



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 242.882 - DF (2012/0101861-8)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : LUIZ CARLOS RODRIGUES DE ALMEIDA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : FLORIANO PEREIRA DE SOUZA

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TENTATIVA. RÉU NÃO LOCALIZADO. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO LAPSO PRESCRICIONAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA ORAL. JUSTIFICATIVA INSUFICIENTE. DEMONSTRAÇÃO CONCRETA DA NECESSIDADE. IMPRESCINDIBILIDADE. SÚMULA 455/STJ. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, inviável o seu conhecimento, restando apenas a avaliação de flagrante ilegalidade.
2. Nos termos do entendimento pacífico desta Corte, cristalizado no verbete sumular n.º 455, a produção antecipada de provas, com base no art. 366 do Código de Processo Penal, deve ser concretamente fundamentada, não bastando a mera alegação de que o decurso do tempo poderá levar as testemunhas ao esquecimento.
3. *In casu*, existe manifesta ilegalidade pois, datado o fato de 2/2/2008, foi a providência cautelar determinada em 7/2/2012, sem fundamentação idônea. Além de afirmar que "a produção antecipada da prova testemunhal se revela necessária também sob pena de as testemunhas se esquecerem do suposto fato" o juiz entendeu, também, que "há uma perspectiva concreta de mudança de endereço das testemunhas arroladas na denúncia, por se tratar de fato comum nesta Circunscrição". Ora, todas as testemunhas de qualquer processo podem, em tese, mudar de endereço. Se essa justificativa fosse válida, a antecipação da prova sempre seria possível, e não mais uma exceção.
4. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para anular a colheita de prova antecipada, com o desentranhamento desses elementos probatórios dos autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do *habeas corpus*, concedendo, contudo, por maioria, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que lavrará o acórdão. Vencidos, neste ponto, os Srs. Ministros Relator e Rogerio Schietti Cruz. Votaram com a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Nefi Cordeiro.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 28 de junho de 2016(Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 242.882 - DF (2012/0101861-8)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : LUIZ CARLOS RODRIGUES DE ALMEIDA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : FLORIANO PEREIRA DE SOUZA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, impetrado em favor de FLORIANO PEREIRA DE SOUZA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

O compulsar dos autos revela que o paciente foi denunciado pela suposta prática do crime de homicídio qualificado, na forma tentada.

Ante a não localização do acusado, foi determinada a citação editalícia. Em virtude da continuidade da ausência, o Juízo de origem determinou a produção antecipada de provas e decretou a prisão preventiva do paciente (e-STJ fls. 17/19).

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus*, denegado pela Corte local, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 59):

HABEAS CORPUS. SUSPENSÃO DE AÇÃO PENAL. ART. 366 DO CPP. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA TESTEMUNHAL. URGÊNCIA COMPROVADA.

Nos termos do art. 366 do CPP, admite-se a produção antecipada de provas que forem consideradas urgentes, quando frustrada a citação pessoal do acusado e este não responder ao chamado judicial por meio de edital.

A produção antecipada da prova oral reveste-se de urgência diante do fundado receio de esquecimento pela vítima e testemunhas de circunstâncias relevantes e pormenorizadas de fato ocorrido há mais de quatro anos, aliado à perspectiva de mudança de residência, como vistas a garantir a busca da verdade real.

Não se cogita em violação aos direitos humanos ou a regras processuais penais, porquanto a produção de provas é acompanhada pela defesa técnica, assim como pelo Ministério



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Público. Além disso, comparecendo, o paciente poderá pleitear a reabertura da instrução, impugnar a prova antecipada e até repeti-la.

Ordem denegada.

Na presente impetração, a defesa repisou os argumentos antes lançados, no sentido de que o mero decurso do tempo não autoriza a produção antecipada de provas.

Liminar indeferida às e-STJ fls. 79/80.

Informações prestadas às e-STJ fls. 88/116.

Parecer do Ministério Público Federal pela denegação da ordem, nos termos da ementa abaixo transcrita (e-STJ fl. 119):

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. OBEDIÊNCIA À SÚMULA N. 455/STJ.

PARECER PELA DENEGAÇÃO DO WRIT.

É, em síntese, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 242.882 - DF (2012/0101861-8)

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Em que pese o novel entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual não deve ser conhecido o *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, diante das alegações apresentadas e a fim de analisar com mais propriedade a existência de eventual constrangimento ilegal, tenho por prudente o processamento do feito.

Nos precisos ditames do art. 366 do Código de Processo Penal, o não comparecimento perante o Juízo, e a não constituição de advogado, por parte do acusado citado por edital, implicará a suspensão do processo e da fluência do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312 do mesmo diploma legal.

Nesse vezo, regulamentada pelo art. 225 do referido diploma, a produção antecipada da prova testemunhal está sujeita ao princípio da urgência, que se entende pelo fundado receio de que, ao tempo da retomada da instrução processual, as testemunhas já não existam, tenham se mudado do território da comarca ou não se rememorem mais dos fatos com tanta clareza.

Consideram-se urgentes, para os efeitos do dispositivo alhures citado, as provas que, em razão do decurso do tempo, podem perecer, perder a vicissitude, sendo forçoso preservá-las "*ad perpetuam rei memoriam*".

Acerca do conteúdo do artigo 366 do Código de Processo Penal, bem observa Heráclito Mossin: [...] *se, por um lado, a suspensão do processo tende a favorecer o réu ausente, não permitindo seu julgamento à revelia, de outro não poderá ser prejudicada a instrução do processo, quando houver a necessidade de produção de prova considerada urgente, que, não sendo coletada de imediato, não poderá sê-lo em*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

outra oportunidade, uma vez que poderá desaparecer. Embora a norma processual penal tenha tendência para limitar a produção da prova às situações consideradas urgentes, a verdade é que se torna aconselhável a coleta dos elementos probatórios, quaisquer que sejam eles, uma vez que, ficando suspenso o prazo prescricional, não se sabe quando o processo terá seu prosseguimento normal, fazendo presumir que toda a prova a ser colacionada na instrução criminal tem caráter imprescindível, pois pode desaparecer com o decurso do tempo. [...] (In: Curso de processo penal. São Paulo: Atlas, 1998. 3. v. p. 89).

O magistrado singular justificou a produção antecipada da prova testemunhal destacando o seguinte (e-STJ fl. 18):

[...] No caso em análise, se faz necessária a produção antecipada da prova testemunhal, uma vez que, conforme enfatizado pelo Ministério Público, fls. 185-186, há uma perspectiva concreta de mudança de endereço das testemunhas arroladas na denúncia, por se tratar de fato comum nesta Circunscrição.

A produção antecipada da prova testemunhal se revela necessária também sob pena das testemunhas se esquecerem do suposto fato. [...]

E o Tribunal de origem, ao reconhecer a legalidade da antecipação da produção da prova, deixou assente que (e-STJ fl. 64):

[...] Também é relevante notar que deixar a prova esvair-se no tempo porque o réu não atendeu ao chamado da Justiça, seria privilegiar o omissivo em detrimento do interesse social em coibir a criminalidade. No caso dos autos, consoante os termos da denúncia (6/8), na madrugada do dia 2 de fevereiro de 2008, o paciente tentou ceifar a vida de Ismael Batista Rabelo ("Neto"), desferindo-lhe golpes com um instrumento perfurocortante, por ter visto sua mulher conversando com a vítima e ter pensado que tivessem um caso amoroso.

As informações noticiam que o paciente foi citado por edital em 6/12/2011, razão pela qual o processo e o prazo prescricional foram suspensos, após manifestação do Ministério Público neste sentido (fls. 9/10). No mesmo ato, foi determinada a produção antecipada de provas e decretada a prisão preventiva do paciente, para assegurar a aplicação da lei penal.

Entendo que a decisão fundamentou de forma eloquente a necessidade de produção antecipada de provas. Não apenas pelo fundado receio de esquecimento de circunstâncias relevantes e pormenorizadas do fato presenciado pelas testemunhas arroladas na denúncia, que poderá ocorrer com o cerceio da produção probatória, mas também pela perspectiva



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de mudança de residência, que pode prejudicar a instrução processual e o esclarecimento dos fatos.

Assim sendo, tenho que no caso dos autos está plenamente comprovada a necessidade da produção antecipada da prova oral consistente na oitiva da vítima e de quatro testemunhas. [...] (grifei)

Assim, indene de dúvidas que inexistente constrangimento ilegal ou teratologia aptos a combalir os fundamentos adotados pelas instâncias ordinárias.

A influência do tempo na marcha processual e no estado anímico das testemunhas não pode ser desprezada. Nesse sentido, é o escólio de Aury Lopes Jr. e Cristina Carla Di Gesu, para quem “*o delito, sem dúvida, gera uma emoção para aquele que o testemunha ou que dele é vítima. Contudo, pelo que se pode observar, a tendência da mente humana é guardar apenas a emoção do acontecimento, deixando no esquecimento justamente o que seria mais importante a ser relatado no processo, ou seja, a memória cognitiva, provida de detalhes técnicos e despida de contaminação (emoção, subjetivismo ou juízo de valor)*” (Prova Penal e Falsas Memórias: Em Busca da Redução de Danos. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 175, jun/2007, p. 14).

Este Superior Tribunal é firme na compreensão de que a produção antecipada da prova testemunhal exige fundamentação concreta, sob pena de ofensa à garantia do devido processo legal. Inteligência do enunciado da Súmula 455 desta Corte.

O magistrado de piso apontou com precisão a necessidade da medida.

Ademais, deve-se ter em mente que a medida configura verdadeiro instrumento para a efetiva busca da verdade real e para o alcance do devido processo legal substancial, princípios fundamentais e norteadores do Direito Processual Penal brasileiro.

Conforme vaticina a doutrina, “*com o princípio da verdade real se procura estabelecer que o jus puniendi somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa numa investigação que não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes. Com ele se excluem os limites artificiais da verdade formal, eventualmente criados por atos ou omissões das partes, presunções, ficções, transações etc., tão comuns no direito processual civil. Decorre*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desse princípio o dever do juiz de dar seguimento à relação processual quando da inércia da parte e mesmo de determinar, ex officio, provas necessárias à instrução do processo, a fim de que possa, tanto quanto possível, descobrir a verdade dos fatos objetos da ação penal" (MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal, 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 44).

Sobre o tema, é a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA TESTEMUNHAL. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ALTERAÇÃO DO PATAMAR. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. REFORMATIO IN PEJUS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. 4,046 QUILOS DE CRACK. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO.

1. Não há nulidade na produção antecipada de prova testemunhal na hipótese em que devidamente justificada a colheita precoce dos depoimentos em razão das testemunhas ouvidas serem os próprios policiais que realizaram o flagrante e que, em virtude da diversidade de situações semelhantes que são uma constante na sua atividade, "há natural deterioração das lembranças e consequente prejudicialidade dos elementos de convicção". Precedentes. [...].

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1470904/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 04/12/2014)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DOLOSO TENTADO. RÉU FORAGIDO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. GARANTIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. ART. 366 DO CPP. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. MOTIVAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. URGÊNCIA DEMONSTRADA. RECURSO IMPROVIDO.

[...] 4. A mudança de endereço do local dos fatos, sem a comunicação às autoridades responsáveis pela persecução penal, é elemento significativo que revela a evasão do agente do distrito da culpa, consoante reiterada jurisprudência desta Corte.

5. Não há constrangimento ilegal quando verificado que o Juiz singular, fundamentadamente, determinou a produção antecipada da prova testemunhal, diante da inconstância e altíssima mobilidade da população do município de Ribeirão das Neves, onde ocorreu o fato criminoso, cidade "dormitório habitada por pessoas ligadas à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

familiares de detentos dos diversos presídios".

6. A realização antecipada de provas não traz prejuízo para a defesa, visto que, além de o ato ser realizado na presença de defensor nomeado, caso o réu compareça ao processo futuramente, poderá requerer a produção das provas que julgar necessárias para a tese defensiva, podendo, inclusive, conseguir a repetição da prova produzida antecipadamente.

7. Recurso não provido.

(RHC 43.963/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 29/09/2014)

Outrossim, a oitiva antecipada das testemunhas concretiza o princípio da identidade física do juiz, previsto no § 2º do art. 399 do Código de Processo Penal. Embora não seja absoluto, o referido princípio, ao estabelecer que o magistrado que presidiu a instrução criminal será o mesmo a proferir a sentença, objetiva conferir ao julgador maior juízo de certeza, o que se dá, notadamente, quando se trata de coleta de depoimentos testemunhais, como ocorre na espécie.

Ademais, não há que se falar em prejuízo à defesa, na medida em que o ato será realizado na presença de defensor e, caso o réu compareça ao processo, poderá pedir a repetição da oitiva de testemunhas ou quaisquer outras provas que julgar necessárias.

Tal o contexto, ***não conheço do habeas corpus.***

É o voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 242.882 - DF (2012/0101861-8)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : LUIZ CARLOS RODRIGUES DE ALMEIDA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : FLORIANO PEREIRA DE SOUZA

VOTO-VENCEDOR

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

O primevo relator deste feito, eminente Ministro Antonio Saldanha Palheiro, assim o sumariou:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, impetrado em favor de FLORIANO PEREIRA DE SOUZA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

O compulsar dos autos revela que o paciente foi denunciado pela suposta prática do crime de homicídio qualificado, na forma tentada.

Ante a não localização do acusado, foi determinada a citação editalícia. Em virtude da continuidade da ausência, o Juízo de origem determinou a produção antecipada de provas e decretou a prisão preventiva do paciente (e-STJ fls. 17/19).

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus*, denegado pela Corte local, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 59):

HABEAS CORPUS. SUSPENSÃO DE AÇÃO PENAL. ART. 366 DO CPP. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA TESTEMUNHAL. URGÊNCIA COMPROVADA.

Nos termos do art. 366 do CPP, admite-se a produção antecipada de provas que forem consideradas urgentes, quando frustrada a citação pessoal do acusado e este não responder ao chamado judicial por meio de edital.

A produção antecipada da prova oral reveste-se de urgência diante do fundado receio de esquecimento pela vítima e testemunhas de circunstâncias relevantes e pormenorizadas de fato ocorrido há mais de quatro anos, aliado à perspectiva de mudança de residência, como vistas a garantir a busca da verdade real.

Não se cogita em violação aos direitos humanos ou a regras processuais penais, porquanto a produção de provas é acompanhada pela defesa técnica, assim como pelo Ministério Público. Além disso, comparecendo, o paciente poderá pleitear a reabertura da instrução, impugnar a prova antecipada e até repeti-la.

Ordem denegada.

Na presente impetração, a defesa repisou os argumentos antes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

lançados, no sentido de que o mero decurso do tempo não autoriza a produção antecipada de provas.

Liminar indeferida às e-STJ fls. 79/80.

Informações prestadas às e-STJ fls. 88/116.

Parecer do Ministério Público Federal pela denegação da ordem, nos termos da ementa abaixo transcrita (e-STJ fl. 119):

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. OBEDIÊNCIA À SÚMULA N. 455/STJ.

PARECER PELA DENEGAÇÃO DO WRIT.

É, em síntese, o relatório.

Sua Excelência votou no sentido de não conhecer do *habeas corpus*, nestes termos:

Em que pese o novel entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual não deve ser conhecido o *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, diante das alegações apresentadas e a fim de analisar com mais propriedade a existência de eventual constrangimento ilegal, tenho por prudente o processamento do feito.

Nos precisos ditames do art. 366 do Código de Processo Penal, o não comparecimento perante o Juízo, e a não constituição de advogado, por parte do acusado citado por edital, implicará a suspensão do processo e da fluência do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312 do mesmo diploma legal.

Nesse vezo, regulamentada pelo art. 225 do referido diploma, a produção antecipada da prova testemunhal está sujeita ao princípio da urgência, que se entende pelo fundado receio de que, ao tempo da retomada da instrução processual, as testemunhas já não existam, tenham se mudado do território da comarca ou não se rememorem mais dos fatos com tanta clareza.

Consideram-se urgentes, para os efeitos do dispositivo alhures citado, as provas que, em razão do decurso do tempo, podem perecer, perder a vicissitude, sendo forçoso preservá-las "*ad perpetuam rei memoriam*".

Acerca do conteúdo do artigo 366 do Código de Processo Penal, bem observa Heráclito Mossin: [...] *se, por um lado, a suspensão do processo tende a favorecer o réu ausente, não permitindo seu julgamento à revelia, de outro não poderá ser prejudicada a instrução do processo, quando houver a necessidade de produção de prova considerada urgente, que, não sendo coletada de imediato, não poderá sê-lo em outra oportunidade, uma vez que poderá desaparecer. Embora a norma processual penal tenha tendência para limitar a produção da prova às situações consideradas urgentes, a verdade é que se torna aconselhável a coleta dos elementos*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

probatórios, quaisquer que sejam eles, uma vez que, ficando suspenso o prazo prescricional, não se sabe quando o processo terá seu prosseguimento normal, fazendo presumir que toda a prova a ser colacionada na instrução criminal tem caráter imprescindível, pois pode desaparecer com o decurso do tempo. [...] (In: Curso de processo penal. São Paulo: Atlas, 1998. 3. v. p. 89).

O magistrado singular justificou a produção antecipada da prova testemunhal destacando o seguinte (e-STJ fl. 18):

[...] No caso em análise, se faz necessária a produção antecipada da prova testemunhal, uma vez que, conforme enfatizado pelo Ministério Público, fls. 185-186, há uma perspectiva concreta de mudança de endereço das testemunhas arroladas na denúncia, por se tratar de fato comum nesta Circunscrição.

A produção antecipada da prova testemunhal se revela necessária também sob pena das testemunhas se esquecerem do suposto fato. [...]

E o Tribunal de origem, ao reconhecer a legalidade da antecipação da produção da prova, deixou assente que (e-STJ fl. 64):

[...] Também é relevante notar que deixar a prova esvair-se no tempo porque o réu não atendeu ao chamado da Justiça, seria privilegiar o omissor em detrimento do interesse social em coibir a criminalidade. No caso dos autos, consoante os termos da denúncia (6/8), na madrugada do dia 2 de fevereiro de 2008, o paciente tentou ceifar a vida de Ismael Batista Rabelo ("Neto"), desferindo-lhe golpes com um instrumento perfurocortante, por ter visto sua mulher conversando com a vítima e ter pensado que tivessem um caso amoroso.

As informações noticiam que o paciente foi citado por edital em 6/12/2011, razão pela qual o processo e o prazo prescricional foram suspensos, após manifestação do Ministério Público neste sentido (fls. 9/10). No mesmo ato, foi determinada a produção antecipada de provas e decretada a prisão preventiva do paciente, para assegurar a aplicação da lei penal.

Entendo que a decisão fundamentou de forma eloquente a necessidade de produção antecipada de provas. Não apenas pelo fundado receio de esquecimento de circunstâncias relevantes e pormenorizadas do fato presenciado pelas testemunhas arroladas na denúncia, que poderá ocorrer com o cerceio da produção probatória, mas também pela perspectiva de mudança de residência, que pode prejudicar a instrução processual e o esclarecimento dos fatos.

Assim sendo, tenho que no caso dos autos está plenamente comprovada a necessidade da produção antecipada da prova oral consistente na oitiva da vítima e de quatro testemunhas. [...] (grifei)

Assim, indene de dúvidas que inexistente constrangimento ilegal ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

teratologia aptos a combalir os fundamentos adotados pelas instâncias ordinárias.

A influência do tempo na marcha processual e no estado anímico das testemunhas não pode ser desprezada. Nesse sentido, é o escólio de Aury Lopes Jr. e Cristina Carla Di Gesu, para quem *“o delito, sem dúvida, gera uma emoção para aquele que o testemunha ou que dele é vítima. Contudo, pelo que se pode observar, a tendência da mente humana é guardar apenas a emoção do acontecimento, deixando no esquecimento justamente o que seria mais importante a ser relatado no processo, ou seja, a memória cognitiva, provida de detalhes técnicos e despida de contaminação (emoção, subjetivismo ou juízo de valor)”* (Prova Penal e Falsas Memórias: Em Busca da Redução de Danos. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 175, jun/2007, p. 14).

Este Superior Tribunal é firme na compreensão de que a produção antecipada da prova testemunhal exige fundamentação concreta, sob pena de ofensa à garantia do devido processo legal. Inteligência do enunciado da Súmula 455 desta Corte.

O magistrado de piso apontou com precisão a necessidade da medida.

Ademais, deve-se ter em mente que a medida configura verdadeiro instrumento para a efetiva busca da verdade real e para o alcance do devido processo legal substancial, princípios fundamentais e norteadores do Direito Processual Penal brasileiro.

Conforme vaticina a doutrina, *“com o princípio da verdade real se procura estabelecer que o jus puniendi somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa numa investigação que não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes. Com ele se excluem os limites artificiais da verdade formal, eventualmente criados por atos ou omissões das partes, presunções, ficções, transações etc., tão comuns no direito processual civil. Decorre desse princípio o dever do juiz de dar seguimento à relação processual quando da inércia da parte e mesmo de determinar, ex officio, provas necessárias à instrução do processo, a fim de que possa, tanto quanto possível, descobrir a verdade dos fatos objetos da ação penal”* (MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal, 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 44).

Sobre o tema, é a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA TESTEMUNHAL. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ALTERAÇÃO DO PATAMAR. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. REFORMATIO IN PEJUS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. 4,046 QUILOS DE CRACK. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO.

1. Não há nulidade na produção antecipada de prova testemunhal na hipótese em que devidamente justificada a colheita precoce dos depoimentos em razão das testemunhas ouvidas serem os próprios policiais que realizaram o flagrante e que, em virtude da diversidade de situações semelhantes que são uma constante na sua atividade, "há natural deterioração das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

lembranças e consequente prejudicialidade dos elementos de convicção". Precedentes. [...].

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1470904/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 04/12/2014)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DOLOSO TENTADO. RÉU FORAGIDO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. GARANTIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. ART. 366 DO CPP. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. MOTIVAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. URGÊNCIA DEMONSTRADA. RECURSO IMPROVIDO.

[...] 4. *A mudança de endereço do local dos fatos, sem a comunicação às autoridades responsáveis pela persecução penal, é elemento significativo que revela a evasão do agente do distrito da culpa, consoante reiterada jurisprudência desta Corte.*

5. Não há constrangimento ilegal quando verificado que o Juiz singular, fundamentadamente, determinou a produção antecipada da prova testemunhal, diante da inconstância e altíssima mobilidade da população do município de Ribeirão das Neves, onde ocorreu o fato criminoso, cidade "dormitório habitada por pessoas ligadas à familiares de detentos dos diversos presídios".

6. A realização antecipada de provas não traz prejuízo para a defesa, visto que, além de o ato ser realizado na presença de defensor nomeado, caso o réu compareça ao processo futuramente, poderá requerer a produção das provas que julgar necessárias para a tese defensiva, podendo, inclusive, conseguir a repetição da prova produzida antecipadamente.

7. Recurso não provido.

(RHC 43.963/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 29/09/2014)

Outrossim, a oitiva antecipada das testemunhas concretiza o princípio da identidade física do juiz, previsto no § 2º do art. 399 do Código de Processo Penal. Embora não seja absoluto, o referido princípio, ao estabelecer que o magistrado que presidiu a instrução criminal será o mesmo a proferir a sentença, objetiva conferir ao julgador maior juízo de certeza, o que se dá, notadamente, quando se trata de coleta de depoimentos testemunhais, como ocorre na espécie.

Ademais, não há que se falar em prejuízo à defesa, na medida em que o ato será realizado na presença de defensor e, caso o réu compareça ao processo, poderá pedir a repetição da oitiva de testemunhas ou quaisquer outras provas que julgar necessárias.

Tal o contexto, ***não conheço do habeas corpus.***

É o voto.

Acompanhei o relator no tocante ao não conhecimento do writ impetrado em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição a recurso ordinário. **Ousei divergir, contudo, no tocante ao mérito, porque, em realidade, o juízo de primeiro grau não fundamentou adequadamente a necessidade de se antecipar a prova testemunhal**, sendo seguida pelos proficientes Ministros Sebastião Reis Júnior e Nefi Cordeiro, sagrando-se vencedora a divergência. Fi-lo com espreque nos argumentos que abaixo são escandidos.

Ao que cuido, o entendimento exarado pelas instâncias ordinárias confronta a pacífica compreensão desta Corte sobre o assunto.

Não basta, simplesmente, a alegação do decurso do tempo para se ter por urgente a produção da prova, antecipando a sua realização em vez da regular instrução, em virtude do processo encontrar-se suspenso, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal.

Indubitavelmente, a decisão deve basear-se em elementos concretos dos autos que possam demonstrar a necessidade premente daquela prova, sob pena de ser ilegal.

No caso em apreço, além de afirmar que "a produção antecipada da prova testemunhal se revela necessária também sob pena de as testemunhas se esquecerem do suposto fato" o juiz entendeu, também, que "há uma perspectiva concreta de mudança de endereço das testemunhas arroladas na denúncia, por se tratar de fato comum nesta Circunscrição" (fl. 18).

Ora, todas as testemunhas de qualquer processo podem, em tese, mudar de endereço. Se essa justificativa fosse válida, a antecipação da prova sempre seria possível, e não mais uma exceção.

Confira-se, a propósito, o seguinte precedente:

"PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 171, CAPUT, C/C ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO (ART. 366 DO CPP). PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS DETERMINADA PELO E. TRIBUNAL A QUO. AUSENTE A DEVIDA MOTIVAÇÃO.

I - O decisum que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP, deve ser concretamente fundamentado. (Precedentes das Turmas e da 3ª Seção).

II - O art. 366 deve ser interpretado considerando-se o disposto no art. 225 do CPP. A hipótese do art. 92 do CPP, totalmente diversa da suspensão, por não trazer, em regra, probabilidade de prejuízo para o réu, presente, não pode ser tomada como referencial.

Habeas corpus concedido."

(HC nº 76.831/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, DJU de 3/9/2007)

Em realidade, esse posicionamento cristalizou-se no enunciado n.º 455 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo."

Em outro sentido não trilha o Supremo Tribunal Federal:

"Agravo regimental. Ação cautelar. Produção antecipada de provas. Ausência de perigo. Agravo regimental não provido.

1. Não logrou o agravante demonstrar, quer na petição inicial, quer nas razões do recurso, a existência de fundado risco de perecimento do objeto da prova.

2. A produção antecipada de provas é procedimento cautelar típico, estando sujeita às regras disciplinadoras do Código de Processo Civil, que no seu art. 846 admite a concessão da tutela para o interrogatório da parte, a inquirição de testemunha e a realização de exame pericial.

3. Não há comprovação nos autos de quaisquer razões ou circunstâncias geradoras de perigo que justificassem a necessidade de antecipação de produção de provas, a qual poderá ocorrer normalmente em futura ação de conhecimento.

4. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AC 1531 AgR / DF; Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI; Julgamento: 21/10/2014 Órgão Julgador: Primeira Turma; DJe-228 DIVULG 19-11-2014 PUBLIC 20-11-2014)

"AÇÃO PENAL. Processo suspenso. Prova. Colheita antecipada *ad perpetuam memoriam*. Inquirição de testemunhas. Inadmissibilidade. Revelia. Réu revel citado por edital. Não comparecimento por si nem por advogado constituído. Prova não urgente por natureza. Deferimento em grau de recurso. Ofensa ao princípio do contraditório (art. 5º, LV, da CF).

Ordem concedida. Inteligência dos arts. 92, 93 e 366 cc. 225, todos do CPP. Se o acusado, citado por edital, não comparece nem constitui advogado, pode o juiz, suspenso o processo, determinar colheita antecipada de elemento de prova testemunhal, apenas quando esta seja urgente nos termos do art. 225 do Código de Processo Penal."

(HC 85824/SP; Relator(a): Min. CEZAR PELUSO; Julgamento: 05/08/2008; Órgão Julgador: Segunda Turma; DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008)

In casu, é imperioso ter em consideração que, datado o fato de 2/2/2008, foi a providência cautelar determinada em 7/2/2012, sem qualquer motivação a ensejar a medida excepcional.

Com efeito, tendo em vista que se está a tratar de medida constritiva do direito à ampla defesa, na perspectiva da autodefesa, seria imperioso que o juiz tivesse alinhado elementos hábeis a embasá-la. Contudo, não o fez. Apura-se, portanto, quadro de patente violação do dever constitucional de motivação das decisões judiciais.

Diante do exposto, sem qualquer desdouro à fundamentação do ínclito relator, **não conheço** do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para anular a colheita



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecipada de provas realizada nos autos do Processo n.º 2008.07.1.003198-2, com o desentranhamento desses elementos probatórios dos autos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0101861-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 242.882 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20080710031982 20120020059256 59292820128070000

EM MESA

JULGADO: 28/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Relatora para Acórdão

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ROBERTO LUIS OPPERMANN THOMÉ**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUIZ CARLOS RODRIGUES DE ALMEIDA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : FLORIANO PEREIRA DE SOUZA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio Qualificado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, por maioria, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que lavrará o acórdão. Vencidos, neste ponto, os Srs. Ministros Relator e Rogerio Schietti Cruz.

Votaram com a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Nefi Cordeiro.