



"se as testemunhas arroladas são dos fatos ou de meros antecedentes" (fl. 163), ressaltando que, na última hipótese, "a prova [poderia] ser produzida por juntada de declaração escrita, não sendo necessário ouvi-las em audiência" (ibidem).

A Defesa insistiu na oitiva das testemunhas em audiência, argumentando que "todas as testemunhas arroladas corroborarão com as teses defensivas, de forma que eventual necessidade de antecipação de tais teses, considerando que o mesmo não foi exigido ao Ministério Público, viola a paridade de armas entre defesa e acusação, bem como o contraditório e ampla defesa" (fl. 166). Reiterou o alegado às fls. 170-172.

Sobreveio decisão nos seguintes termos (fl. 173):

"Vistos.

Nenhuma elemento novo fora trazido aos autos que justifique a oitiva de testemunhas de mero antecedentes.

Constato que as declarações também não foram juntadas aos autos, o que permitiria a este juízo avaliar a necessidade de ouvi-las como testemunhas do juízo.

Assim, reporto-me ao já decidido e aguardo a realização da audiência para maiores deliberações."

Contra o referido *decisum*, impetrou-se a inicial deste feito na Corte local, que não conheceu do pedido, em acórdão assim ementado (fl. 252):

"HABEAS CORPUS – PLEITO LIMINAR DE SUSPENSÃO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO, JÁ DESIGNADA, E NO MÉRITO, DE RECEPÇÃO DO ROL DE TESTEMUNHAS DE DEFESA COM BASE NAS EXPLICAÇÕES DADAS À MM<sup>cs</sup>. JUÍZA PARA TAL.

QUESTÃO LIMINAR INDEFERIDA. NO MÉRITO, SITUAÇÃO A ENSEJAR, EM TESE, EMPREGO DE CORREIÇÃO PARCIAL, QUE, PORTANTO, NÃO AUTORIZA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE.

Impetração não conhecida."

Em suas razões recursais, o Recorrente alega, preliminarmente, ser teratológica a decisão recorrida, pois não há qualquer óbice ao conhecimento do *habeas corpus* impetrado no Tribunal estadual. Argumenta que "o *eg. Supremo Tribunal Federal* admite *habeas corpus* em casos em que, a princípio, não se refiram à literal liberdade de ir e vir do indivíduo. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de quebra de sigilo bancário e fiscal, quando seu destino é o de fazer prova em procedimento penal" (fl. 269).

Afirma que a Corte local "não considerou que o indeferimento da oitiva de TODAS as testemunhas de defesa arroladas gera, sim, a possibilidade de resultar em constrangimento à liberdade do recorrente" (fl. 270).

No mérito, aduz estar "completamente impossibilitado de exercer seu direito de produção de prova testemunhal, simplesmente porque a autoridade coatora exigiu, ilegalmente, que a defesa justificasse previamente a necessidade das oitivas, intuindo que se isso não ocorresse, estar-se-ia diante de testemunhas de antecedentes que poderiam ser substituídas por meras declarações escritas" (fl. 273).

Assevera que *"para que alguém seja ouvido como testemunha, não há necessidade que tenha estado presente no momento dos fatos. A legislação não impõe essa limitação e nem o bom senso a justifica"* (fl. 275).

Sustenta que *"o Código de Processo Penal não exige qualquer 'justificação prévia' para a inquirição de testemunhas arroladas no momento processual adequado e dentro do número legal permitido. Tal exigência só encontra guarida em se tratando de testemunha a ser ouvida por Cartas Rogatórias"* (fl. 276).

Ao final, requer *"seja dado provimento ao Recurso Ordinário Constitucional, para que se conceda para que se conceda a ordem do habeas corpus e se determine a oitiva de todas as testemunhas tempestivamente arroladas na Resposta à Acusação do recorrente, independentemente de qualquer justificação sobre o conteúdo de seus depoimentos"* (fl. 277).

O Ministério Público Federal opinou *"pelo conhecimento e desprovimento do recurso ordinário"* (fl. 339).

É o relato do necessário. Decido.

A pretensão recursal é incognoscível.

No voto condutor do julgado ora impugnado, o mérito do pedido defensivo não foi analisado, sob os seguintes fundamentos (fl. 254):

*"2 – No caso vertente, não há que se conhecer da presente impetração, u ma vez que o writ é o remédio a ser empregado, com exclusividade, em situações de ameaça ao direito de ir, vir ou permanecer do impetrante, a teor do que dispõe do artigo 147, do CPP, portanto em cenário bastante distinto do pleito aqui promovido, que, em verdade, não enseja o emprego do habeas corpus, senão, no caso, em tese, de correição parcial, vez que o reclamo diz respeito a tema que caracteriza, de forma clássica, inversão tumultuária na tramitação da ação.*

*Demais, não há que se aplicar aqui o princípio da fungibilidade, que vigora apenas entre recursos, quando o writ tem definição bastante distinta desses, além do que o equívoco promovido na inicial não ensejaria, ainda que fosse pertinente o princípio em tela, a sua aplicação.*

*Isto posto, por maioria, não conheceram da impetração, vencido o Relator sorteado, que denegava a ordem."*

Como se vê, a douta maioria do Colegiado regional não conheceu do pedido veiculado no writ lá impetrado, ao argumento de que **(i)** o habeas corpus só poderia ser empregado em situações de ameaça à liberdade ambulatorial – o que não seria o caso dos autos –, e **(ii)** a pretensão deveria ser alegada em correição parcial. Não houve, portanto, juízo de mérito daquele Tribunal a respeito da nulidade ora suscitada, o que interdita o exame da questão, por parte deste Sodalício, sob pena de indevida **supressão de instância**.

Ressalto que, consoante jurisprudência deste Tribunal, *"até mesmo matéria de ordem pública pressupõe seu prévio exame, na origem, para que possa ser analisada por esta Corte"* (AgRg no HC n. 643.018/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2022, DJe 21/06/2022; sem grifos no original). No mesmo diapasão: AgRg no HC n.

721.270/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 08/03/2022, DJe 16/03/2022; AgRg no HC n. 680.616/ES, Rel. Ministro OLINDO MENEZES – Desembargador Convocado do TRF/1ª Região –, SEXTA TURMA, julgado em 23/11/2021, DJe 29/11/2021, e AgRg no RHC n. 163.808/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/05/2022, DJe 12/05/2022.

Com efeito, "[e]sta Corte Superior de Justiça já se manifestou no sentido de que, mesmo eventual nulidade absoluta, não pode ser declarada em supressão de instância" (AgRg no HC n. 702.124/SC, relator Ministro MESSOD AZULAY NETO, Quinta Turma, julgado em 07/02/2023, DJe 14/02/2023).

**No entanto**, é de rigor a concessão de ordem de ofício.

É que a existência de via própria de impugnação não inviabiliza a impetração de *habeas corpus* para avaliar a legalidade de ato que consubstancia restrição à liberdade de locomoção, ainda que indireta, e que **verse unicamente sobre questão de direito** – como no caso, em que a Defesa alega a ocorrência de nulidade. Assim, a despeito de a legislação processual ordinária prever recurso específico contra decisão proferida por Juiz de primeiro grau, não há no caso óbice ao manejo do remédio heroico – **previsto constitucionalmente**. Em conclusão, a violação do princípio da inafastabilidade da jurisdição constatada na hipótese impõe a concessão de provimento de ofício, em razão da ilegal conclusão de que o *habeas corpus* não é cabível.

Cito os seguintes julgados, *mutatis mutandis*:

**"FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA. ORDEM PÚBLICA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA NO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

1. Não é ilegal o encarceramento provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar, especialmente em elemento extraído da conduta perpetrada pelo acusado, qual seja, o modus operandi do crime de homicídio qualificado, que evidenciou sua periculosidade, demonstrando a necessidade da prisão para a garantia da ordem pública.

2. A matéria relativa ao trancamento da ação penal, a despeito de agitada, não foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. Tendo em vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição, de rigor, seja determinado ao Tribunal local que aprecie, de acordo com os limites objetivos do mandamus originário, o tema lá deduzido.

3. Writ parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado. Ordem concedida, de ofício, para que o Tribunal de origem examine especificamente a questão atinente ao trancamento da ação penal." (STJ, HC 381.128/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 17/03/2017; sem grifos no original.)

**"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO APRECIÇÃO NA IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA QUANTO À SUPOSTA NULIDADE DA CONDENAÇÃO POR**

*AUSÊNCIA DE DEFESA. DEVOLUÇÃO À CORTE DE ORIGEM. PEDIDO PRÉVIO DE INTIMAÇÃO PARA SUSTENTAÇÃO ORAL. NÃO ATENDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

2. *Constata-se a nulidade do julgamento do writ impetrado perante o Tribunal de origem, uma vez que a Corte local deixou de enfrentar a suposta nulidade da condenação do paciente pelo Conselho de Sentença, por ausência de defesa, ao argumento de não ser o habeas corpus a via adequada para tal exame, contudo é inviável a apreciação do tema diretamente por esta Corte superior, sob pena de indevida supressão de instância. Assim, a solução cinge-se em determinar que o Tribunal de origem aprecie, como entender de direito, o mérito do habeas corpus originário, ofertando a devida prestação jurisdicional. Precedentes.*

[...]

5. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para decretar a nulidade do julgamento do HC n. 2062552-69.2020.8.26.0000, a fim de que outro seja proferido, com o enfrentamento das teses trazidas pelo paciente como entender de direito, após a devida intimação da defesa para que ela possa exercer o direito à sustentação oral." (STJ, HC 615.947/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/10/2020, REPDJe 12/11/2020, DJe 03/11/2020; sem grifos no original.)*

Por relevante, ressalto, que consignei **idênticas ponderações no julgamento de caso muito semelhante ao sub judice** (PET no HC n. 735.980, Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJe de 19/05/2022).

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do recurso ordinário. Todavia, CONCEDO ordem de *habeas corpus ex officio*, para cassar o acórdão proferido no julgamento do HC n. [REDACTED] e determinar à Corte de origem a reapreciação *incontinenti* do pedido formulado na inicial deste feito, como entender de direito, mas afastada a conclusão de que a pretensão somente poderia ter sido formulada na via recursal própria.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 09 de agosto de 2023.

Ministra LAURITA VAZ  
Relatora