

## RELATÓRIO

### **O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS OLAVO (RELATOR):**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Luciano Salles Chiappa, em favor de LAUDNIR LINO ROSSI, contra ato do MM. Juiz Federal da 2ª Vara Criminal da Seção Judiciária de Mato Grosso, praticado nos autos da ação penal n. 2007.36.00.010735-2.

O impetrante alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal em razão do indeferimento dos seguintes pedidos:

a) reinquirição da testemunha arrolada pela defesa, porquanto foi ouvida no juízo deprecado sem a presença de advogado.

b) expedição de diversos ofícios a diferentes órgãos, na fase do artigo 402 do Código de Processo Penal.

Aduz que o r. Juiz indeferiu o primeiro pedido com fundamento no art. 563, do CPP: *“Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para acusação ou para a defesa.”*

Sustenta que o segundo requerimento foi também indeferido, ao fundamento de que se referia a fatos que já eram do conhecimento das partes e poderiam ter sido pleiteados antes da instrução, o que ofenderia o novo art. 402 do CPP.

Requer seja o processo anulado e renovado, a partir da oitiva da testemunha Vilmar Gianchini, com fulcro no artigo 648, inciso VI, do Código de Processo Penal, bem como a decisão que indeferiu os requerimentos formulados pela defesa na fase do artigo 402, CPP.

A liminar foi deferida parcialmente para suspender o interrogatório do réu, até que a testemunha seja novamente inquirida, na presença de defensor constituído ou nomeado pelo juízo.

Solicitadas, as informações foram prestadas às fls. 75/76.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls.91/93, oportunidade em que o Procurador Regional da República Paulo Vasconcelos Jacobina opinou pela concessão parcial da ordem, somente quanto à reinquirição da testemunha.

É o relatório.

## VOTO

**O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS OLAVO (RELATOR):** O impetrante pretende a anulação e a renovação da ação penal, a partir da oitiva da testemunha, ao fundamento de que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, tendo em vista que a audiência realizou-se no juízo deprecado, sem a presença de advogado.

Requer, também, a reforma da decisão que indeferiu os requerimentos formulados na nova fase do artigo 402 do CPP, alegando falta de fundamentação fática de cada um dos itens **ou** que seja anulada a referida decisão, já que o paciente não foi interrogado para a adequação ao novo rito processual, o que ofende o princípio da ampla defesa e do devido processo legal, pela inversão dos atos processuais.

Analisando os autos, vislumbro inobservância da regra contida no artigo 265, § 2º do Código de Processo Penal, por isso que assiste razão ao impetrante, no que se refere ao pleito de nova oitiva da testemunha de defesa Vilmar Gianchini, cuja inquirição ocorreu no Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Cláudia/MT, sem a presença do advogado constituído e sem nomeação de defensor para o ato, participando da audiência somente o magistrado, o membro do Ministério Público e a mencionada testemunha (fls.47/49).

Logo, a testemunha deverá ser reinquirida, na presença de advogado – constituído ou nomeado – e o réu, ora paciente, reinterrogado somente após a produção da referida prova testemunhal.

Quanto ao pedido de diligências, constato a necessidade de reexame dos fatos e das provas que envolvem a questão, para se chegar – ou não - a entendimento diverso da decisão atacada, porquanto a análise de eventual inobservância à regra do artigo 402 do Código de Processo Penal demandaria o revolvimento de matéria fática, inadmissível nesta verdadeira via de atalho em que a ação constitucional de habeas corpus consiste.

Em verdade, a decisão do r. Juiz da 2ª Vara de Mato Grosso que indeferiu as diligências requeridas pelas partes, tanto do Ministério Público Federal quanto da defesa, acha-se devidamente fundamentada, satisfazendo por inteiro a exigência do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, porquanto foi assim prolatada (fls. 62/66):

*“(…) Primeiramente, deve ser ressaltado que a fase procedimental do artigo 499, do CPP, atualmente revogada, servia para que as partes requeressem diligências, cuja necessidade ou conveniência se originasse de circunstâncias ou de fatos apurados na instrução.*

*Já a dicção da nova redação do art.402 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.719/08, é muito clara, isto é, as partes “poderão requerer diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução.”*

*Em outras palavras, a origem da necessidade da diligência deve surgir das circunstâncias ou fatos apurados na audiência de instrução e julgamento.*

*No presente caso, não houve audiência, entretanto as diligências requeridas tanto pelo Ministério Público Federal, quanto pelo réu LAUDNIR LINO ROSSI se referem a fatos que já eram do conhecimento das partes e poderiam ter sido pleiteadas antes da instrução.*

*(…) Entretanto, no tocante à reinquirição do acusado (item 7, fls. 1327), considerando as alterações introduzidas pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, defiro o requerimento, designando audiência para o dia **05/08/2010, às 14: 45 horas.**”*

Além do mais, imperioso registrar que o deferimento de diligências formuladas pelas partes submete-se ao prudente arbítrio do magistrado, cuja decisão, satisfatoriamente motivada, há de considerar o conjunto probatório já existente nos autos.

Com efeito, não vislumbro a existência de afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório ou ao devido processo legal.

Trago à colação jurisprudência dos Tribunais Superiores acerca da matéria ora em julgamento:

*“EMENTA: HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PELO CERCEAMENTO DE DEFESA DECORRENTE DO INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. INOCORRÊNCIA. Na fase do art. 499 não se tem a renovação da instrução criminal. Pelo que ao juiz do processo é conferido o poder de decidir sobre a conveniência e a prescindibilidade da produção de outras provas, a par das que já foram coletadas. Decisão regularmente fundamentada. Habeas Corpus indeferido.”*

*(STF, HC 87728 / RJ, Relator(a) Min. CARLOS BRITTO, DJ 22-09-2006 PP-00398)*

*“PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PORTE OU POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. DILIGÊNCIAS. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA INADEQUADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*

*1. Uma vez estipulado o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena, mostra-se incompatível com a condenação a manutenção da custódia cautelar para negar ao paciente o apelo em liberdade.*

*Precedentes do STJ.*

*2. A pretensão de declaração de nulidade por cerceamento de defesa demanda revolvimento do conjunto fático-probatório, procedimento vedado em sede de habeas corpus.*

*3. "O deferimento de diligências é ato que se inclui na esfera de discricionariedade regrada do Magistrado processante, que poderá indeferi-las de forma fundamentada, quando as julgar protelatórias ou desnecessárias e sem pertinência com a instrução do processo, não caracterizando, tal ato, cerceamento de defesa" (HC 99.964/MT, Rel.*

*Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 1º/6/09).*

*4. Recurso parcialmente provido a fim de que o recorrente aguarde o julgamento do recurso de apelação em liberdade, se por outro motivo não estiver preso.”*

*(RHC 27065/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 04/05/2010, DJe 21/06/2010)*

Assim, não há que se falar em anulação da decisão que indeferiu as diligências requeridas na antiga fase processual do artigo 499 ou do atual artigo 402, do Código de Processo Penal, haja vista que o impetrante não demonstrou, de plano, a imprescindibilidade das diligências requeridas e o juiz do processo fundamentou satisfatoriamente sua decisão.

Diante da inocorrência de cerceamento de defesa e ofensa ao devido processo legal, não vislumbro a existência de constrangimento ilegal, razão pela qual indefiro a ordem para anular a decisão que indeferiu os requerimentos formulados pela defesa do paciente na fase processual prevista no artigo 402 do Código de Processo Penal.

Confirmo a liminar deferida às fls.69/70 e concedo parcialmente a ordem de habeas corpus para determinar a reinquirição, antes do interrogatório do paciente, da testemunha Vilmar Giachini, arrolada pela defesa na ação penal n. 2007.36.00.010735-2, na presença de advogado constituído ou de defensor substituto nomeado pelo respectivo juízo que presidir a audiência.

É como voto.