



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 744255 - SP (2022/0156241-8)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : FRANCIS HAMER BULLOS E OUTRO
ADVOGADOS : ALVARO LINS DOS SANTOS - RJ186588
FRANCIS HAMER BULLOS - RJ212092
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SANDRO DE OLIVEIRA RODRIGUES
CORRÉU : VITOR HUGO DE OLIVEIRA SANTOS
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO. ALEGAÇÃO DE IMPEDIMENTO DE TESTEMUNHA. TESE NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL ESTADUAL EM RAZÃO DA MÁ-INSTRUÇÃO DO PEDIDO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXISTÊNCIA DE PATENTE ILEGALIDADE A ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM *EX OFFICIO*. IMPOSSIBILIDADE DA OITIVA, COMO TESTEMUNHA, DE EX-PROMOTOR DE JUSTIÇA QUE ATUOU NO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL EM QUE FORAM APURADAS AS SUPOSTAS CONDUTAS DELITIVAS DO RÉU. PRECEDENTES. PLEITO LIMINARMENTE INDEFERIDO, CONTUDO, ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA DE OFÍCIO.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de SANDRO DE OLIVEIRA RODRIGUES contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido no HC nº 2095460-14.2022.8.26.0000.

Consta nos autos que o Paciente e o Corrêu foram denunciados, em 31/08/2019, " como incurso nas penas do **artigo 171, caput, c/c 29, caput e 71, caput, do Código Penal**" (fl. 15; sem grifos no original), pois, "*previamente ajustados e com unidade de propósitos com os comparsas Enio Vilela, Tiago Cardoso de Almeida e outros (já processados perante a 22ª VC, 0088577-76.2015.8.26.0050), obtiveram, de modo continuado, em proveito comum e de terceiros, vantagem ilícita superior a R\$ 744.000,00 (fl. 1316), em prejuízo da Companhia Siderúrgica Nacional, enganando seus superiores, mediante fraudes a seguir descritas*" (fl. 14; sem grifos no original).

Alegando ilegalidade no deferimento de pedido do Ministério Público estadual para a oitiva de ex-Promotor de Justiça em audiência, a Defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal Estadual, o qual foi **indeferido liminarmente** pelo Colegiado em razão da má-instrução

do feito (fls. 37-39).

Neste *writ*, os Impetrantes sustentam, em suma, que a ação penal se encontra em fase de coleta de depoimentos em audiência de instrução e julgamento, sendo que, no dia 11/04/2022, foi requerida pelo assistente de acusação a **oitiva do ex-Promotor de Justiça Christiano Jorge Santos** (atualmente Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo) em substituição à outra testemunha, pleito posteriormente deferido pelo Juízo.

Aduzem, contudo, que o ex-Promotor está impedido de depor como testemunha, porquanto presidiu o Procedimento Investigatório Criminal PIC nº 94.0001.0000672/2015-0 e atuou na fase de inquérito, nos quais foram apuradas as supostas ações delitivas que ensejaram a instauração do processo penal.

Requerem, em liminar, seja determinada a suspensão da oitiva do mencionado ex-Promotor, marcada para **01/06/2022** e, no mérito, seja declarada a nulidade da decisão que permitiu a oitiva da testemunha CHRISTIANO JORGE SANTOS.

É o relatório. Decido.

O Colegiado estadual não conheceu do *writ* com base nos seguintes fundamentos (fls. 38-39; sem grifos no original):

"A impetração deve ser indeferida liminarmente, por não estar devidamente instruída. A presente ação constitucional não está instruída com os documentos fundamentais à análise da ocorrência do suposto constrangimento ilegal sofrido pelo paciente.

Juntou-se apenas cópia da denúncia, cópia da petição de embargos de declaração contra a decisão que deferiu a substituição da testemunha e resposta aos embargos. A ordem de habeas corpus está vinculada à demonstração, de plano, de ilegalidade e não se presta à dilação probatória. Exige-se prova pré-constituída das alegações, sendo ônus da impetrante trazê-la no momento da impetração. [...]

Nesse contexto, o presente writ deve ser indeferido liminarmente, nos termos do artigo 663, do Código de Processo Penal e do artigo 248, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo."

Observa-se que a questão suscitada não foi apreciada, idoneamente, pelo Tribunal *a quo*, tendo em vista que a Parte Impetrante **não juntou, na origem, toda a prova pré-constituída**. Tal fato fica evidenciado pela análise da documentação juntada no presente *habeas corpus*: além da cópia da denúncia, da petição de embargos de declaração contra a decisão que deferiu a substituição da testemunha e daquela que rejeitou os embargos, os Causídicos colacionaram cópias das manifestações do ex-Promotor de Justiça no Procedimento Investigatório Criminal n. 94.0001.0000672/2017-0 (fls. 27-35), providência que deveria ter sido realizada também perante a Corte estadual.

Assim, a matéria suscitada neste *writ* não deve ser conhecida originariamente por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância.

A propósito, *mutatis mutandis*:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO

REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MODUS OPERANDI E PERICULOSIDADE DO AGENTE. AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. [...]

4. A alegada ausência de contemporaneidade não foi apreciada pelo Tribunal de origem, de modo que o debate diretamente por esta Corte superior incorreria em indevida supressão de instância, inexistindo, desse modo, omissão a ser sanada.

5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento." (EDcl no HC 542.121/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 03/02/2020; sem grifos no original.)

Contudo, verifico a existência de **patente ilegalidade** apta a ensejar a concessão da ordem *ex officio*.

De fato, o direito invocado pela Defesa é **inconteste**, pois, além de terem sido juntadas cópias das manifestações do ex-Promotor de Justiça no Procedimento Investigatório Criminal (PIC) de n. 94.0001.0000672/2017-0, o próprio Assistente de Acusação, no seu pedido, expressamente declinou que a mencionada testemunha atuou na fase inquisitorial em que foram apuradas as condutas delitivas imputadas ao Paciente, veja-se (fl. 17; sem grifos no original):

"COMPANHIA SIDERÚRGICA NACIONAL, devidamente qualificada nos autos em epígrafe, vem respeitosamente requerer, com fulcro no art. 408 do Código de Processo Civil, a substituição da testemunha LUTHI MUNIZ GUEDES, cujas certidões negativas encontram-se nas fls. 4.823 e 5.059, pela testemunha CHRISTIANO JORGE SANTOS, que, à época dos fatos foi o Promotor de Justiça que presidiu o inquérito que apurou as condutas objeto da presente investigação e atualmente é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo."

Ocorre que esta Corte Superior de Justiça, interpretando a regra contida no art. 252, inciso II, combinado com o art. 258, ambos do Código de Processo Penal, "*vem se manifestando quanto à incompatibilidade de o promotor de justiça, que atuou na fase inquisitorial, ser ouvido como testemunha, [...] uma vez que, a despeito do não oferecimento da denúncia, continua vinculado às suas funções institucionais*" (AgRg no REsp n. 1.853.252/MS, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe de 23/6/2020; sem grifos no original), **entendimento que se aplica ao caso em apreço**.

Cito, ainda os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. PRETENSÃO DA OITIVA DA PROMOTORA DE JUSTIÇA, A QUAL ATUOU ANTES NO FEITO, COMO TESTEMUNHA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. O membro do Ministério Público que atuou anteriormente no feito não pode ser arrolado como testemunha, porquanto esta última depõe acerca de fatos conhecidos e não sobre a sua opinião jurídica acerca da lide. Ressalta-se, ainda, a incompatibilidade entre as funções de Promotor de Justiça e de testemunha. Precedente: RHC 20.079/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA.

2. Recurso ordinário desprovido." (RHC n. 99.003/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe de 11/4/2019; sem grifos no original.)

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DA DEFESA PARA O JULGAMENTO DO WRIT. FEITO LEVADO EM MESA. SÚMULA Nº 431/STF. HOMICÍDIO QUALIFICADO. INTERROGATÓRIO POLICIAL ACOMPANHADO POR MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DENÚNCIA. PROMOTORES ARROLADOS E OUVIDOS COMO TESTEMUNHAS DA ACUSAÇÃO. NULIDADE.

[...]

2. ***Não é possível ao membro do Ministério Público, que nessa condição atuou na fase inquisitorial, ser ouvido como testemunha em juízo, por absoluta incompatibilidade. É nítida a confusão feita entre os papéis de parte processual e testemunha (sujeito de provas), tornando-se evidente a nulidade absoluta dos depoimentos prestados em juízo pelos Promotores de Justiça que exerceram suas funções no inquérito policial, ainda que tenham se limitado a acompanhar o interrogatório do recorrente.***

3. *Recurso ordinário provido, rejeitada a preliminar.*" (RHC n. 20.079/SP, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe de 22/2/2010; sem grifos no original.)

Ante o exposto, com fundamento nos arts. 34, inciso XX, e 210 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, INDEFIRO LIMINARMENTE a petição inicial. Contudo, CONCEDO *EX OFFICIO* a ordem de *habeas corpus* a fim de cassar a decisão que deferiu o pedido de oitiva de Christiano Jorge Santos, diante da impossibilidade dele atuar na condição de testemunha na Ação Penal n. 0107564-63.2015.8.26.0050.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 27 de maio de 2022.

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora