

HABEAS CORPUS 155.363 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
PACTE.(S) : ANTHONY WILLIAM GAROTINHO MATHEUS DE OLIVEIRA
PACTE.(S) : ROSÂNGELA ROSINHA GAROTINHO BARROS ASSED MATHEUS DE OLIVEIRA
IMPTE.(S) : CARLOS FERNANDO DOS SANTOS AZEREDO
COATOR(A/S)(ES) : TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

EMENTA

Habeas corpus. Constitucional. Processual Penal. Oitiva de testemunhas arroladas em fase de defesa prévia (CPP, art. 396-A). Indeferimento. Alegado cerceamento de defesa. Impetração dirigida contra decisão monocrática com que o relator do *habeas corpus* no Tribunal Superior Eleitoral a ele negou seguimento. Não exaurimento da instância antecedente pela via do agravo regimental. Apreciação *per saltum*. Supressão de instância. Não conhecimento da impetração. Precedentes. Existência de ilegalidade flagrante a amparar a concessão da ordem de ofício. Indeferimento de todas as testemunhas arroladas pela defesa. Frustrada a possibilidade de os acusados produzirem as provas que reputam necessárias à demonstração de suas alegações. Infringência à matriz constitucional da plenitude de defesa (CF, art. 5º, inciso LV) e do *due process of law* (CF, art. 5º, inciso LIV). Decisão que, à luz do princípio do livre convencimento motivado, extrapolou os limites do razoável. Ordem concedida de ofício.

1. *Habeas corpus* impetrado contra decisão monocrática mediante a qual o relator do writ no Tribunal Superior Eleitoral a ele negou seguimento, invocando o verbete nº 691 deste Supremo Tribunal e apontando a deficiência na sua instrução. Logo, a apreciação do tema, de forma originária, pelo STF configuraria inadmissível supressão de instância.

2. Como se não bastasse, é inadmissível o *habeas corpus* que se volte contra decisão monocrática não submetida ao crivo do colegiado por

intermédio do agravo interno, por falta de exaurimento da instância antecedente.

3. **Habeas corpus** do qual não se conhece.

4. As circunstâncias expostas nos autos, todavia, encerram situação de constrangimento ilegal apta a justificar a concessão da ordem de ofício.

5. O princípio do livre convencimento motivado (CPP, art. 400, § 1º) faculta ao juiz o indeferimento das provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias (*v.g.* RHC nº 126.853/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Luiz Fux**, DJe de 15/9/15).

6. Não obstante o indeferimento de todas as testemunhas de defesa, à luz desse princípio afigura-se inadmissível em um estado democrático de direito, em que a plenitude de defesa é garantia constitucional de todos os acusados (CF, art. 5º, inciso LV).

7. Decisão que extrapola os limites do razoável, mormente se levado em consideração que a medida extrema foi tomada em estágio inicial do processo (defesa prévia) e a motivação para tanto está consubstanciada **tout court** na impressão pessoal do magistrado de que o requerimento seria protelatório, já que as testemunhas não teriam, em tese, vinculação com os fatos criminosos imputados aos pacientes.

8. Evidente infringência à matriz constitucional do **due process of law** (CF, art. 5º, inciso LIV), visto que frustrou a possibilidade de os acusados produzirem as provas que reputam necessárias à demonstração de suas alegações.

9. **Habeas corpus** concedido de ofício para assegurar a oitiva das testemunhas arroladas pela defesa dos pacientes.

HABEAS CORPUS 155.363 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
PACTE.(S) : ANTHONY WILLIAM GAROTINHO MATHEUS DE OLIVEIRA
PACTE.(S) : ROSÂNGELA ROSINHA GAROTINHO BARROS ASSED MATHEUS DE OLIVEIRA
IMPTE.(S) : CARLOS FERNANDO DOS SANTOS AZEREDO
COATOR(A/S)(ES) : TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em favor de Anthony William Garotinho Matheus de Oliveira e Rosângela Rosinha Garotinho Barros Assed Matheus de Oliveira, apontando como autoridade o Ministro **Jorge Mussi**, do Tribunal Superior Eleitoral, que negou seguimento ao HC nº 0600275-61.

O impetrante sustenta, inicialmente, que a hipótese dos autos autoriza a mitigação do enunciado da Súmula nº 691/STF.

Aduz, para tanto, que os pacientes “respondem juntamente com outros corréus à ação penal nº 12-81.2017.6.19.0098 (APN 12-81), na 98ª Zona Eleitoral da Cidade de Campos dos Goytacazes/RJ”, sendo que ao apresentar resposta à acusação “arrolou tempestiva e oportunamente (...), testemunhas de seu interesse, em obediência ao disposto no artigo 396-A do CPP (e também ao previsto no art. 359 do Código Eleitoral)”.

Entretanto, segundo o impetrante, “a defesa foi surpreendida com o despacho judicial de 20/02/2018 no qual [o juízo] determinou às defesas que fossem explicitadas as razões para a oitiva de cada uma das testemunhas arroladas”.

Argumenta-se que os defensores dos pacientes não apresentaram “justificativa para a necessidade de oitiva das testemunhas pela simples razão de não haver previsão legal neste sentido”, tendo reiterado, por esse fundamento, o pedido de “intimação das testemunhas de defesa para comparecerem em audiência (...)”.

Todavia, o juízo processante, à luz do § 1º do art. 400 do Código de Processo Penal, indeferiu a oitiva das testemunhas, o que, na visão da defesa, violou os postulados constitucionais da ampla defesa e o devido processo legal.

Entende, portanto, demonstrado o **fumus boni juris**.

Por sua vez, o **periculum in mora** reside no fato estar designado para o dia 18/4/18 o interrogatório dos pacientes.

Em face desses argumentos, requer o impetrante o deferimento da liminar para suspender o andamento do processo-crime na origem, até o julgamento desta impetração.

No mérito, pleiteia a concessão da ordem para se assegurar o direito de serem ouvidas as testemunhas arroladas pela defesa dos pacientes.

Em 13/4/16, à luz do o art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, neguei seguimento ao presente **habeas corpus**, entre outros aspectos, amparado na jurisprudência da Corte, que assenta a inadmissibilidade do **habeas corpus** manejado contra decisão monocrática não submetida ao crivo do colegiado por intermédio do agravo interno, por falta de exaurimento da instância antecedente.

Contra essa decisão foi interposto tempestivo agravo regimental, pugnando-se por sua reforma.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, em parecer de lavra do Subprocurador-Geral da República **Edson Oliveira de Almeida**, opinou pelo não provimento do recurso.

Frente aos bem lançados argumentos por parte da defesa, em 27/4/18, reconsiderarei a decisão de negativa de seguimento ao **habeas corpus**, a fim de ser submetido a julgamento colegiado, o que faculta à defesa dos pacientes sustentar oralmente suas razões.

É o relatório.

HABEAS CORPUS 155.363 RIO DE JANEIRO

V O T O

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Consoante relatado, Anthony William Garotinho Matheus de Oliveira e Rosângela Rosinha Garotinho Barros Assed Matheus de Oliveira impetraram este **habeas corpus**, tendo como autoridade coatora o eminente Ministro **Jorge Mussi**, do Tribunal Superior Eleitoral, que negou seguimento ao HC nº 0600275-61.

É necessário consignar, de largada, que pertence ao Plenário da Corte a competência originária para processar e julgar **habeas corpus**, quando a coação provier do Tribunal Superior Eleitoral (RISTF, art. 6º, inciso I).

Todavia, a Corte registra precedentes nos quais esta Segunda Turma julgou **habeas corpus** proveniente de ato emanado do Tribunal Superior Eleitoral. Por exemplo:

“HABEAS CORPUS. PENAL. CORRUPÇÃO ELEITORAL (ART. 299 DO CÓDIGO ELEITORAL). DOSIMETRIA DA PENA. AFERIÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP. INVIABILIDADE. REPRIMENDA MAIOR DO QUE A FIXADA À CORRÉ. PARTICULARIDADES ENVOLVIDAS. INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE DO ART. 62, I, DO CP. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. CONTINUIDADE DELITIVA. AUMENTO DE 2/3. FRAÇÃO FUNDAMENTADA NA DURAÇÃO DO PERÍODO DELITUOSO E NO NÚMERO DE CONDUTAS. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. NÃO CUMPRIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO PREVISTO NO ART. 44, III, DO CP. PRISÃO DOMICILIAR. QUESTÃO NÃO EXAMINADA NO ACÓRDÃO ATACADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO (ART. 66, V, “G”, DA LEP). ORDEM DENEGADA” (HC nº

117.719/RN, Segunda Turma, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 20/8/14).

No mesmo sentido: HC nº 142.488-AgR/MS, Segunda Turma, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 27/3/18.

Logo, não vejo impedimento para o julgamento desta causa na Turma, que versa sobre matéria eminentemente processual, consubstanciada em suposto cerceamento de defesa, decorrente do indeferimento de oitiva das testemunhas em juízo.

Fixada essa premissa, passo à transcrição decisão ora questionada:

“Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de Rosângela Rosinha Garotinho Barros Assed Matheus de Oliveira e Anlhony William Garotinho Matheus de Oliveira, ambos radialistas, contra suposto ato coator de juiz-membro do TRE/RJ que indeferiu liminar pleiteada HC 0600144-58.

O impetrante afirma que, por meio desse *writ*, buscou perante, perante a Corte, a quo, suspender a AP 12-81/2017, em que os pacientes são investigados e que tramita no juízo da 98ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro.

Alega que, na AP 12-81, a defesa arrolou de modo tempestivo testemunhas de seu interesse e que, mediante despacho, o juiz de primeiro grau determinou fossem explicitadas as razões para a oitiva de cada uma delas.

Entende ser ‘evidente o abuso de direito e a ilegalidade praticada pela autoridade coatora, o que desafiou a impetração de *haheas corpus*’ (ID 204814, fl. 4).

Negada a liminar na origem, tem-se o presente *haheas corpus*, em que se aduz, em síntese, que ‘a decisão é teratológica, justificando-se a superação da Súmula 69 I/STF para ver concedida a liminar” (ID 204814, fl. 7).

Sustenta que o perigo da demora decorre da iminente oitiva de testemunhas, determinada pelo juízo de primeiro grau para o dia 3/4/2018.

Pugna, liminarmente, ‘seja concedida a medida liminar

para determinar a suspensão do processo, até que sobrevenha o julgamento desse *writ*' (ID 204814, fl. 16). No mérito, pede concessão da ordem.

É o relatório. Decido.

Corno se sabe, nos termos do enunciado 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, não cabe *habeas corpus* contra decisão que indefere liminar na origem.

Isso porque, sem o exame do mérito do mandamus originário, qualquer pronunciamento da instância superior sobre tópicos nele aventados configuraria prestação jurisdicional em indevida supressão de instância.

A propósito, colhem-se os seguintes precedentes do c. Supremo Tribunal Federal:

(...)

Por conseguinte, somente em casos excepcionais, nos quais a ilegalidade é flagrante ou o *decisum* impugnado é teratológico, admite-se superação do referido óbice, o que não se demonstrou, na espécie.

Na espécie, o impetrante nem sequer apresentou cópia da decisão indeferitória da liminar proferida pela Relatora no âmbito do TRE/RJ, o que reforça descabimento do *writ*.

Ante o exposto, **indefiro a liminar nego seguimento** ao *habeas corpus*" (anexo 10 - grifos do autor).

Com se verifica, esta impetração tem como escopo a decisão monocrática proferida em sede de **habeas corpus** dirigido ao TSE, não submetida ao crivo do colegiado por intermédio do agravo interno. Tal circunstância atrai o entendimento segundo o qual

“é inadmissível o **habeas corpus** que se volta contra decisão monocrática do Relator da causa no Superior Tribunal de Justiça não submetida ao crivo do colegiado por intermédio do agravo interno, por falta de exaurimento da instância antecedente” (HC nº 101.407/PR, Primeira Turma, de **minha relatoria**, DJe de 19/3/14).

HC 155363 / RJ

No mesmo sentido: HC nº 118.189/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 24/4/14; e RHC nº 111.395/DF, Primeira Turma, Relator o Ministro **Luiz Fux**, DJe de 30/9/13, entre outros.

Do mesmo modo, percebe-se que aquela Corte Eleitoral, ao invocar verbete sumular deste Supremo Tribunal e apontar a deficiência instrutória do **writ**, não analisou a matéria ora suscitada, o que caracteriza inegável supressão de instância (*v.g.* HC nº 113.172/SP, Primeira Turma, de **minha relatoria**, DJe de 17/4/13; HC nº 118.836/PA-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 8/10/13; HC nº 116.857/ES-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 21/5/13; HC nº 114.583/MS, Segunda Turma, Relator o Ministro **Cezar Peluso**, DJe de 27/8/12; HC nº 92.264/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Menezes Direito**, DJ de 14/12/07; e HC nº 90.654/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 25/5/07).

Cabe ressaltar, todavia, inexistir impedimento para que o Supremo Tribunal Federal, quando do manejo inadequado do **habeas corpus**, ficando autorizada, portanto, analise a questão de ofício quando evidenciada flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, o que entendo presente na espécie.

Vide a esse respeito:

“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PACIENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. LAPSOS PARA A PROGRESSÃO DE REGIME E LIVRAMENTO CONDICIONAL. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SUPERAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. I - A não interposição de agravo regimental no Superior Tribunal de Justiça e, portanto, a ausência da análise da decisão monocrática pelo colegiado, impede o conhecimento do habeas corpus por esta Suprema Corte. A superação desse entendimento constitui medida excepcional, que somente se legitima quando a decisão atacada

se mostra teratológica, flagrantemente ilegal ou abusiva. II - A situação, no caso concreto, é excepcional, apta a superar o entendimento sumular, diante do evidente constrangimento ilegal ao qual está submetido o paciente. (...) VI – Impetração não conhecida, mas ordem concedida de ofício, para determinar ao Juízo de Direito da Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal-DEECRIM 10ª RAJ/Sorocaba, que promova a alteração do cálculo da pena do paciente, permitindo, se for o caso, que o condenado seja promovido ao regime mais benéfico e possa ser beneficiado pelo livramento condicional após o cumprimento, respectivamente, de 1/6 e 1/3 da pena” (HC nº 136.886/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 4/8/17 – grifos nossos);

“HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE MINISTRO DO STJ. INVIABILIDADE. CABIMENTO DE AGRAVO INTERNO. EXCESSO DE PRAZO DA PRISÃO PREVENTIVA. CARACTERIZAÇÃO. SITUAÇÃO INCOMPATÍVEL COM O PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO (CF, ART. 5º, LXXVIII). CONCESSÃO DA ORDEM. 1. O habeas corpus ataca diretamente decisão monocrática de Ministro do STJ. Essa decisão tem o respaldo formal do art. 38 da Lei 8.038/1990 e contra ela é cabível o agravo previsto no art. 39 da mesma lei. Ambos os dispositivos estão reproduzidos, tanto no Regimento Interno do STF (arts. 192 e 317), quanto no Regimento do STJ (arts. 34, XVIII, e 258). Em casos tais, o exaurimento da jurisdição e o atendimento ao princípio da colegialidade, pelo tribunal prolator, se dá justamente mediante o recurso de agravo interno, previsto em lei, que não pode simplesmente ser substituído pela ação de habeas corpus, de competência de outro tribunal. (...) A hipótese dos autos, todavia, autoriza a superação dessa regra procedimental. (...) Ordem concedida para confirmar a liminar, com a ressalva de que fica o juízo competente autorizado a impor, considerando as circunstâncias

de fato e as condições pessoais do paciente, quaisquer das medidas diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal” (HC nº 113.797, Segunda Turma, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe 9/9/14 – grifos nossos).

Como se vislumbra dos autos, os pacientes foram denunciados ao Juízo da 98ª Zona Eleitoral/RJ como supostamente incurso nos seguintes delitos:

“Anthony Garotinho: como incurso no artigo 2º, §§ 2º e 3º, da Lei 12.850/13; artigo 317, do Código Penal, sete vezes; artigo 350, do Código Eleitoral, três vezes; artigo 158, § 1º, do Código Penal; artigo 1º, caput e § 1º, II, da Lei 9.613/98, tudo na forma dos artigos 69 e 29 do Código Penal;

Rosinha Garotinho: como incurso no Artigo 2º, §§ 2º e 3º, da Lei 12.850/13; artigo 317, do Código Penal, seis vezes; artigo 350, do Código Eleitoral, três vezes; artigo 158, § 1º, do Código Penal; artigo 1º, caput e § 1º, II, da Lei 9.613/98, tudo na forma dos artigos 69 e 29 do Código Penal” (anexo 5).

Intimados para apresentar resposta à acusação, a defesa arrolou 8 (oito) testemunhas para cada um dos acusados, a tempo e a modo da lei processual penal (CPP, art. 396-A).

Ato contínuo, o juízo processante determinou que fossem explicitadas as razões para a oitiva das testemunhas arroladas, porém a defesa ficou-se inerte a esse respeito, por entender, na sua visão, “não haver previsão legal neste sentido”.

Em face do ocorrido, o Juízo da 98ª Zona Eleitoral/RJ, à luz do § 1º do art. 400 do Código de Processo Penal, **indeferiu a oitiva de todas as testemunhas arroladas pela defesa**. Aduziu, para tanto, o seguinte:

“Ante as petições dos réus quanto à justificativa acerca da pertinência das testemunhas arroladas na resposta à acusação, primeiramente vale ressaltar que o § 1º, do artigo 400, do CPP determina que o juiz poderá indeferir as consideradas

irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, razão pela qual quando as partes forem instadas a se manifestar sobre a presente questão, deverão fazê-las sob pena de indeferimento da produção daquela prova, cuja matéria já foi analisada pelo plenário da Corte Estadual em diversos HCs impetrados no ano passado, inclusive pelo réu Anthony William Garotinho Matheus de Oliveira, no âmbito da operação denominada 'Chequinho', tendo aquele Tribunal rejeitado os argumentos da defesa por entender que cabe ao juiz verificar a relevância e pertinência dos depoimentos requeridos e rejeitar, os quais considero protelatórios.

Neste diapasão, a petição apresentada pelos réus Anthony William e Rosinha Garotinho, no bojo da qual alegam que não tem a obrigação de justificar a produção da prova testemunhal, falece de respaldo jurídico, até porque existem várias testemunhas cuja oitiva se faria necessária por carta precatória, não podendo, assim, ser deferido tais requerimentos à minguada de qualquer explicação razoável, havendo, portanto, a perda da oportunidade para justificar a oitiva de suas testemunhas. Como se vê da petição apresentada às fls. 1035/1036, os réus supramencionados arrolaram como testemunha três Procuradores da República do Rio de Janeiro, o atual Procurador Geral de Justiça, José Eduardo Ciotola Gussem, e o desembargador do Tribunal de Justiça José Carlos Paes, demonstrando, **ao sentir deste magistrado, que trata-se de requerimento protelatório, pois tais pessoas não tem qualquer vinculação com os fatos criminosos imputados aos mesmos, o que nos leva a crer que a não indicação por parte dos réus, dos motivos para as oitivas das referidas testemunhas também é um ato que deve ser considerado procrastinatório, com o único objetivo de retardar o processo com diligências desnecessárias.**

Com isso, ficam rejeitadas as oitivas das testemunhas dos réus acima mencionados por entender esse juiz serem as mesmas irrelevantes e impertinentes, já que não há qualquer esclarecimento acerca do motivo de suas oitivas,

transparecendo que aqueles réus desejam procrastinar este feito” (anexo 7 - grifos nossos).

Daí o motivo desta impetração, na qual se sustenta a violação aos postulados constitucionais da ampla defesa (CF, art. 5º, inciso LV) e do devido processo legal (CF, art. 5º, inciso LIV).

Não se deve perder de vista que o princípio do livre convencimento motivado (CPP, art. 400, § 1º) “faculta ao juiz o indeferimento das provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias”. Logo, se o juízo processante indefere fundamentadamente a oitiva de testemunhas, “não cabe a esta Corte imiscuir-se em seu juízo de conveniência para aferir se a oitiva (...) era pertinente ou não ao interesse da defesa” (RHC nº 126.853/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Luiz Fux**, DJe de 15/9/15).

Esse, aliás, é o entendimento que se infere da jurisprudência da Corte. Cito, por exemplo:

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA PELO INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHA DITA IMPRESCINDÍVEL. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS IMPRÓPRIO NA VIA ELEITA. FUNDAMENTAÇÃO APRESENTADA PARA NÃO OITIVA DA TESTEMUNHA. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO” (HC nº 113.160/SP, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 12/12/12);

“HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ALEGADA NECESSIDADE DE OITIVA DE NOVAS TESTEMUNHAS. INDEFERIMENTO JUSTIFICADO. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. IMPROCEDÊNCIA. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. VIOLÊNCIA REAL CARACTERIZADA. AÇÃO PENAL PÚBLICA

INCONDICIONADA MESMO APÓS A LEI 12.015/2009. HIGIDEZ DA SÚMULA 608 DO STF” (HC nº 125.360/RJ, Primeira Turma, Relator para acórdão o Ministro **Alexandre de Moraes**, DJe de 6/4/18).

Todavia, esse ponto de vista **deve ser mitigado**, pois não se trata, na espécie, do indeferimento de uma ou duas testemunhas, **mas de todas elas**, o que se afigura inadmissível em um estado democrático de direito, em que a **plenitude de defesa é garantia constitucional** de todos os acusados (CF, art. 5º, inciso LV), bem assim o **due process of law**, que garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa (v.g. ADI nº 1.511-MC/DF, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, DJ de 6/6/03).

É evidente, a meu ver, que a decisão do juízo eleitoral, à luz do livre convencimento motivado, **extrapola os limites do razoável**, mormente se levado em consideração que **a medida extrema foi tomada em estágio inicial do processo (defesa prévia) e a motivação para tanto está consubstanciada tout court na impressão pessoal do magistrado de que o requerimento seria protelatório, já que as testemunhas não teriam, em tese, vinculação com os fatos criminosos imputados aos pacientes.**

A respeito da prova testemunhal, ensina o magistério de **Júlio Fabbrini Mirabete** que

“[o] oferecido tempestivamente o rol de testemunhas pela parte, até o número permitido, **não tem o juiz o direito de indeferir a oitiva de qualquer uma delas, independentemente de justificação por parte do arrolante, sob o pretexto de que se visa a procrastinação ou de que a pessoa arrolada nada sabe sobre os fatos, nem mesmo quando deve ser ouvida em carta precatória.** (...)” (Código de Processo Penal Interpretado, 7ª ed., Atlas: São Paulo, 2000, p.492).

Para **Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho**,

“[as] partes têm o direito de arrolar testemunhas, desde que o façam no momento processual adequado (denúncia, queixa, e defesa prévia) e observem o número máximo fixado em razão da espécie de procedimento. O Cerceamento desse direito implica nulidade absoluta” (As nulidades no processo penal. 9ª ed., São Paulo: RT, 2006, p. 174).

Esse entendimento é ressonante nas palavras do eminente Ministro **Celso de Mello**, que, embora vencido no julgamento do HC nº 94.542/SP, consignou, com muita propriedade, que

“o direito à prova -, cuja inobservância, pelo Poder Público, qualifica-se como causa de invalidação do procedimento estatal instaurado contra qualquer pessoa, seja em sede criminal, seja em sede meramente disciplinar, seja, ainda, em sede materialmente administrativa:

*‘- **A jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **tem reafirmado** a essencialidade do princípio **que consagra** o ‘due process of law’, **nele reconhecendo** uma insuprimível **garantia**, que, instituída **em favor de qualquer** pessoa ou entidade, **rege e condiciona** o exercício, **pelo Poder Público**, de sua atividade, **ainda** que em sede materialmente administrativa, **sob pena de nulidade** do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. **Precedentes. Doutrina.***

*- **Assiste**, ao interessado, **mesmo** em procedimentos de índole administrativa, **como direta emanção** da própria garantia constitucional do ‘due process of law’ (CF, art. 5º, LIV)*

*- **independentemente**, portanto, de haver previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado -, **a prerrogativa indisponível** do contraditório e da plenitude de defesa, **com** os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV), **inclusive o direito à prova.***

*- **Abrangência da cláusula constitucional** do ‘due process of law’.*

(MS 26.358-MC/DE, Rel. Min. CELSO DE MELLO)”
(Segunda Turma, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJe de
20/3/09 – grifos do autor).

Ainda segundo Sua Excelência, qualifica-se como

“causa geradora de nulidade processual absoluta, por ofensa ao postulado constitucional do ‘due process of law’, a decisão judicial que, mediante ‘exclusão indevida de testemunhas’, compromete e impõe gravame ao direito de defesa do réu, sob a alegação de que as testemunhas, embora tempestivamente arroladas, com estrita observância do limite máximo permitido em lei, nada saberiam sobre os fatos objeto da persecução penal ou, então, que a tomada de depoimento testemunhal constituiria manobra meramente protelatória do acusado (RJDTACRIM/SP 11/68-69 – RJTJESP/LEX 117/485 - RT 542/374 - RT 676/300 – RT 723/620 – RT 787/613-614, v.g.).

Em suma: por representar uma das projeções concretizadoras do *direito à prova*, configurando, por isso mesmo, expressão de uma inderrogável prerrogativa jurídica, não pode ser negado, ao réu - que também não está obrigado a justificar ou a declinar, previamente, as razões da necessidade do depoimento testemunhal -, o direito de ver inquiridas as testemunhas que arrolou em tempo oportuno e dentro do limite numérico legalmente admissível, sob pena de inqualificável desrespeito ao postulado constitucional do ‘due process of law’:

‘Prova – Testemunha – Oitiva indeferida por não ter o juiz se convencido das razões do arrolamento – Inadmissibilidade - Direito assegurado independentemente de justificação.

- Não pode o juiz indeferir a oitiva de testemunha, sob pena de transgredir o direito límpido que assiste às partes de arrolar qualquer pessoa que não se insira nas proibidas, independentemente de justificação.’

(RT 639/289, Rel. Des. ARY BELFORT – grifei)

'Cerceamento de Defesa – Inquirição de testemunhas por rogatória indeferida a pretexto de ter intuito procrastinatório – Inadmissibilidade - Preliminar acolhida - Processo anulado - Inteligência do art. 222, e seus §§, do CPP.

- Não é permitido ao juiz, sem ofensa ao preceito constitucional que assegura aos réus ampla defesa, inadmitir inquirição de testemunhas por rogatória, a pretexto de que objetiva o acusado procrastinar o andamento do processo.'

(RT 555/342-343, Rel. Des. CUNHA CAMARGO – grifei)" (grifos do autor).

Inegável, portanto, que a medida levada ao extremo pelo Juízo da 98ª Zona Eleitoral/RJ infringiu a matriz constitucional do **due process of law** (CF, art. 5º, inciso LIV), visto que frustrou a possibilidade de os acusados produzirem as provas que reputam necessárias à demonstração de suas alegações.

Nem ser argumente, por fim, que a faculdade conferida pelo juízo de a defesa apresentar, independentemente de intimação, as testemunhas em audiência a ser designada não causaria prejuízo.

Com efeito, consoante se infere da doutrina, “de nada adiantaria assegurar o direito de arrolar testemunhas sem que, em seguida, fossem tomadas providências para garantir efetiva inquirição”¹(grifos nossos). Assim, “antes da data designada, incube ao juiz determinar a intimação das testemunhas, dando-lhes conhecimento sobre o processo em relação ao qual devem depor, do local em que devem comparecer, do dia e hora da audiência marcada.”²

Em face do exposto, considerando o não exaurimento da instância antecedente e a sua supressão caracterizada, **não conheço desta**

1 **GRINOVER**, Ada Pellegrini; **FERNANDES**, Antonio Scarance; e **GOMES FILHO**, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 9ª ed., São Paulo: RT, 2006, p. 17.

2 Op. cit. p. 176

HC 155363 / RJ

impetração. Todavia, evidenciado patente o constrangimento ilegal, **concedo a ordem de *habeas corpus* de ofício** para, por força da matriz constitucional do **due process of law**, assegurar a oitiva das testemunhas arroladas pela defesa dos pacientes.

É como voto.

Em revisão