

Supremo Tribunal Federal

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Habeas Corpus n° 73.425 - PR
(Segunda Turma)

Relator: *O Sr. Ministro Maurício Corrêa*

Pacientes: *Ata Hammoud e Saadallah Mehdi Ayoub*

Impetrantes: *Rene Dotti e outros*

Coator: *Tribunal Regional Federal da 4ª Região*

Habeas Corpus. Alegação de nulidade de depoimento prestado por promotor de justiça que participou, na polícia, do ato da prisão em flagrante: inexistência. Princípio da isonomia processual comprometido pelo excesso de testemunha da acusação: inoportunidade de prejuízo. Sentença fundamentada em outros elementos da prova: impossibilidade de exame no writ.

1. O membro do Ministério Público estadual que assiste à lavratura do auto de prisão em flagrante, convidado pela autoridade policial para assegurar a legalidade do ato, não está impedido de prestar depoimento, na fase de instrução penal, reportando-se aos fatos que ouviu quando dos depoimentos dos depoimentos prestado na fase investigatória.

2. Se a jurisprudência do STF já assentou que não configura impedimento de Promotor de Justiça, que acompanhou inquérito policial, para em seguida oferecer denúncia (RHC 61.110, *DJ* de 26-8-83, e HC 60.364, *DJ* de 13-5-83), com muito mais razão e propriedade poderá prestar depoimento do que antes presenciara, se outro foi o Promotor de Justiça que firmara a peça acusatória.

3. Inaplicabilidade, no caso, da norma contida no artigo 252 do CPP, que diz respeito às hipóteses em que o juiz não poderá exercer a jurisdição.

4. Se o juiz ouviu uma testemunha a mais além do limite para acusação do que para a defesa, mas a essa facultou que também o fizesse, precluindo o direito, não pode alegar posteriormente cerceamento de defesa, se inclusive não emprestou qualquer valia ao depoimento deduzido pela testemunha excedente. Violação do princípio isonômico que não se caracterizou.

5. Sentença que se funda no conjunto probatório e não apenas no depoimento contraditado, para se avaliar que peso teve no convencimento do juiz, traduz-se em revolvimento probatório,

circunstância que torna imprestável e inviável a via estrita do *habeas corpus*.

Habeas corpus que se conhece, mas a que se nega deferimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros componentes da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, indeferir o *habeas corpus*.

Brasília, 30 de abril de 1996 - Néri da Silveira, Presidente - Maurício Corrêa, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Maurício Corrêa: Cuida-se de *habeas corpus* impetrado pelos ilustres advogados René Dotti, Breno Brandão Elias Mattar Assad e José Arrabal, em favor de Ata Hammoud e Saadallah Mehdi Ayoub, objetivando desconstituir acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que, em sede de apelação criminal, deu provimento parcial aos recursos dos pacientes, absolvendo-os do crime de associação criminosa, reduzindo as penas que lhes foram impostas pela sentença de primeiro grau, de 11 (onze) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e multa, para 6 (seis) anos de reclusão e multa por infração ao art. 12 da Lei nº 6.368/76.

São dois os fundamentos do *writ*, deduzidos desde a fase de instrução da ação penal, à luz dos quais os impetrantes pretendem a concessão da ordem:

a) ilegalidade consubstanciada na oitiva de Promotor de Justiça que, tendo atuado no inquérito policial, veio a ser arrolado como testemunha na exordial acusatória;

b) excesso ilegal no número de testemunhas arroladas pela acusação e conseqüente violação ao princípio da isonomia.

Sustenta a impetração que a inquirição da testemunha Ourival Santos filho, que exerce o cargo de Promotor de Justiça e que no exercício das funções ministeriais atuou na fase de inquérito, contraria o art. 252, II, c/c os arts. 112 e 258, todos do Código de Processo Penal, configurando tal prova nulidade absoluta, em razão do impedimento, o que enseja a anulação de todo o processo a partir do depoimento da referida testemunha que "foi crucial para a formação do conhecimento do Juiz *a quo*".

No discorrer da tese esposada, salientam os impetrantes:

"35. O sistema do processo penal brasileiro, orientado pelas normas constitucionais, integrado pela analogia e pelos princípios gerais de Direito e admitindo a

interpretação extensiva, consagra o princípio da separação das atribuições entre os sujeitos do processo e os sujeitos no processo. Os papéis reservados ao juiz, ao órgão do Ministério Público e ao advogado são claramente estabelecidos na lei fundamental e na legislação ordinária de maneira a não gerar dúvida ou confusão quanto à natureza e aos respectivos limites de atuação.

36. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que tenha servido como testemunha (CPP, art. 252). Este impedimento, por expressa disposição legal, estende-se ao órgão do Ministério Público (CPP, art. 258).

(...)

38. Quanto a forma visa preservar interesse da ordem pública - como no *princípio de separação das atribuições* dos sujeitos processuais -, a sua violação constitui nulidade absoluta. E as nulidades absolutas "não exigem demonstração do prejuízo, porque nelas o mesmo é evidente".

39. Aos membros do Ministério Público se estendem as incompatibilidades e os impedimentos assinados para os juízes. E uma dessas hipóteses legais decorre da proibição do exercício da jurisdição ao magistrado que, no mesmo processo, tenha servido como testemunha (CPP, art. 252, II).

Interpretando a disposição acima e aplicando o *princípio da separação das atribuições*, a jurisprudência tem se orientado em não admitir a *dublagem* entre o Promotor e a testemunha."

Aduz, no segundo fundamento, que o art. 22 da Lei nº 6.368/76 estabelece o limite máximo de cinco testemunhas a serem arroladas pelo Ministério Público; não obstante, foram arroladas pela acusação seis testemunhas que não são meramente informantes ou referidas, mas sim numerárias, não havendo prova de que nenhuma delas foi ouvida por exclusiva iniciativa do Juiz.

E acrescenta:

"23. É certo que a defesa do primeiro paciente arrolou oito testemunhas numerárias e mais três informantes. Mas, na audiência de instrução e julgamento, o Dr. Juiz determinou que o número fosse reduzido para 5 (cinco) e assim se fez, embora as demais tivessem comparecido para depor. E essa decisão foi, tecnicamente, correta.

24. A deliberação judicial, ouvindo uma testemunha de acusação além do limite máximo e não concedendo a mesma franquia para a defesa, violou, inescusavelmente, o princípio constitucional de isonomia (art. 5º), incidente no campo do processo penal sob a garantia do *equilíbrio de armas* entre as partes.”

Conclui com pedido de concessão da ordem, para o fim de ser declarada a nulidade do processo a partir da inquirição da testemunha Ourival Santos Filho.

Solicitadas as informações, prestou-as, às fls. 31 *usque* 64, o Juiz Presidente do Tribunal apontado como coator.

Oficiando às fls. 66/76, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Natal Batista, opina pelo indeferimento do pedido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Maurício Corrêa** (Relator): como consta do Relatório, duas são as teses esposadas pelos impetrantes, objetivando a anulação do processo a partir do *depoimento* de uma das testemunhas arroladas pela acusação: a) a da ilegalidade consubstanciada na oitiva de Promotor Público que, tendo atuado no inquérito, veio a depor, como testemunha, no curso da ação penal originada do mesmo inquérito; b) a do excesso do número de testemunhas de acusação, em desigualdade com o que foi permitido para a defesa.

Respondo, em primeiro lugar, à segunda tese do pedido.

Quanto à questão do excesso levantada pelos impetrantes a respeito de maltrato ao princípio da isonomia processual, porque a acusação teria ouvido mais testemunhas do que a defesa, parece-me não lhes socorrer a pretensão. É mais do que consabido que o Juiz “formará sua convicção pela livre apreciação da prova” (CPP, art. 157). O que se vê da sentença é que toda a prova, tanto da defesa, quando da acusação, foi minudentemente examinada. Desse conjunto probatório composto nos autos, não se infere haja dado o magistrado maior potencialidade ou valoração a propósito do resultado a que buscou tão-somente porque ouviu uma testemunha a mais, mas sim do elenco dos diversos depoimentos e de outros elementos fáticos coletados nos autos para chegar à conclusão do *decisum*.

Com efeito, o Juiz, ao que se vê dos autos, em igualdade de condições, também assegurou aos impetrantes o direito de arrolar o mesmo número de testemunhas, que só não se deu em face de formal desistência de suas oitivas pelos interessados na defesa. Ademais, como posto na sentença, na oportunidade não houve nenhuma manifestação em sentido contrário, realizando-se a

audiência de instrução e julgamento sem nenhum protesto. De resto, porque de fato desconheço qualquer dispositivo legal que expressamente vede esta faculdade, tendo a jurisprudência já reconhecido que o Juiz pode ouvir outras testemunhas, sobretudo aquelas a seu juízo convenientes ou aquelas referidas no curso do processo, tudo, aliás, em sintonia com o que prescreve o artigo 209 do Código de Processo Penal, e, por isso mesmo, indefiro a ordem, nesta parte.

Quanto à primeira das teses sustentadas pelos ilustres advogados, que perseguem a nulidade do processo, a partir do depoimento de testemunha que, na condição de membro do Ministério Público estadual, participou do inquérito policial, no ato da flagrância, creio comportar um exame mais circunstanciado, merecendo, para uma melhor compreensão da *quaestio iuris*, proceda-se a leitura da primeira parte do Relatório contido nos autos do acórdão proferido na apelação julgada pelo Tribunal *a quo*, em que a Relatora sintetiza, com a transcrição de parte da denúncia, os fatos que deram causa à ação penal (fls. 48/50), *verbis*:

“Há aproximadamente dois meses, o ora denunciado - Saadallah foi até a cidade de Quedas do Iguaçu, PR, juntamente com terceira pessoa não identificada. Lá fez contato com o denunciado Elio, propondo-lhe que adquirisse a droga conhecida como cocaína e a trouxesse até a cidade de Paranaguá, pois aqui tinha “esquema” para mandá-la para o exterior, mais precisamente para o Líbano. Aceita a proposta por Élio, ficou acertado, entre ambos, que Saadallah pagaria o preço de US\$ 5.000 (cinco mil dólares) por quilo, colocada nesta cidade de Paranaguá-PR. Seguidamente Élio, Nilson e Carlos, após acertarem previamente quanto cada um receberia na operação, associaram-se para a prática do crime e, usando veículo marca Ford, tipo Escort XR-3, cor preta, placa TK - 3227 de Cascavel-PR, registrado em nome de Ademir de Oliveira, mas de propriedade de fato do denunciado Carlos, foram até a cidade de San Martin, no vizinho país da Bolívia, onde adquiriram doze tijolos da droga cocaína, com aproximadamente 1 Kg cada um, ao preço de US\$ 1.800 (hum mil e oitocentos dólares) o kg. A droga foi acondicionada nas laterais traseiras internas do veículo e, no dia 12 do corrente, deslocaram-se Élio, Nilson e Carlos, com dito automóvel e a droga, até esta cidade, hospedando-se no Hotel Graciosa. No dia seguinte, todos deslocaram-se até o balneário Praia de Leste, nesta Comarca, onde previamente combinado, encontraram-se com os denunciados Saadallah e Ata, a quem fizeram a entrega da droga, que foi escondida em

um quarto ao lado da churrasqueira da casa do pai de Ata, recebendo, Élio, de imediato, o equivalente a US\$ 10.000 (dez mil dólares), como parte do pagamento. Aproximadamente dois dias após, os denunciados Saadallah e Ata efetuaram o pagamento de mais Cr\$ 1.400.000 (hum milhão e quatrocentos mil cruzeiros reais) ao denunciado Nilson. Ao contínuo Nilson, no dia 18 do corrente (fl. 22), remeteu dita importância, via Banestado para sua conta no mesmo estabelecimento em Quedas do Iguaçu. Na seqüência, tendo em vista que os denunciados Saadallah e Ata não conseguiram todo o dinheiro para o pagamento da cocaína, devolveram a Élio, Nilson e Carlos quatro tijolos de dita droga, que foram escondidos no interior do guarda-roupa do apto. 216 do Hotel Graciosa, que ocupavam, sendo, no dia 19 deste mês, apreendida pela autoridade policial, juntamente com os denunciados Saadallah e Élio que ali estavam. Os outros seis tijolos da droga foram apreendidos na casa de Praia de Leste, indicada pelos denunciados (fl. 20). Os denunciados Carlos e Nilson receberam as importâncias de CR\$ 1.000.000,00 e CR\$ 500.000,00, respectivamente, pela empreitada criminosa. A droga apreendida, submetida a exame, constatou-se ser a denominada cloridrato de cocaína, substância tóxica entorpecente, que causa dependência física/psíquica e que os denunciados tinham em depósito, após importá-la da Bolívia, com a finalidade de exportá-la para o Líbano, onde seria vendida ao preço de US\$ 20 a 25.00 (vinte a vinte e cinco mil dólares) o kg, sem autorização e em desacordo com determinação legal." E prossegue a juíza, "a denúncia foi apresentada por Promotor Público da cidade de Paranaguá, perante o Juízo de Direito da Vara Criminal da mesma Comarca, em 29 de outubro de 1993. A peça acusatória vem acompanhada do auto de prisão em flagrante dos denunciados Élio Paukner, Saadallah Mehdi Ayoub, Nilson Pedro Teles e Carlos Alberto da Luz Damasceno. Presenciou os depoimentos colhidos por ocasião da lavratura do flagrante o Promotor Público Ourival Santos Filho. O denunciado Ata Hammoud, que não foi preso em flagrante, foi interrogado pela autoridade policial, estando o termo do interrogatório à fl. 54. Foi juntado o laudo de constatação da natureza da substância apreendida à fl. 29. Por despacho fundamentado e datado de 5 de novembro de 1993,

juntado às fls. 137/139, a denúncia foi recebida e decretada a prisão preventiva de Ata Hammoud”.

Como resultado do que se narrou, observa-se que, por época da prisão em flagrante, entendeu a autoridade policial de convidar um dos promotores lotados na Comarca a fim de acompanhar os depoimentos.

Mais tarde, perante a autoridade judiciária, tendo sido essa testemunha arrolada pela acusação, houve contradita desse depoimento, sob a alegação de que o membro do Ministério Público, que tenha assistido a inquérito policial, está impedido para depor a respeito de ato do qual participou. Repeliu-a o Juiz sentenciante, igualmente fazendo-o o acórdão *a quo*, como se vê do voto, nesta parte prevalecente, da Relatora da Apelação perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Juíza Luiza Dias Cassales (fls. 58/59), *verbis*:

“ Fixa-se a desconformidade do apelante no fato de que Ourival Santos Filho assistiu aos depoimentos do flagrante como representante do Ministério Público Estadual e objetivando a lisa de prisão em flagrante. Em princípio, o Promotor Público pode atuar como testemunha (art. 202 do CPP). O art. 252 do CPP, a que se refere o apelante, diz respeito aos casos em que o juiz não poderá exercer a jurisdição. O art. 258 do mesmo diploma legal estabelece que: “os órgãos do Ministério Público não funcionarão nos processos em que o juiz ou qualquer das partes for seu cônjuge ou parente, consangüíneos ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, a eles se estendem no que lhes for aplicável, as prescrições relativas à suspeição e aos impedimentos dos juízes”. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF, RTJ107/98) é no sentido de que o Promotor de Justiça que, designado, funcionou no inquérito policial, pode oferecer denúncia. No caso, a denúncia não foi oferecida pela testemunha contraditada. O Promotor Público em referência, como se viu, apenas assistiu à tomada dos depoimentos por ocasião do flagrante, exatamente para garantir sua legalidade. Ora, se o Órgão do Ministério Público designado para funcionar no inquérito policial, segundo decisão da Suprema Corte, pode oferecer denúncia, com muito maior razão poderá prestar depoimento na instrução criminal. De mais a mais, a sentença fundou-se no conjunto das provas das quais o depoimento de Ourival é apenas um dos elementos.”

Na bem elaborada petição inicial, os impetrantes, de forma competente, sustentam a ilegalidade da prova obtida mediante coleta de depoimento de representante do Ministério Público estadual, que antes assistira à fase inicial do inquérito policial, sob a alegação de que vulnera os artigos 252, II, c/c os artigos 112 e 258 do CPP e artigo 22 da Lei nº 6.368/76.

Não me parece que a hipótese dos autos estaria a recomendar a aplicação desses dispositivos. Anote-se, contudo, antes, que a presença do Promotor para acompanhar a lavratura do flagrante se deu em virtude de convite do Delegado de Polícia de Paranaguá, com o escopo de assegurar, com sua presença, a legalidade dos atos, sobretudo o desenrolar dos depoimentos, para que, afinal, não se alegasse qualquer violação à regularidade processual. Em nenhum momento, como registrado à fl. 443, fez qualquer interferência nos trabalhos ou requereu qualquer diligência, limitando-se apenas a assinar os respectivos termos.

A primeira pergunta que se impõe formular seria a de saber se, posteriormente convocado para depor, já na fase judicial, seria o seu depoimento imprestável, ilegal, a ponto de comprometer toda a prova, a gerar a nulidade de todos os atos praticados a partir de seu depoimento em juízo!?

Como já suficientemente analisado nas instâncias ordinárias, tem a jurisprudência desta Corte entendido que a autoridade policial que participou de inquérito policial não está impedida para oferecer denúncia, com relação a fato delituoso em cuja fase inquisitiva esteve presente. De fato assim assentou esta Corte no julgamento do RHC 61.110, rel. Min. Rafael Mayer (*DJ* de 26-8-83, p. 12714), *verbis*:

"Inquérito policial. Atuação do Ministério Público. Oferecimento da denúncia.

É pacífico o entendimento segundo o qual a atuação do Ministério Público, na fase do inquérito policial, tem justificativa na sua própria missão de titular da ação penal, sem que se configure usurpação da função policial, ou venha a ser impedido a que ofereça denúncia. Denúncia. Tipicidade penal. Descrição suficiente. A denúncia descreve fato típico criminal e atende às exigências da lei processual, propiciando que a defesa se exercite amplamente, sem que se possa, portanto, acoimá-la de inepta. Recurso de *habeas corpus* improvido."

Da mesma forma, assim julgou este Tribunal ao apreciar do HC 60.364, Rel. Min. Soares Muñoz (*DJ* de 23-5-83, p. 6498) e RHC 51.449, Rel. Min. Thompson Flores (*DJ* de 30-11-73).

Com a amplitude das prerrogativas do Ministério Público, hoje consagradas no texto constitucional (CF, art. 129), e a definição posta no inciso IV do

artigo 26 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que permitem a *Parquet* a requisição de diligências investigatórias e a instauração de Inquérito Policial, podendo inclusive acompanhar esses atos, seria inconcebível e írrito imaginar que a simples presença física de um seu representante estaria a vedar-lhe o depoimento, sobre confissões que livremente foram prestadas na fase policial e negadas posteriormente.

No caso, frise-se, a denúncia fora oferecida por outro Promotor, tanto mais que a própria defesa de Ata Hammoud (fls. 442/443), um dos pacientes, relegando qualquer valia ao depoimento prestado, asseverou que “nada de relevante informou”.

Como muito bem já exposto nas decisões originárias, se o Promotor que funcionou no inquérito policial pode oferecer denúncia, evidentemente que poderá servir como testemunha do que presenciou, pois quem pode o mais, pode o menos.

Esta impetração não se presta paradigmaticamente como amostragem para que a tese nela veiculada se exaure. Embora convencido de que a melhor doutrina deva ser conduzida para convalidar depoimentos prestados por Promotor de Justiça, como exhibe tipicamente a hipótese presente, não será esta, contudo, a situação em que o tema se complete à sua definitiva interpretação, como tese para uma boa discussão.

Impossível dissociar-se do conteúdo deste *writ* a exuberância de um farto material probatório que, independente do solitário testemunho impugnado, ressalta constituir-se de base autônoma e suficiente para a manutenção da decisão impugnada.

Sagaz se mostra a inteligência desse pedido que, para alcançar a nulidade do processo e via de conseqüência a soltura dos pacientes, em subestima do resto, como que se não remanescessem provas outras que por si mesmas seriam conducentes à inadequabilidade do rito mandamental. Tal é a sublimação perseguida, que se deixou ao oblvio, por exemplo, os depoimentos prestados por quatro dos co-réus, que, em uníssono, confirmam os termos da denúncia, tal como vista no Relatório que antes tive a oportunidade de ler e que coonestam os fatos ocorridos.

Também intactos ficaram todos os depoimentos das diversas testemunhas, que, igualmente em harmonia, confirmam os fatos narrados na *opinio delicti*; do laudo de constatação que confirma a apreensão de volumosa quantidade de cocaína; além do depoimento do pai do primeiro paciente, Mohamad Ahmad Hammoud – proprietário da casa de praia, em Cidade de Leste, onde a mercadoria foi apreendida – que desmonta o álibi engendrado na fase instrutória (fl. 464, sentença).

Sr. Presidente, a sentença condenatória é pormenorizada na descrição dos fatos e em sua fundamentação ao longo de suas 47 laudas. Depois de comentar trecho por trecho de mais de uma dezena de depoimentos, sobre o envolvimento comprovado dos pacientes, arremata: “as demais testemunhas

ouvidas por este Juízo ratificam esses depoimentos e seria demasiadamente cansativo, enfadonho e principalmente desnecessário transcrever mais depoimentos” (fl. 459) e em seguida conclui (fl. 460): “as provas testemunhais nada inventaram, relatando o que viram e ouviram dos envolvidos. São depoimentos idôneos, coerentes com o conjunto probatório dos autos”.

Donde se conclui não ser possível, até mesmo abstraindo-se do exame aprofundado da tese invocada nesta parte do pedido, para chegar-se à conclusão de que a condenação não se deu isoladamente pelo depoimento do Promotor, tanto que desprezado pela defesa, mas sim por um rico manancial de provas, para cuja conclusão condenatória, seguramente não foi o depoimento do representante ministerial o substrato indispensável.

Não vejo como possa anular o processo, nos moldes do pedido, pois, até mesmo para se mensurar o valor probatório do que o testemunho impugnado significou, teria eu que adentrar prospectivamente na análise de toda a matéria de fato em si mesma, o que, como curial, não se é permitido nos limites do procedimento mandamental

Faz menção a inicial a dois precedentes - na verdade um só exemplo - que seriam adaptáveis à tese aqui sustentada, o primeiro do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o outro do STJ, que é recurso especial originário do primeiro. Não posso afirmar que as teses sejam as mesmas, até porque esses julgamentos foram produzidos antes do advento da atual Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que é de 93, que ampliou no inquérito policial a ação do Promotor, enquanto que os paradigmas referidos são posteriores, o do Tribunal de Justiça de São Paulo é de 1990 e o do STJ, de 1992, conforme se vê nos rodapés das fls. 7 e 10 da inicial.

Cediço é que, em matéria de julgamento, cada caso é realmente um caso. Começo por diferenciar até no volume de páginas entre os dois depoimentos, ou seja, o do Promotor Ourival, destes autos, tem singelas três laudas, e está em harmonia com uma série de outros depoimentos, e o do Promotor dos autos do paradigma contém 17 laudas, e não se sabe seu exato teor.

No exercício dessa minha judicatura tenho procurado julgar segundo a lei e a minha consciência. Observo que, nesta densa carga de *habeas corpus* que decidimos semanalmente neste Tribunal, em grande parte, os delitos estão relacionados com entorpecentes. E o mal, como se sabe, em geral, não é do usuário-dependente, que é vítima, mas dos que agitam a rede e o mercado ilícito das drogas: os traficantes. Afinal, aqui, são 12 barras de cocaína que deixaram de ser exportadas para aumentar a desgraça humana, cuja apreensão se deu de forma correta e em que os direitos dos que responderam a ação foram integralmente assegurados, respeitando-se o devido processo legal.

Assim sendo, na linha do pronunciamento do Ministério Público Federal, cuja manifestação está assinada pelo Dr. Wagner Natal Batista, conheço desta impetração, mas indefiro a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sr. Presidente, duas são as causas de pedir lançadas na inicial desse *habeas corpus*, conforme, aliás, foi salientado da tribuna.

A primeira diz respeito às testemunhas arroladas, ao balizamento numérico contido na Lei de Entorpecente, relativamente à possibilidade de serem arroladas testemunhas, quer pela defesa, quer pela acusação. Não há a menor dúvida de que temos a incidência de uma norma especial, prevendo em cinco o número de testemunhas. Na espécie dos autos, o Estado-acusador, ao invés de observar esse número, adotando postura exemplar que tanto convém ao Estado, foi adiante e arrolou seis testemunhas, ouvidas pela iniciativa, repito, do Estado-acusador. Não tenho como fechar os olhos a essa realidade e colocar em plano secundário o fato para potencializar a regra do artigo 502 do Código de Processo Penal. O preceito cogita das diligências a serem implementadas por iniciativa do órgão investido do ofício judicante. Uma coisa é a iniciativa das partes, e o Estado-acusador é parte, assim como a defesa e o acusado. Algo diverso, diametralmente oposto, é a prerrogativa dada ao julgador quanto à oitiva, à audição de testemunhas.

No particular, tenderia a concluir que a sentença seria nula. Ocorre que o Senhor Ministro Relator ressaltou a problemática alusiva à preclusão. O tema não teria sido empolgado oportunamente e, então, estamos diante não de uma nulidade absoluta, mas de uma nulidade relativa, por desatendimento à forma prevista na ordem jurídica. Portanto, creio que a impetração não prospera.

Surge a segunda questão que, para mim, ganha contornos suficientes a dizer-se da nulidade absoluta. Um membro do Ministério Público foi convidado a presenciar a lavratura do flagrante e subscreveu essa peça como integrante do órgão; subscreveu essa peça embrionária da ação penal, como Estado-acusador. Posteriormente, não estando mais a atuar na Comarca, funcionando um outro promotor público, foi arrolado como testemunha. Poderia ele, promotor que participara do inquérito, vir a testemunhar contra os acusados na ação decorrente desse mesmo inquérito?

Não há precedente na Corte sobre a matéria. Uma coisa é o promotor atuando na própria função que lhe é reservada por lei, tendo em conta a qualificação que possui; ele pode, evidentemente, acompanhar o flagrante e, depois, apresentar a inicial da ação penal, a denúncia. O que me parece impossível é agasalhar-se essa participação tão antagonica, que é a concernente ao acompanhamento de um processo, embora administrativo e inquisitório e, posteriormente, atuar na ação penal que se mostre fruto desse inquérito, como testemunha.

No caso dos autos, a sentença é claríssima: o Juízo se dispensou até de fazer remissão aos demais depoimentos existentes, potencializando o depoimento desse promotor. E mais ainda, deu valia, a ponto de robustecer,

com isso, o convencimento pessoal, ao que colhido na fase administrativa, na fase do inquérito, porque o foi com a presença de um membro do Ministério Público, que mais tarde, veio a ser testemunha de acusação.

As colocações, sob a minha óptica, são inconciliáveis. Não importa, na espécie, que tenhamos o envolvimento de acusação das mais sérias. As garantias concernentes ao devido processo legal quase sempre são articuladas em defesa de pessoas que não têm uma vida pregressa irreprochável, incensurável. Nós outros, cidadãos comuns, não precisamos nos valer dessas garantias, existentes, justamente, para a defesa daqueles que estejam sendo acusados. A sociedade tem interesse na punição dos que cometem delitos, mas acima de tudo ela tem interesse no respeito à organicidade do processo, às formas impostas pela ordem jurídica em vigor, no que acarretam segurança na implementação dos provimentos judiciais.

Por mais que me esforce, não consigo conciliar o papel do integrante do Ministério Público – e assim ele compareceu à Delegacia Policial, presenciando e subscrevendo o flagrante – e o papel desse mesmo promotor, atuando como testemunha de acusação.

Pudesse eu agora esquecer o julgamento já havido da ação penal e proceder à sua apreciação; estivesse eu, agora, a defrontar-me com uma ação penal a reclamar julgamento, talvez colocasse em plano secundário essa questão, chegando ao mesmo ponto a que chegou o Juízo. Todavia, não posso pensar e emprestar uma gradação, no campo da valia, à prova a que fez referência o Juízo, considerando-a suficiente, e afirmar que aquela outra – o depoimento do promotor –, muito embora mencionada com ênfase na sentença, não se mostrava indispensável à prolação de um título condenatório, a um decreto condenatório. Estou aqui a julgar um *habeas corpus* e não uma ação penal em si, sendo que veiculou-se não erro de julgamento, mas de procedimento, no que se admitiu, como testemunha, quem atuara no âmbito próprio à atividade a ser desenvolvida pelo Ministério Público. Estou me louvando apenas na circunstância de a sentença também estar calcada nesse depoimento, que parece ter sido convincente, tanto assim que o Juízo fundamentou a sentença primordialmente nesse depoimento.

Peço vênia para permanecer fiel aos princípios para mim consagrados pela ordem jurídico-constitucional.

Concedo a ordem, declarando a nulidade do processo a partir da coleta do depoimento desse promotor que atuara como tal anteriormente, muito embora no âmbito do processo administrativo.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Sr. Presidente, a presença do Ministério Público no ato do flagrante ocorreu simplesmente para emprestar ao ato maior

legitimidade, e isso ocorre tendo em vista a presunção de que o membro do Ministério Público, fiscal da lei, jamais admitiria que se praticasse uma ilegalidade no ato praticado pela autoridade policial.

Se esse promotor, assim chamado pela autoridade policial para assistir à lavratura do flagrante, ou mesmo designado pelo Procurador-Geral de Justiça para esse fim, não pudesse, depois, levar ao conhecimento do Juiz o que presenciou, seria absolutamente inócua a sua presença. De modo que penso ser perfeitamente possível e absolutamente razoável que o promotor, que assiste a um ato praticado pela Polícia, possa depois levá-lo ao conhecimento do Juízo. Afirmar que ele não poderia prestar depoimento como testemunha de acusação, *data venia*, prova demais. Se o representante do Ministério Público tivesse presenciado uma ilegalidade, poderia perfeitamente ser arrolado como testemunha pela defesa, e, assim, seu depoimento iria justamente dar sustentação à defesa. Não me parece, pois, ter ocorrido, no caso, nenhuma irregularidade ou ilegalidade.

O Sr. Ministro Relator demonstrou, citando precedentes do Supremo Tribunal Federal, que esse promotor poderia até oferecer denúncia ou mesmo pedir a absolvição. Ora, quem pode o mais, pode, evidentemente, o menos.

Com essas breves considerações, peço vênias ao Sr. Ministro Marco Aurélio para acompanhar o voto do Ministro Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Néri da Silveira (Presidente): Também peço vênias ao Sr. Ministro Marco Aurélio para acompanhar o voto do Sr. Ministro Relator, sob os dois aspectos da impetração. No que concerne ao primeiro, do excesso de testemunhas, desde logo estaria a ser invocado o manto da preclusão, não sendo possível retirar daí, a esta altura, na via do *habeas corpus*, conclusão no sentido de anular o processo.

Também no que respeita à oitiva de membro do Ministério Público, penso não ser efetivamente de acolher-se o fundamento deduzido na inicial. Não há, em princípio, impedimento de membro do Ministério Público servir como testemunha, assim como um magistrado pode ser testemunha num processo. No caso, o que tornaria impedido o membro do Ministério Público seria, efetivamente, sua atuação como instrumento da acusação. Se ofereceu denúncia e se afastou do processo, vindo a ser ouvido depois como testemunha, evidentemente haveria um efetivo impedimento.

Mas, no caso concreto, ao que ouvi do relatório do Sr. Ministro Maurício Corrêa, foi na fase pré-judicial que o membro do Ministério Público ouviu os acusados prestarem seus depoimentos, suas declarações, perante a autoridade policial. Ele não interveio como membro do Ministério Público, praticando qualquer ato de ofício. Depois, arrolado como testemunha da acusação, ou da defesa, não estaria ele impedido de trazer esclarecimentos ao juízo quanto ao

que ouviu e à regularidade da coleta dessas declarações numa fase administrativa, pré-judicial.

Nesses limites, não vejo impedimento do membro do Ministério Público. Ainda que detectado algum impedimento, haveria apenas a possibilidade de não considerar as suas declarações. Se a sentença estivesse baseada, tão-só, em declarações de uma testemunha impedida, aí poder-se-ia afirmar a nulidade do processo. Mas, num processo em que houve tão volumosa prova, a partir da apreensão das substâncias entorpecentes em poder dos acusados, depois de uma longa tramitação deste feito, com decisões nos dois graus, em *habeas corpus*, penso não ser o caso de se anular todo esse processo, apenas porque uma testemunha estaria impedida. Para que isso fosse possível, seria necessário, realmente, que o depoimento dessa testemunha impedida tivesse uma eficácia no âmbito da decisão.

Baseada a decisão, no caso concreto, em todo um conjunto de provas conducentes a dar corpo à acusação, mesmo que se houvesse de afastar o depoimento do Ministério Público, a sentença teria suficiente fundamentação a subsistir.

Em circunstâncias como estas, tenho considerado que a prova ilícita - como o caso das gravações ilicitamente feitas -, se outras provas autônomas existem no processo, invocadas na decisão e bastantes a fundamentá-la, a desconsideração da prova ilícita não há de fazer com que o processo seja anulado, depois de uma longa tramitação.

No presente caso, não existiria, sequer, a necessidade de se invocar esta segunda parte, porque considero que, nas circunstâncias em que ocorreu o depoimento do membro do Ministério Público, não cabe afirmar seu impedimento, o que bastante é para recusar, no ponto, o fundamento da inicial.

Assim, em que pese o brilho da defesa, produzida pelo ilustre impetrante, meu voto acompanha o do eminente Ministro Relator, que também indefere o *habeas corpus*.

EXTRATO DA ATA

HC 73.425 - PR - Rel.: Min. Maurício Corrêa. Pactes.: Ata Hammoud e Saadallah Mehdi Ayoub. Imptes.: Rene Dotti e outros. Coator: Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Decisão: por maioria, a Turma indeferiu o *habeas corpus*, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Falou pelo paciente o Dr. Paulo Ramalho e, pelo MPF, o Dr. Mardem Costa Pinto.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio e Maurício Corrêa. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Francisco Rezek. Subprocurador-Geral da República, o Dr. Mardem Costa Pinto.

Brasília, 30 de abril de 1996 - Wagner Amorim Madoz, Secretário.