ordenamentos jurídicos das sociedades civilizadas.

Lembremo-nos que a República Federativa brasileira assenta-se na dignidade da pessoa humana, e não há dignidade sem que haja proteção aos direitos fundamentais, tampouco há dignidade sem que o ordenamento jurídico estabeleça garantias que possibilitem aos indivíduos fazer valer, frente ao Estado, esses direitos.

Entre nós, com os parâmetros que lhe dá a Constituição e o Código de Processo Penal, é reconhecida a garantia constitucional do **habeas corpus**, criado com o objetivo de evitar ou fazer cessar violência ou coação à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder. Nesse contexto, ressaltou Pontes de Miranda "que a liberdade pessoal é a liberdade física: **ius manendi ambulandi, eundi ultro citroque**; e sua extensão coincide com a aplicabilidade do **habeas corpus**, remédio extraordinário, que se instituíra para fazer cessar, de pronto e imediatamente, a prisão ou o constrangimento ilegal". (MIRANDA. Pontes de. Comentários à Constituição de 1967. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1967.)

Sabemos todos que o remédio constitucional do **habeas corpus** nasceu historicamente como uma necessidade de contenção do poder e do arbítrio do Estado.

No Brasil, com o advento da Constituição Republicana, três posições se firmaram acerca da garantia constitucional: alguns, como Rui Barbosa, sustentavam que o remédio constitucional deveria ser aplicado em todos os casos em que um direito estivesse ameaçado, impossibilitado no seu exercício por abuso de poder ou ilegalidade; em sentido oposto, afirmava-se que o **habeas corpus**, por sua natureza e origem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

histórica, era remédio destinado exclusivamente à proteção da liberdade de locomoção. Por fim, uma terceira corrente, vencedora no seio do Supremo Tribunal Federal, propugnava incluir na proteção do **habeas corpus** não só os casos de restrição da liberdade de locomoção, como também situações em que a ofensa a essa liberdade fosse meio de ofender outro direito.

Consolidou-se na jurisprudência, após a reforma constitucional de 1926, a tendência de se vincular o **habeas corpus** à proteção de direitos diretamente relacionados à liberdade de locomoção. A propósito, o art. 113, inciso 23, da Constituição, disciplinava que: "Dar-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões, disciplinares não cabe o **habeas corpus**."

No entanto, a fim de garantir a proteção de direitos outros, instituiu o legislador constituinte, no art. 113, inciso 33, nova ação constitucional: "Dar-se-á Mandado de Segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do Habeas Corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitorias competentes."

Como cediço, as Constituições de 1946, 1967 e 1988 mantiveram a garantia constitucional do **habeas corpus** em seus textos, sendo que esta última destacou no inciso LXVIII do art. 5º, que "conceder-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder". O Código de Processo Penal, no mesmo diapasão, dispõe no art. 647, que: "dar-se-á **Habeas Corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar."

Enquanto não encontro eu, nos dispositivos mencionados acima, argumentos para elastecer o cabimento do remédio constitucional a questões que não envolvem diretamente o direito de ir, vir e ficar do indivíduo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, talvez como reflexo da redemocratização do país depois de mais de vinte anos de ditadura militar, na intenção de proteger o cidadão, foi ampliando, aos poucos, o cabimento do **habeas corpus** a fim de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

salvaguardar direitos que apenas indiretamente poderiam refletir na liberdade de locomoção.

O estudo da prática judicial do **habeas corpus** mostrou que o instituto passou a ser utilizado, por exemplo, com o fim de impugnar atos persecutórios do Estado desprovidos de ameaça imediata de prisão, como a instauração de inquérito policial. Embora não existam dúvidas de que o só ajuizamento da persecução penal já seja suficiente para atingir o estado de dignidade do acusado, de modo a provocar graves transtornos para aqueles que se envolvem no cenário criminal, parece-me que, se não há o risco de prisão, não seria o **habeas corpus** o meio processual adequado para se discutir a existência de eventual ilegalidade. Não obstante, a jurisprudência dos tribunais pátrios passou a admitir a utilização do remédio heroico a fim de combater todo tipo de coação ou ameaça oriunda de ilegalidade ou abuso de poder. Noutras palavras, o **habeas corpus** tornou-se o remédio constitucional adequado para atacar, a qualquer tempo, todos os atos da persecução criminal.

O exame das decisões do Superior Tribunal de Justiça demonstra que o **habeas corpus** já foi aceito inclusive para reparar ilegalidades que recaíram sobre o sequestro de bens imóveis e ativos financeiros, decretado durante a investigação policial, matéria que não afeta, sequer de forma reflexa, o direito de ir, vir e ficar do indivíduo (HC n.º 144.407/RJ, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe de 28/6/2011).

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, reformando anterior decisão do Superior Tribunal de Justiça que não conhecera do **mandamus**, concedeu a ordem para autorizar direito de visita de paciente custodiado em estabelecimento prisional, ao fundamento de que a "decisão do juízo das execuções, ao indeferir o pedido de visitas formulado, repercute na esfera de liberdade, porquanto agrava, ainda mais, o grau de restrição da liberdade do paciente" (HC n.º 107.701/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro **GILMAR MENDES**, DJe de 23/3/2012).

No entanto, parece-me que se foi além da meta – proteção do direito fundamental à liberdade de locomoção –, quem sabe se não se tomou a nuvem por Juno; passou-se a admitir, fora das hipóteses de cabimento previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, a impetração de **habeas corpus** como meio ordinário de impugnação, ainda que ausente ameaça concreta e imediata ao direito de ir, ficar e vir,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inviabilizando, conseqüentemente, a proteção judicial efetiva, tendo em vista que a duração indefinida do processo compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, "na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais". (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2008. p. 100.)

Observem que no ano de 2011, o Superior Tribunal de Justiça recebeu o **habeas corpus** de número duzentos mil. A questão preocupante está no fato de que metade das ações chegou à Corte Superior nos últimos três anos – Anuário da Justiça do Brasil 2012. No Supremo Tribunal Federal, da mesma forma, 4.457 **habeas corpus** foram protocolizados em 2011. Em razão disso, o operador do direito viu-se diante de tormentosa situação, vez que deveria perseguir a máxima efetividade da garantia fundamental, mas, também ter em mente que a utilização do **habeas corpus** indistintamente, em substituição aos recursos previstos no ordenamento jurídico, configura banalização do remédio constitucional.

Desse modo, consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do remédio constitucional, destacando-se que o **habeas corpus** é antídoto de prescrição restrita, que se presta a reparar constrangimento ilegal evidente, incontroverso, indisfarçável e que, portanto, se mostra de plano comprovável e perceptível ao julgador. Logo, não se destina à correção de equívocos ou situações as quais, ainda que eventualmente existentes, demandam para sua identificação e correção o exame de matéria de fato ou da prova que sustentou o ato ou a decisão impugnada.

Mais que isso, observou a jurisprudência desta Corte ser o **habeas corpus** remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico, de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Dessa forma, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário.

Nesse contexto, peço, respeitosamente, licença à Ministra Maria Thereza de Assis Moura (AgRg no HC n.º 239.957/TO, DJe de 11/6/2012) e ao Ministro Gilson Dipp (HC n.º 201.483/SP, DJe de 27/10/2011) para valer-me das seguintes passagens de seus



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

votos: (I) "O **habeas corpus** não é panacéia e não pode ser utilizado como um 'super' recurso, que não tem prazo nem requisitos específicos, devendo se conformar ao propósito para o qual foi historicamente instituído, é dizer, o de impedir ameaça ou violação ao direito de ir e vir"; (II) "É imperiosa a necessidade de racionalização do **habeas corpus**, 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, inexistente na espécie"; (III) "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**".

O Supremo Tribunal Federal, atento a essa evolução hermenêutica, passou a adotar, recentemente, decisões no sentido de não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário constitucional. A mudança jurisprudencial consolidou-se no julgamento do **Habeas Corpus** n.º 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, impetrado contra decisão que indeferiu diligências requeridas pela defesa. Na oportunidade, destacou o Ministro Relator:

*O **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo qualquer 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 de 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. Cumpre 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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício. (STF, Primeira Turma, HC 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, j. em 7/8/2012).

Aos 21 de agosto de 2012, a Ministra Rosa Weber, no julgamento do **Habeas Corpus** n.º 104.045/RJ, destacou que o meio recursal ordinariamente previsto para a análise de eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena é a apelação e, a depender do caso concreto, o recurso especial ou extraordinário:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.

1. O **habeas corpus** tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal. Precedentes

5. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. **Habeas corpus** rejeitado. (STF, Primeira Turma, HC n.º 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber, j. em 21/8/2012.)

Essa orientação foi aplicada, aos 22 de agosto de 2012, pelo Ministro Luiz Fux, que negou seguimento ao **Habeas Corpus** n.º 114.550/AC, tendo em vista a incompetência do Supremo Tribunal Federal para examinar **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário constitucional.

Recebeu a decisão os seguintes fundamentos:

*A prevalência do entendimento de que o Supremo Tribunal Federal deve conhecer de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário constitucional contrasta com os meios de contenção de feitos, remota e recentemente implementados: Súmula Vinculante e Repercussão Geral, com o objetivo viabilizar o exercício pleno, pelo Supremo Tribunal Federal, da nobre função de guardião da Constituição da República. E nem se argumente com o que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva. Não é disso que se trata, mas de necessária, imperiosa e urgente reviravolta de entendimento em prol da organicidade do direito, especificamente no que tange às competências originária e recursal do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar **habeas corpus** e o respectivo recurso ordinário, valendo acrescentar que essa ação nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudonulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir. (STF, Primeira Turma, HC n.º 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux, j. em 22/8/2012.)*

Mesmo vencido no **leading case**, o Ministro Dias Toffoli rendeu-se ao entendimento firmado pela Primeira Turma da Corte Constitucional e, com fundamento na nova orientação, recusou trânsito a **habeas corpus** impetrado em substituição ao recurso ordinariamente previsto no art. 102, inciso II, alínea **a**, da Constituição Federal (STF, Primeira Turma, HC n.º 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli, j. em 29/8/2012).

Entendo que boa razão aqui têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do **writ**, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

Em suma, louvando-me no entendimento de que o Direito é dinâmico, sendo que a definição do alcance de institutos previstos na Constituição Federal há de fazer-se de modo integrativo, de acordo com as mudanças de relevo que se verificam na tábua de valores sociais, tenho ser necessário amoldar a abrangência do **habeas corpus** a um novo espírito, visando restabelecer a eficácia de remédio constitucional tão caro ao Estado Democrático de Direito.

Contudo, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, e considerando que a modificação da jurisprudência firmou-se após a impetração do presente **mandamus**, passo à análise das questões suscitadas na inicial, no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

Inicialmente, importante salientar que o presente **writ** foi distribuído à minha relatoria por prevenção ao **habeas corpus** nº 233.501/RS, também manejado em favor do paciente, cuja ordem foi denegada, em 12/6/2012, nos seguintes termos:

*PENAL E PROCESSO PENAL. **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO. 1. AUSÊNCIA DE DEFESA PRELIMINAR. NULIDADE. QUESTÃO NÃO MANIFESTADA PERANTE A CORTE A **QUO**. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 2. NEGATIVA DE AUTORIA. ALEGAÇÃO QUE DEMANDA APROFUNDADO REVOLVIMENTO DO ARCABOUÇO PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NA ESTREITA VIA DO **MANDAMUS**. 3. PRISÃO PREVENTIVA. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. DECRETO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO EM DADOS CONCRETOS DOS AUTOS. 4. EXCESSO DE PRAZO PARA FORMAÇÃO DA CULPA. NÃO OCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE MERA AFERIÇÃO ARITMÉTICA. MULTIPLICIDADE DE RÉUS. PECULIARIDADES DO CASO. MOROSIDADE QUE NÃO ULTRAPASSOU OS LIMITES DO RAZOÁVEL. 5. **HABEAS CORPUS** CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA A ORDEM. 1. A ausência de submissão do tema à análise do Tribunal de origem, não tendo, portanto, havido prévia manifestação, impede o exame da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância. 2. O aprofundado revolvimento do acervo*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*probatório não se compatibiliza com a destinação constitucional do **mandamus**, marcado por cognição sumária e rito célere, razão pela qual tem se asseverado nesta Corte que o **writ** não pode ser usado com a finalidade de se infirmar a autoria delituosa. 3. Não há se falar em inidoneidade do decreto de prisão, quando a custódia cautelar se encontra embasada em contexto empírico da causa, revelador da gravidade concreta da conduta e da periculosidade do paciente. 4. Para fins de reconhecimento de excesso de prazo, não prevalece qualquer lapso aritmeticamente formulado, mas a razoabilidade exigida em cada caso concreto. 5. **Habeas corpus** conhecido em parte e, nessa extensão, denegada a ordem.*

No presente **mandamus**, insurge-se o impetrante, em síntese, contra o indeferimento do pedido de oitiva da testemunha proprietária da linha telefônica, objeto da interceptação efetivada no processo, visando comprovar que o ora paciente jamais teria se utilizado do telefone a ela pertencente. Entende que referida negativa cerceou sua defesa, violando os princípios do contraditório e do devido processo legal.

Contudo, verifico que a insurgência não merece prosperar. Com efeito, da leitura do acórdão impugnado, tem-se que o Tribunal de origem considerou não ter sido a testemunha arrolada em momento oportuno nem ter sido devidamente justificada a impossibilidade de fazê-lo, encontrando-se, portanto, preclusa a matéria.

Nesse sentido é a iterativa jurisprudência desta Corte. Ao ensejo, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. LATROCÍNIO. INDEFERIMENTO DA OITIVA DE TESTEMUNHAS ARROLADAS EXTEMPORANEAMENTE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. NULIDADE INEXISTENTE. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM DENEGADA. 1. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte, não constitui cerceamento de defesa o indeferimento da oitiva de testemunhas não arroladas na defesa prévia, em razão da ocorrência da preclusão consumativa. 2. A sentença condenatória não se baseou apenas no depoimento das testemunhas de acusação, mas sobretudo na prova pericial. Nesse contexto, inviável a anulação de todo o feito, pois, conforme já decidiu o Col. Supremo Tribunal Federal, "[...] não se pode afirmar que, com a oitiva da testemunha não arrolada, ter-se-ia chegado a conclusão diversa a que chegou o magistrado ao concluir pela condenação do Paciente. Em outros termos, com o indeferimento do aditamento de testemunha, não demonstrou a impetrante a ocorrência de prejuízo ao réu." (STF, HC 87.563/SP, 2.^a Turma, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 13/04/2007.) 3. Ordem denegada. (HC 139.332/DF, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe 04/05/2011.)

HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR (ARTIGOS 213 E 214 DO CÓDIGO PENAL). PEDIDO PRODUÇÃO DE PROVAS E DE HOMOLOGAÇÃO E JUNTADA AOS AUTOS DE LAUDO ELABORADO PELA DEFESA. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTOS MOTIVADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. Ao magistrado é facultado o indeferimento, de forma fundamentada, da produção de provas que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF. 2. *Em mais de uma oportunidade o magistrado responsável pelo feito indeferiu, motivadamente, pedidos defensivos para que fosse realizada perícia para constatar as distâncias percorridas nos locais onde ocorreram os fatos, horários e tempo gasto para o seu percurso, tanto de carro como a pé, para que laudo pericial elaborado pela defesa fosse homologado e juntado aos autos, bem como para que testemunhas não arroladas na defesa prévia fossem ouvidas, consignando que os mapas juntados aos autos permitiram precisar os dados pretendidos, não sendo cabível a determinação de produção de novas provas ou diligências pela polícia civil, além do que não existiria previsão legal para homologação de exame pericial confeccionado pela defesa, tendo o pleito de oitiva de testemunhas sido formulado a destempo, visando apenas a tumultuar o andamento do processo, cuja instrução já estava encerrada.* 3. *Ao proferir sentença condenatória, examinando todo o acervo probatório produzido, o Juízo de origem reiterou o intuito protelatório das provas requeridas, destacando, ainda, que elas não teriam o condão de comprovar as assertivas da defesa, que estaria sustentando tese nova, completamente divorciada das próprias alegações do réu, quando interrogado em juízo.* 4. Ordem denegada. (HC 137.858/SP, Relator o Ministro **JORGE MUSSI**, DJe 08/04/2011.)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHA ARROLADA A DESTEMPO. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. O momento adequado para o arrolamento de testemunhas era, no antigo procedimento ordinário, o da apresentação da defesa prévia. Escoado este prazo, e não se tratando de fato superveniente, resta preclusa a oportunidade de requerer a sua oitiva ao final da instrução (Precedentes). Ordem denegada. (HC 138.041/MG, Relator o Ministro **FELIX FISCHER**, DJe 10/05/2010.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, não tendo sido a testemunha arrolada em momento oportuno, qual seja, na defesa preliminar, conforme estabelece o art. 396-A do Código de Processo Penal, não assiste à parte o direito de exigir a oitiva de outras pessoas, podendo, apenas sugerir que seja colhido seu depoimento como testemunha do Juízo. Contudo, cabe ao magistrado deferir ou não mencionada providência, a seu prudente critério.

De fato, não se pode descurar que o destinatário da prova é o juiz, cabendo a ele, portanto, deferir as diligências que entender pertinentes para o deslinde da causa e indeferir aquelas que considerar inoportunas. Dessarte, não obstante o indeferimento da prova ora questionada ter se baseado no seu requerimento a destempo, ou seja, na preclusão consumativa, deve se ter em conta que, implicitamente, considerou o Juiz ser a referida oitiva irrelevante para o deslinde do processo, pois, acaso a tivesse considerado importante, poderia tê-la ouvido como testemunha do juízo.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SOLICITAÇÃO DE PERÍCIA JUDICIAL. DOCUMENTOS JUNTADOS NA FASE DO ART. 499 DO CPP. INDEFERIMENTO JUSTIFICADO. ORDEM DENEGADA. 1. O Juiz, destinatário da prova, pode, fundamentadamente, indeferir diligências solicitadas na fase do art. 499 do CPP que considere desnecessárias. 2. **In casu**, estando motivada a decisão que indeferiu o pedido de nova perícia, não há que se falar em constrangimento ilegal. 3. Ordem denegada. (HC 37.207/SP, Relator o Ministro **HÉLIO QUAGLIA BARBOSA**, DJ 01/07/2005).

Por fim, importante destacar que não cabe a esta Corte Superior, na via estreita do **mandamus**, avaliar a indispensabilidade ou não da prova ora questionada, pois somente a análise de todo o conjunto probatório é que possibilitaria aquilatar a necessidade ou não da diligência postulada.

Não verifico, assim, a existência de patente constrangimento ilegal nos autos, apta a justificar a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, não conheço do **mandamus**.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0110402-0

HC 244.048 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15121100003452 21100003452 70048667703

EM MESA

JULGADO: 18/10/2012

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUIZ PAULO DO AMARAL CARDOSO
ADVOGADO : LUIZ PAULO DO AMARAL CARDOSO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : EVERTON DE BORBA DE MELO

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

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 Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocado do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.