HABEAS CORPUS Nº 502.210 - PR (2019/0093976-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	EVANDRO DA MATTAS
ADVOGADO	:	EVANDRO DA MATTAS - PR062270
IMPETRADO	:	TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO
PACIENTE	:	FLAVIO AUGUSTO MARCONI (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de FLAVIO AUGUSTO MARCONI, apontando como autoridade coatora a 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento da Apelação Criminal n. 5011682-33.2015.404.7002.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado às penas de 2 (dois) anos, 2 (dois) meses e 8 (oito) dias de reclusão, no regime inicial fechado, e 29 (vinte e nove) dias de detenção, no modo semiaberto, mais pagamento de 30 (trinta) dias-multa, como incurso nos artigos 334-A e 330, ambos do Código Penal.

Inconformada, a defesa apelou, tendo o recurso sido parcialmente provido para absolver o réu do delito de desobediência e para alterar o regime de cumprimento da sanção privativa de liberdade para o semiaberto.

Contra tal decisão, foram interpostos recursos de natureza extraordinária, pendentes de julgamento nos Tribunais Superiores.

Sustenta o impetrante que o magistrado singular teria indeferido a oitiva de uma testemunha em comum sem a devida fundamentação.

Alega que o paciente foi acusado do crime de desobediência por 2 (dois) policiais, o que impediria o togado de indeferir a colheita do depoimento de um deles.

Afirma que a ínfima quantidade de sanção cominada ao réu e a ausência de vagas em estabelecimento prisional adequado permitiriam o resgate diferenciado da reprimenda reclusiva, com a utilização de monitoramento eletrônico.

Argumenta que o acusado possuiria trabalho e residência fixos, além de uma filha menor dele dependente, o que reforçaria a ausência de plausibilidade de sua prisão.

Requer, liminarmente e no mérito, que seja obstada a execução provisória da pena imposta ao paciente.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

Com efeito, ao manejar o presente remédio constitucional concomitantemente com o recurso especial interposto e já admitido na origem, a defesa pretende a obtenção da mesma prestação jurisdicional em mais de uma via de impugnação, circunstância que caracteriza ofensa ao princípio da unirrecorribilidade das decisões judiciais.

Nesse norte:

> *AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DECISÃO UNIPESSOAL. WRIT NÃO CONHECIDO. IMPETRAÇÃO CONCOMITANTE DE HABEAS CORPUS E INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE APELAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE SIMPLES REFORMA. FUNDAMENTOS DA DECISÃO MANTIDOS. NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL.*
> ***1. Não se presta o recurso ordinário em habeas corpus como sucedâneo de apelação. Inexiste ilegalidade em aresto que não conhece do pedido no que concerne a temas cujo exame é mais apropriado no seio de concomitante apelação.***
> *2. A pretensão de simples reforma da decisão, por irresignação da Defesa com o resultado, não acarreta a modificação do decisum prolatado.*
> *3. Agravo regimental a que se nega provimento.*
> *(AgRg no RHC 85.569/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 04/10/2017)*

No mesmo diapasão:

> *PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO. REVISÃO DE DOSIMETRIA NA PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DE RECURSO DE APELAÇÃO. ANÁLISE PREMATURA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*
> ***1. Mostra-se prematura a revisão da dosimetria da pena e do regime prisional na via do habeas corpus, na pendência de recurso próprio, de apelação, na medida em que a análise das aludidas alegações demanda exame do material cognitivo a ser ainda realizada pelas instâncias ordinárias, devendo ser mantida a decisão agravada por seus fundamentos. Precedentes.***
> *2. Agravo regimental improvido.*
> *(AgRg no HC 389.014/PE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 16/08/2017)*

Por conseguinte, tendo sido interposto o recurso cabível em face da decisão impugnada, é imperioso o seu julgamento em detrimento da presente impetração, por se tratar do meio processual adequado para a insurgência contra o ato apontado como coator.

Ainda que assim não fosse, não se vislumbra flagrante ilegalidade passível de ser sanada na via eleita.

Isso porque de acordo com o artigo 571, inciso II, do Código de Processo Penal, as nulidades ocorridas no decorrer da ação penal devem ser arguidas até as alegações finais, sob pena de preclusão.

A propósito:

> *PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. (...) VIOLAÇÃO DO ART. 159, § 5.º, INCISO I, DO CPP. SUPOSTA NULIDADE NÃO ARGUIDA NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. (...) AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

> *(...)*
> *III - A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que não deve ser declarada a nulidade do ato processual, ainda que se trate de nulidade absoluta, se dele não derivou qualquer prejuízo palpável à parte.*
> ***IV - A decisão da origem está em conformidade com a jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de que as nulidades eventualmente ocorridas durante a instrução criminal, no procedimento comum, devem ser arguidas até as alegações finais (art. 571, inciso II, do Código de Processo Penal), sob pena de preclusão.***
> *(...)*
> *Agravo regimental desprovido.*
> *(AgRg no REsp 1692392/PA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/04/2018, DJe 06/04/2018)*

Na mesma esteira:

> *PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. NULIDADE. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. DEFICIÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA NÃO DEMONSTRADA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. VÍCIO ALEGADO EM SEDE DE APELAÇÃO. PRECLUSÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.*
> *(...)*
> ***9. Eventual nulidade ocorrida na instrução criminal deve ser suscitada pela defesa no momento oportuno, qual seja, nas alegações finais, nos termos do art. 571, II, do CPP, sob pena de preclusão.***
> *10. Writ não conhecido.*
> *(HC 291.252/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 27/03/2017)*

Na hipótese em apreço, verifica-se que embora tenha insistido na oitiva de uma das testemunhas em audiência, a defesa não impugnou o indeferimento da colheita de seu depoimento em alegações finais, suscitando a mácula em questão apenas por ocasião da interposição do recurso de apelação, o que revela a preclusão do exame do tema.

Ademais, sabe-se que embora o acusado, no processo penal, tenha o direito à produção da prova necessária a dar embasamento à tese defensiva, ao magistrado é facultado o indeferimento motivado das providências que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte.

Confira-se, a propósito, a lição de Eugênio Pacelli de Oliveira, para quem "*embora se cuide de direito, isso não impede que o juiz da causa examine a pertinência da prova requerida (ver, por exemplo, art. 400, §1º, CPP), tendo em vista que cabe a ele a condução do processo, devendo, por isso mesmo, rejeitar as diligências manifestamente protelatórias.*" (Curso de processo penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 294).

Não destoa a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça:

> *PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS E VALORES. JOGO DO BICHO. (...) ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. (...) SUPRESSÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
> *(...)*
> ***V - O acusado no processo penal tem direito à produção de prova. No entanto, o Magistrado tem discricionariedade para indeferir, motivadamente, aquelas que reputar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, nos termos do art. 400, § 1°, do CPP, devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte.***
> *(...)*
> *Habeas corpus não conhecido.*
> *(HC 445.132/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe 04/06/2018)*

No mesmo norte:

> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIOS DA FUNGIBILIDADE, CELERIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS E ROUBO. (...) PRODUÇÃO DE PROVA. INDEFERIMENTO MOTIVADO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. (...) AGRAVO IMPROVIDO.*
> *(...)*
> ***3. O art. 400, § 1º, do CPP, autoriza o Magistrado a indeferir as provas que considerar irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, uma vez que é ele o destinatário da prova, de modo que o indeferimento fundamentado da prova requerida pela defesa, não revela cerceamento de defesa, quando justificada sua prescindibilidade para o deslinde da controvérsia.***
> *(...)*
> *5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.*
> *(EDcl no HC 411.833/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 06/06/2018)*

O Supremo Tribunal Federal adota o mesmo entendimento, a exemplo do seguinte julgado:

> *Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. ARTIGO 1º, I, DO DECRETO LEI Nº 201/67. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO "PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF". SUSCITADOS VÍCIOS NA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. POSSIBILIDADE DE O MAGISTRADO INDEFERIR PROVAS CONSIDERADAS IRRELEVANTES, IMPERTINENTES OU PROTELATÓRIAS. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. IMPOSSIBILIDADE DE*

> *UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.* ***1. É possível ao magistrado, nos termos do artigo 400, § 1º, do Código de Processo Penal, indeferir as provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. Precedentes: HC 135.026, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 24/10/2016; HC 135.133-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 01/02/2017.*** *(...) 8. Agravo regimental desprovido.*
> *(RHC 153941 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 25/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-115 DIVULG 11-06-2018 PUBLIC 12-06-2018)*

Na espécie, diante da ausência da testemunha Julio Cesar Osinski, a acusação dispensou a sua oitiva, ao passo que a defesa insistiu na colheita de suas declarações, sendo que, instada a esclarecer os motivos pelos quais pretendia inquirir a referida pessoa, "*não trouxe elementos aptos a convencer o Juízo de sua imprescindibilidade*", e, inquirida "*acerca de algum ponto específico que fosse objeto de divergência entre o ocorrido e a tese de defesa, que pudesse ser devidamente esclarecido com a oitiva da testemunha ausente, não soube apontar nenhum*" (e-STj fl. 28).

Da leitura da referida passagem, verifica-se que foram declinadas justificativas plausíveis para a negativa da prova almejada, sendo certo, outrossim, que para se concluir que a providência em questão seria indispensável para a comprovação das teses defensivas, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, providência incompatível com a via eleita, consoante vem decidindo este Sodalício:

> *PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS APROPRIAÇÃO DE RENDIMENTO DE IDOSO, OMISSÃO DE SOCORRO, ABUSO DE INCAPAZ E PERIGO PARA VIDA OU SAÚDE. DENÚNCIA. PLEITOS DE DILIGÊNCIAS E PERÍCIAS INDEFERIDOS PELO MAGISTRADO. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. RECURSO NÃO PROVIDO.*
> *1. Sem embargos acerca do amplo direito à produção da provas necessárias a dar embasamento às teses defensivas, ao magistrado, mesmo no curso do processo penal, é facultado o indeferimento, de forma motivada, das diligências protelatórias, irrelevantes ou impertinentes. Cabe, outrossim, a parte requerente, demonstrar a real imprescindibilidade na produção da prova requerida. Precedentes.*
> ***2. Hipótese em que o magistrado examinou e indeferiu motivadamente os pleitos defensivos, conforme preceitua o art. 155 do CPP, não havendo falar em constrangimento ilegal, uma vez que devidamente justificada a desnecessidade das diligências e perícias formuladas pela defesa.***
> ***3. Para uma melhor aferição acerca da concreta indispensabilidade da prova requerida durante a instrução, necessário seria uma profunda incursão em todo o acervo fático-probatório dos autos, providência incompatível com a via mandamental.***
> *4. Recurso em habeas corpus não provido.*
> *(RHC 98.946/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA*

TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 14/11/2018)

Com igual orientação:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. INDEFERIMENTO DE PERÍCIA DAS ESCUTAS TELEFÔNICAS. NECESSIDADE. REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE PROVAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
> *(...)*
> ***3. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que o deferimento ou indeferimento da produção de provas está inserido no âmbito de discricionariedade do magistrado condutor do processo, devendo fazê-lo demonstrando os motivos do seu convencimento. Por sua vez, as instâncias ordinárias, de forma fundamentada, afastaram o constrangimento ilegal sustentado pela defesa no indeferimento da diligência solicitada por entender que o pleito era desnecessário.***
> ***Acresça-se, ainda, que se destacou o caráter meramente protelatório da perícia acerca das escutas telefônicas, na medida em que a defesa sequer apontou qualquer fato concreto justificador da mesma.***
> ***A meu sentir, referidos fundamentos declinados pelo Magistrado da Vara Criminal de Palhoça/SC mostram-se aptos a demonstrar a irrelevância e o caráter protelatório da prova requerida. A modificação do julgado, nesse contexto, implica no revolvimento da matéria probatória, o que, como consabido, é vedado na via eleita.***
> *Habeas corpus não conhecido.*
> *(HC 348.000/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 15/10/2018)*

Finalmente, constata-se que o alegada direito de o réu cumprir a pena privativa de liberdade que lhe foi cominada em regime semiaberto diferenciado não foi alvo de deliberação pela autoridade impetrada no acórdão impugnado, até mesmo porque não foi suscitada nas razões recursais (e-STJ fls. 112/150), circunstância que impede qualquer manifestação deste Sodalício sobre o tópico, sob pena de se configurar a prestação jurisdicional em indevida supressão de instância.

Há que se ressaltar que embora o apelo interposto tenha devolvido ao Tribunal de origem o exame da matéria controvertida, a defesa não pode arguir, somente nesta Corte Superior, questões não apreciadas pelas instâncias ordinárias, o que configuraria a atuação deste Sodalício em indevida supressão de instância.

Como é cediço, o efeito devolutivo da apelação encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos previstos no âmbito do processo penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte detentora dos interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à clausula constitucional do devido processo legal.

A respeito do tema, eis a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

> *"O princípio da dialeticidade - que impregna todo o iter procedimental - tem aspectos*

> *próprios no que diz com os recursos: o recorrente deverá declinar os motivos pelos quais pede o reexame da decisão, porque somente assim a parte contrária poderá apresentar suas contra-razões, formando-se o imprescindível contraditório em matéria recursal." (Recursos no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 36.)*

Mais adiante, quando dissertam especificamente sobre o efeito devolutivo do recurso de apelação criminal, os aludidos doutrinadores disciplinam:

> *"A apelação, como todo recurso, devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada e da que pode ser conhecida de ofício. O âmbito dessa devolução depende, essencialmente, da extensão da impugnação formulada pelo recorrente, podendo a apelação, conforme salientado, ser plena ou parcial. Pode, também, configurar-se, pela soma de apelações parciais da acusação e da defesa, outra hipótese de devolução plena. Frise-se, contudo, que a restrição existente na apelação parcial é relativa à extensão do conhecimento e não à sua profundidade, podendo o tribunal examinar, nos limites da impugnação, aspectos não suscitados pelas partes ou tópicos não apreciados pelo juiz inferior; pode, ainda, produzir prova ou admitir prova nova, desde que observado o contraditório." (Op. cit., p. 121.)*

Portanto, tendo em vista que o recurso de apelação devolve para o órgão *ad quem* apenas o exame da matéria impugnada, que se restringe aos limites da insurgência, a Corte de origem não tratou do citado tema, que deveria, por óbvio, ter sido arguido no momento oportuno e perante o juízo competente, garantindo-se o indispensável contraditório.

Nessa esteira:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. COMPENSAÇÃO. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.*
>
> ***2. O capítulo acerca da aferição da ocorrência de confissão espontânea não foi devolvido ao Tribunal a quo, nem por ele foi apreciado. Portanto, como não há decisão do Colegiado de origem sobre o tema, inviável o seu enfrentamento por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância e alargamento inconstitucional da hipótese de competência do Superior Tribunal***

> ***de Justiça para julgamento de habeas corpus, constante no art. 105, I, "c", da Constituição da República.***
> *(...)*
> *7. Habeas corpus não conhecido.*
> *(HC 408.726/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018)*

No mesmo sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. NULIDADE. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA NA AUDIÊNCIA DE OITIVA DA VÍTIMA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. (...).*
> ***1. A apontada nulidade absoluta por ausência do defensor constituído na audiência de oitiva da vítima não foi objeto de apreciação pelo Tribunal de origem por ocasião do julgamento do recurso de apelação, o que impede o exame do tema diretamente pelo Superior Tribunal de Justiça, sobrepujando a competência da Corte estadual, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância e violação dos princípios do duplo grau de jurisdição e do devido processo legal.***
> *(...)*
> *4. Agravo regimental desprovido.*
> *(AgInt no HC 393.441/PR, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 04/06/2018)*

Ante o exposto, com fundamento no artigo 210 do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, **indefere-se liminarmente** o presente *habeas corpus*.

Publique-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos ao arquivo.

Brasília (DF), 09 de abril de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator