



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 97.539 - SP (2018/0097440-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE : **CLAUDIO ALVES**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
ANA CAROLINA CARNEIRO BARDE BEZERRA - RJ165158
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. FUGA APÓS O COMETIMENTO DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MEDIDAS CAUTELARES DO ART. 319 DO CPP. INVIABILIDADE. CITAÇÃO POR EDITAL. ESGOTAMENTO DOS MEIOS PARA LOCALIZAÇÃO DO ACUSADO. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA ORAL. FATO OCORRIDO EM 2013. POSSIBILIDADE REAL DE ESQUECIMENTO. DECISÃO FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. APLICAÇÃO DO ART. 563 DO CPP.

1. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

2. *Caracterizada a fuga do acusado do distrito da culpa antes mesmo da expedição da ordem de prisão, inexistente qualquer ilegalidade na referência à garantia de aplicação da lei penal para embasar a custódia cautelar* (HC n. 124.418 AgR, Relator Ministro ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 28/10/2014, publicado em 24/11/2014).

3. No caso, depreende-se dos autos que as medidas cautelares diversas da segregação cautelar não se mostram satisfatórias e suficientes para garantir a proteção da ordem pública.

4. Quanto ao pedido de reconhecimento da nulidade da citação por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

edital, tendo em vista o não esgotamento dos meios para localização do acusado, observa-se que o tema não foi objeto de exame pelo Tribunal de origem, o que impede esta Corte Superior de apreciar a matéria, sob pena de indevida supressão de instância.

5. No espécie, o fato narrado na denúncia ocorreu no ano de 2013, ou seja, há 5 (cinco) anos, o que autoriza a colheita antecipada das provas orais, tendo em vista a falibilidade da memória humana. Precedentes.

6. Ademais, "a realização antecipada de provas não traz prejuízo ínsito à defesa, visto que, a par de o ato ser realizado na presença de defensor nomeado, nada impede que, retomado eventualmente o curso do processo com o comparecimento do réu, sejam produzidas provas que se julgarem úteis à defesa, não sendo vedada a repetição, se indispensável, da prova produzida antecipadamente" (RHC 64.086/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Terceira Seção, julgado em 23/11/2016, DJe 09/12/2016).

7. Recurso ordinário em *habeas corpus* improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de junho de 2018(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 97.539 - SP (2018/0097440-9)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

RECORRENTE : CLAUDIO ALVES

**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ANA CAROLINA CARNEIRO BARDE BEZERRA - RJ165158**

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA:

Trata-se de recurso ordinário em habeas corpus interposto por CLAUDIO ALVES contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC nº 2001494-36.2018.8.26.0000).

Consta dos autos que o recorrente foi denunciado por homicídio qualificado. Ao receber a denúncia, o Juízo de 1º grau decretou a prisão preventiva do acusado (e-STJ fl. 33). Não encontrado para a citação pessoal, foi determinada o réu citado por edital. Como não compareceu, tampouco constituiu defensor, foi suspenso o processo e o prazo prescricional (art. 366 do CPP), sendo deferido o pleito ministerial para a produção antecipada da prova testemunhal (e-STJ fls. 52/53).

Impetrado *habeas corpus* no Tribunal de origem, a ordem fora denegada (e-STJ fls. 72/79).

No presente recurso ordinário (e-STJ fls. 85/97), sustenta a defesa a nulidade da citação por edital, uma vez que não foram esgotados os meios para a localização do acusado.

Alega, ainda, que a custódia cautelar deve ser revogada, eis que ausentes os requisitos legais do art. 312 do CPP, bem como o Juízo não fundamentou em dado concreto a medida excepcional. Subsidiariamente, defende a substituição da prisão por medida cautelar alternativa ao cárcere.

Por fim, aponta a ocorrência de nulidade da decisão que determinou a produção antecipada de provas, aplicando-se, à espécie, o enunciado sumular 445/STJ.

Requer, assim, seja dado provimento ao recurso para revogar a prisão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preventiva decretada, declarar a nulidade da ação penal desde a citação por edital e da decisão que determinou a produção antecipada da prova oral.

Com vista dos autos, opinou o Ministério Público Federal "pelo improvimento do recurso" (e-STJ fls. 118/121).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 97.539 - SP (2018/0097440-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Busca-se, no presente recurso ordinário, o reconhecimento da nulidade da citação por edital e da decisão que determinou a antecipação da prova oral, bem como a revogação da prisão preventiva.

Quanto ao pedido de reconhecimento da nulidade da citação por edital, tendo em vista o não esgotamento dos meios para localização do acusado, da leitura do acórdão recorrido (e-STJ fls. 72/79), observa-se que o tema não foi objeto de exame pelo Tribunal de origem, o que impede esta Corte Superior de apreciar a matéria, sob pena de indevida supressão de instância.

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DUPLA TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADES NO INQUÉRITO POLICIAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. DECRETO PRISIONAL FUNDAMENTADO. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO.

I - A tese recursal relativa à eventuais nulidades ocorridas no inquérito policial sequer foi analisada pelo eg. Tribunal a quo, ao fundamento de que não foram apresentados documentos comprobatórios do alegado, razão pela qual o mandamus impetrado na eg. Corte de origem foi parcialmente conhecido.

II - Assim sendo, fica impedida esta eg. Corte de analisar a quaestio ventilada no recurso, sob pena de indevida supressão de instância, já que o eg. Tribunal a quo não se manifestou acerca das alegadas nulidades.

[...] Recurso ordinário conhecido em parte e, nesta parte, desprovido. (RHC 45.246/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 2/10/2014, DJe 13/10/2014).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA E DEFICIÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. MATÉRIAS NÃO EXAMINADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÃO CARACTERIZADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Conforme entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, o prequestionamento das teses jurídicas constitui requisito de admissibilidade da via, inclusive em se tratando de matérias de ordem pública, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte.

3. As teses de nulidade da ação por ausência de notificação do paciente para apresentar defesa prévia, bem como por deficiência na defesa técnica, não foram objeto de julgamento pela Corte de origem, o que impede seu conhecimento por este Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.

4. "A alegação de deficiência da defesa deve vir acompanhada de prova de inércia ou desídia do defensor, causadora de prejuízo concreto à regular defesa do réu" (RHC 39.788/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 25/2/2015), o que não se verifica no caso em exame.

5. Writ não conhecido. (HC 287.808/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 25/05/2017).

Em relação a decisão que determinou a colheita antecipada da prova, disse o Juiz na origem (e-STJ fls. 52/53):

Fls.425/433: com a razão o(a) D. Promotor(a) de Justiça quanto à necessidade de se produzir antecipadamente a prova testemunhal quanto ao réu CLAUDIO ALVES, eis que evidente a sua necessidade a fim de se evitar o seu perecimento.

Com efeito, a suspensão do andamento do feito por prazo indeterminado causa sim o perecimento da prova testemunhal, pois o tempo exerce influência deletéria na memória do ser humano.

O réu, ao se colocar em lugar incerto e não sabido, a ponto de ter que ser citado fictamente, não pode ser beneficiado com o esquecimento dos fatos por parte daqueles que, de alguma forma, podem trazer algum esclarecimento sobre o crime, ou mesmo a não localização de testemunhas imprescindíveis, dado o tempo decorrido, em nítida demonstração de que a conduta do réu compromete sobremaneira a busca da verdade real.

Aliás, o caso em análise aconteceu em 21 de julho de 2013, ou seja,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

há mais de 4 anos, e o tempo decorrido poderá prejudicar sobremaneira o esclarecimento sobre os fatos, eis que as testemunhas a serem ouvidas, diante do tempo decorrido, poderão ter problemas para lembrar de detalhes imprescindíveis ao deslinde do feito e, portanto, evitando-se maior morosidade e decurso maior de prazo, o que poderá acarretar prejuízo excessivo e levar o crime em questão ao esquecimento, é necessária a produção antecipada em questão.

Demais disso, a oitiva das testemunhas se faz imperiosa até mesmo para dar satisfação às testemunhas no sentido de que o Poder Judiciário não está inerte quanto ao crime praticado, ao contrário, está buscando resgatar da forma mais fidedigna possível a dinâmica de como os fatos ocorreram, o que somente é possível se a prova for colhida independentemente de se saber o paradeiro do réu, mesmo porque dentre as testemunhas a serem ouvidas, está uma testemunha Reservada, sendo testemunha presencial do crime e imprescindível para o deslinde do feito e, a antecipação da prova oral se faz necessária, vez que, referida testemunha, temendo por sua vida, pode não mais ser localizada para ser ouvidas.

Não há que se falar em cerceamento de defesa eis que o réu será defendido pela Defensoria Pública ou advogado dativo, para o qual será dada ampla oportunidade de fazer perguntas e acesso a todos os atos e provas processuais, não advindo qualquer prejuízo para a defesa e, quando eventualmente lograr êxito em localizá-lo, poderá apresentar sua defesa inicial, requerer produção de provas e diligências que entender necessárias e, inclusive, a repetição da prova colhida antecipadamente.

Por fim, a busca da verdade real, inclusive com a produção antecipada da prova testemunhal, não visa a prejudicar o réu, mas sim assegurar que eventuais decisões judiciais embasadas nesta prova sejam justas e tão somente escoradas na prova bem produzida, não se acreditando que a defesa também não busque este ideal, eis que o esquecimento dos fatos, bem como a não localização de testemunhas imprescindíveis à elucidação dos fatos, provoque o enfraquecimento das provas conduzindo à impunidade, com o que, por certo, a defesa não compactua.

Assim e considerando como absolutamente necessária a produção antecipada da prova testemunhal com relação ao réu Claudio Alves, e designo audiência de instrução para o dia 26 de março de 2.018 às 15h30min, devendo o cartório proceder as notificações e requisições necessárias.

O Tribunal de origem, por seu turno, considerou que "a prova oral depende da memória das testemunhas em recordar e reconstituir os fatos descritos na denúncia, o que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

irremediavelmente comprometeria a prova" (e-STJ fl. 79).

Como é cediço, a produção antecipada de provas é providência expressamente autorizada pelo art. 366 do Código de Processo Penal, em virtude da suspensão do processo. Porém, não é possível antecipar toda e qualquer produção probatória, mas apenas aquela considerada urgente, devendo a decisão ser concretamente fundamentada, nos termos do verbete n. 455 do Superior Tribunal de Justiça.

Para este Relator, na verdade, o simples argumento de que as testemunhas possam esquecer detalhes dos fatos com o decurso do tempo não autoriza, por si só, a produção antecipada de provas. É indispensável fundamentá-la concretamente, sob pena de ofensa à garantia do devido processo legal.

Todavia, a Terceira Seção deste Tribunal ao julgar o RHC n.64.086/DF, em 23/11/2016, entendeu pela possibilidade de temperar a aplicação do enunciado n. 455 da Súmula do STJ, inclusive na hipótese de esquecimento por parte das testemunhas. Nesse diapasão, a não produção da prova equivaleria a praticamente condenar o processo - como meio de obter a verdade dos fatos - à inutilidade, haja vista ser inexorável o esquecimento dos fatos por parte das testemunhas arroladas.

No caso, o fato narrado na denúncia ocorreu no ano de 2013, ou seja, há 5 anos, o que autoriza, na dicção da Terceira Seção, a colheita antecipada das provas, em especial da prova testemunhal, tendo em vista a falibilidade da memória humana.

Ao ensejo, confirmam-se recentes julgados desta Corte:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO CONTRA TRÊS VÍTIMAS. RÉU EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO. CITAÇÃO POR EDITAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. SÚMULA 455/STJ. ART. 366 DO CPP. DELITO PRATICADO HÁ MAIS DE 4 ANOS. RISCO REAL DE PERECIMENTO DE PROVAS. DEFENSOR NOMEADO PRESENTE AO ATO. PREJUÍZO SUPORTADO PELO RÉU NÃO COMPROVADO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PARA ASSEGURAR A INSTRUÇÃO CRIMINAL E A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. RÉU FORAGIDO E AMEAÇA À TESTEMUNHA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECURSO EM HABEAS CORPUS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÃO PROVIDO.

1. Conforme o disposto no art. 366 do CPP, "se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal". Ainda, a Súmula 455 do STJ estabelece que "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".

2. No caso dos autos, conforme se extrai dos autos, infere-se que o recorrente informou o endereço onde reside sua genitora à Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas, Juízo onde cumpre pena restritiva de direitos, mas lá não foi encontrado para receber a citação pessoal no processo a que se refere este writ, motivo pelo qual foi determinada a sua citação por edital, bem como suspensos o processo e o prazo prescricional.

3. Hipótese em que o Juízo de primeiro grau demonstrou fundamentadamente a necessidade da produção antecipada de provas, apontando motivos concretos indicativos da medida de natureza cautelar, mormente em face de os fatos terem ocorrido há mais de 4 anos, afetando, assim, a prova testemunhal pelo decurso do tempo e prejudicando a apuração da verdade real.

4. Nos termos do pacífico entendimento desta Corte Superior, o Processo Penal é regido pelo princípio do *pas de nullité sans grief* e, por consectário, o reconhecimento de nulidade, ainda que absoluta, exige a demonstração do prejuízo (CPP, art. 563).

5. Não se verifica nenhum prejuízo na produção antecipada de provas, uma vez que a Defensoria Pública foi designada para assisti-lo no processo, admitindo-se reinquirição de testemunhas e de ser oportunizada ampla produção probatória caso o réu venha a comparecer.

6. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

7. No caso dos autos, a prisão cautelar foi devidamente fundamentada por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, uma vez que a permanência dele foragido pode repercutir negativamente na instrução criminal, já que consta dos autos que, no momento das investigações, ele já atemorizava pessoas e portava arma desde antes da ocorrência dos crimes.

8. Recurso em habeas corpus não provido. (RHC 74.083/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 17/03/2017).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. SUSPENSÃO DO PROCESSO COM ESTEIO NO ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. POSSIBILIDADE. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - "A antecipação da produção de prova, com base no art. 366 do Código de Processo Penal, encontra-se, no caso em exame, concretamente fundamentada em razão do decurso do tempo aliado à condição de policial militar da testemunha, circunstância fática relevante que autoriza a medida antecipatória e que não implica ofensa ao teor do Enunciado n. 455 da Súmula do STJ" (RHC n. 51.861/AL, Sexta Turma, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Rel. p/ Acórdão, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 19/5/2016).

II - Na hipótese, está devidamente motivada a referida antecipação, visto que se cuida de delito ocorrido no ano de 2008 e se trata da oitiva de testemunhas policiais militares, as quais atendem a ocorrências semelhantes à ora em apuração todos os dias e não teriam condições de guardar a recordação de detalhes do fato em questão por longo período.

Recurso ordinário desprovido. (RHC 70.406/BA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 07/12/2016).

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. MOEDA FALSA. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA TESTEMUNHAL. NECESSIDADE. MOTIVAÇÃO CONCRETA. EXISTÊNCIA.

1. Esta Corte tem admitido a produção antecipada da prova testemunhal, na forma prevista no art. 366 do Código de Processo Penal, sempre que houver risco concreto de perecimento de sua colheita em razão da "alta probabilidade de esquecimento dos fatos distanciados do tempo de sua prática" (RHC 54.563/RO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/05/2015, DJe 20/05/2015).

2. Caso em que a inquirição prévia das testemunhas, marcada para outubro de 2014, justificou-se pelo risco de extinção da prova oral, haja vista a data em que os fatos narrados na denúncia ocorreram (junho de 2008), ressaltando o acórdão impugnado a preocupação do magistrado singular com a preservação da verdade real.

3. Em obediência ao princípio pas de nullité sans grief, que vigora no processo penal pátrio (art. 563), não se declara nulidade de ato se dele não resulta prejuízo para qualquer das partes. Precedentes.

4. Recurso ordinário desprovido. (RHC 61.488/RR, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe de 01/09/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...). PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. ART. 366 DO CPP. PROVA TESTEMUNHAL. MEDIDA CAUTELAR. CARÁTER URGENTE. FALIBILIDADE DA MEMÓRIA HUMANA. RELEVANTE TRANSCURSO DE TEMPO DESDE A DATA DOS FATOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. Não obstante o enunciado nº 455 da Súmula desta Corte de Justiça disponha que "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", a natureza urgente ensejadora da produção antecipada de provas, nos termos do citado artigo, é inerente à prova testemunhal, tendo em vista a falibilidade da memória humana.

2. Não há como negar o concreto risco de perecimento da prova testemunhal tendo em vista a alta probabilidade de esquecimento dos fatos distanciados do tempo de sua prática, sendo que detalhes relevantes ao deslinde da questão poderão ser perdidos com o decurso do tempo à causa da revelia do acusado.

3. O deferimento da realização da produção antecipada de provas não traz qualquer prejuízo para a defesa, já que, além do ato ser realizado na presença de defensor nomeado, caso o acusado compareça ao processo futuramente, poderá requerer a produção das provas que entender necessárias para a comprovação da tese defensiva.

4. Na hipótese vertente, o temor na demora da produção de prova se justifica pelo fato do suposto delito narrado na denúncia ter ocorrido em 2005, isto é, aproximadamente 5 (cinco) anos antes de proferido o acórdão que determinou a produção antecipada de provas, correndo-se enorme risco de que detalhes relevantes do caso se perdessem na memória das testemunhas, circunstância que evidencia a necessidade da medida antecipatória.

5. Ordem denegada. (HC 210.388/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 19/12/2011).

Por outro lado, tendo em vista a possibilidade de se repetir a prova produzida, não há como reconhecer a nulidade ante a ausência de prejuízo à defesa (art. 563 do CPP). Nesse sentido, colaciono recente julgado da Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TENTADO. RÉU FORAGIDO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. TESTEMUNHAS POLICIAIS. ART. 366 DO CPP. SÚMULA 455 DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

STJ. TEMPERAMENTO. RISCO DE PERECIMENTO DA PROVA. TEMPO E MEMÓRIA. JURISDIÇÃO PENAL E VERDADE. AFETAÇÃO DA MATÉRIA À TERCEIRA SEÇÃO DO STJ. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Desconhecido o paradeiro do acusado após a sua citação por edital, pode o Juiz, fundamentadamente, determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes, visando a justamente resguardar a efetividade da prestação jurisdicional, comprometida com a busca da verdade, diante da possibilidade de perecimento da prova em razão do decurso do tempo.

2. Se, por um lado, a jurisdição penal tem o dever de evitar que o acusado seja processado e julgado à revelia, não pode, a seu turno, ter seus resultados comprometidos pelo tardio depoimento de pessoas que, pela natureza de seu ofício, testemunham diariamente a prática de crimes, cujo registro mnemônico se perde com a sucessão de fatos similares e o decurso do tempo. O processo penal permite ao Estado exercer seu jus puniendi de modo civilizado e eficaz, devendo as regras pertinentes ser lidas e interpretadas sob dúplici vertente - proteção do acusado e proteção da sociedade - sob pena de desequilibrarem-se os legítimos interesses e direitos envolvidos na persecução penal. É dizer, repudia-se tanto a excessiva intervenção estatal na esfera de liberdade individual (proibição de excesso), quanto a deficiente proteção estatal de que são titulares todos os integrantes do corpo social (proibição de proteção penal deficiente).

3. A Lei n. 9.271/1996 - cujo objetivo maior foi o de corrigir a distorção, até então existente em nosso sistema punitivo, de permitir o julgamento à revelia de pessoas não localizadas para serem pessoalmente citadas sobre a existência do processo penal - buscou, todavia, evitar que a nova sistemática introduzida em nosso ordenamento engendrasse a total ineficácia do futuro provimento jurisdicional. Para tanto, previu três alternativas a acompanhar a norma principal (suspensão do processo, objeto do art. 366 do CPP), a saber: a) a suspensão do prazo prescricional; b) a produção de provas urgentes e c) a decretação da prisão preventiva do réu. A oportuna produção da prova urgente decorreu, portanto, do propósito legislativo de não tornar inútil a atividade jurisdicional a ser desenvolvida após o eventual comparecimento do réu não localizado, sob a perspectiva, de difícil refutação, de que a imprevisível duração da suspensão do processo prejudique o encontro da verdade, em face da dificuldade de se reunirem provas idôneas a lastrear a narrativa constante da peça acusatória, ou mesmo a versão que venha a ser apresentada pelo réu.

4. Estudos recentes de Psicologia demonstram a ocorrência frequente do fenômeno psíquico denominado "falsa memória", em razão do qual a pessoa verdadeiramente acredita que viveu determinado fato, frequentemente distorcido, porém, por interpretações subjetivas, convergência de outras memórias e por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sugestões externas, de sorte a interferirem no processo de resgate dos fatos testemunhados.

5. Assim, desde que explicitadas as razões concretas da iniciativa judicial, é justificável a antecipação da colheita da prova testemunhal com arrimo no art. 366 do Código de Processo Penal, de maneira a não se perderem detalhes relevantes ao deslinde da causa e a não comprometer um dos objetivos da persecução penal, qual seja, a busca da verdade, atividade que, conquanto não tenha a pretensão de alcançar a plenitude da compreensão sobre o que ocorreu no passado, deve ser voltada, teleologicamente, à reconstrução dos fatos em caráter aproximativo.

6. Este Superior Tribunal firmou o entendimento segundo o qual o simples argumento de que as testemunhas poderiam esquecer detalhes dos fatos com o decurso do tempo não autoriza a produção antecipada de provas, sendo indispensável fundamentá-la concretamente, sob pena de ofensa à garantia do devido processo legal. É que, muito embora tal esquecimento seja passível de concretização, não poderia ser utilizado como mera conjectura, desvinculado de elementos objetivamente deduzidos. Razão de ser da Súmula 455, do STJ e necessidade de seu temperamento na hipótese retratada nos autos.

7. A fundamentação da decisão que determina a produção antecipada de provas pode limitar-se a destacar a probabilidade de que, não havendo outros meios de prova disponíveis, as testemunhas, pela natureza de sua atuação profissional, marcada pelo contato diário com fatos criminosos que apresentam semelhanças em sua dinâmica, devem ser ouvidas com a possível urgência.

8. No caso sob análise, o Juízo singular, ao antecipar a oitiva das testemunhas arroladas pela acusação, salientou que, por ser a testemunha policial, sua oitiva deve realizar-se com urgência, pois "... o atuar constante no combate à criminalidade expõe o agente da segurança pública a inúmeras situações conflituosas com o ordenamento jurídico, sendo certo que as peculiaridades de cada uma acabam se perdendo em sua memória, seja pela frequência com que ocorrem, ou pela própria similitude dos fatos, sem que isso configure violação à garantia da ampla defesa do acusado..."

9. A realização antecipada de provas não traz prejuízo ínsito à defesa, visto que, a par de o ato ser realizado na presença de defensor nomeado, nada impede que, retomado eventualmente o curso do processo com o comparecimento do réu, sejam produzidas provas que se julgarem úteis à defesa, não sendo vedada a repetição, se indispensável, da prova produzida antecipadamente.

10. Recurso em Habeas Corpus, afetado à Terceira Seção, desprovido. (RHC 64.086/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2016, DJe 09/12/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto a prisão preventiva, disse o Juiz processante (e-STJ fl. 33):

(...)

V) Quanto ao requerimento de prisão preventiva, com razão a d. Autoridade policial e a representante do Ministério Público, eis que o crime ocorreu há mais de 4 anos, não sendo o réu encontrado em momento algum da investigação, o que demonstra que se furta à aplicação da lei penal; bem como há duas testemunhas reservadas arroladas, as quais têm medo do réu, de sorte que a custódia preventiva se faz necessária para a instrução criminal.

Presentes, portanto, duas circunstâncias legais de decretação da prisão preventiva, ora a DECRETO em desfavor de CLÁUDIO ALVES, vulgo "Claudinho".

A prisão preventiva é uma medida excepcional, de natureza cautelar, que autoriza o Estado, observadas as balizas legais e demonstrada a absoluta necessidade, a restringir a liberdade do cidadão antes de eventual condenação com trânsito em julgado (art. 5º, LXI, LXV, LXVI e art. 93, IX, da CF).

Para a privação desse direito fundamental da pessoa humana é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em lastro probatório que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato e revele a imprescindibilidade da medida, vedadas considerações genéricas e vazias sobre a gravidade do crime.

No caso, a necessidade da medida para assegurar a aplicação da lei penal ficou demonstrada, porquanto o recorrente teria se evadido do distrito da culpa encontrando-se em local incerto e não sabido.

Assim, caracterizada a fuga do acusado do distrito da culpa antes mesmo da expedição da ordem de prisão, inexistente qualquer ilegalidade na referência à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

garantia de aplicação da lei penal para embasar a custódia cautelar. (HC n. 124418 AgR, Relator Ministro ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 28/10/2014, publicado em 24/11/2014).

Nesse mesmo sentido:

(...) 2. A fuga do acusado do distrito da culpa é fundamento hábil a justificar a constrição cautelar com o escopo de garantir a aplicação da lei penal. Precedentes. (...) (HC 127188 AgR, Relatora Ministra. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 19/05/2015, publicado em 10/6/2015)

(...) 1. A fuga do distrito da culpa é dado conducente à decretação da prisão preventiva para garantir a instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal. (...) (HC 101132, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 31/05/2011, publicado em 1/7/2011)

Por essas razões, entendo que a medida extrema está devidamente justificada para a garantia da ordem pública e para a aplicação da lei penal, nos termos do art. 312 do CPP.

Por fim, depreende-se dos autos que as medidas cautelares diversas da segregação cautelar não se mostram satisfatórias e suficientes para garantir a proteção da ordem pública. Em caso semelhante, assim decidiu esta Corte Superior:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. FUGA DO DISTRITO DA CULPA. RÉUS FORAGIDOS. MANDADO PRISIONAL NÃO CUMPRIDO. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu jus libertatis antes do pronunciamento antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo penal. A prisão preventiva, portanto, enquanto medida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores (HC n. 93.498/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 18/10/2012).

II - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado, eis que a conduta perpetrada pelos ora recorrentes traduz circunstância apta a justificar a imposição da segregação cautelar, em virtude da necessidade de garantir a aplicação da lei penal, notadamente diante da sua fuga do distrito da culpa, dando ensejo à citação por edital, máxime estando ainda em aberto o mandado prisional (Precedentes do STJ).

Recurso ordinário desprovido.

(RHC 62.928/BA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 21/03/2016)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. EXCESSO DE PRAZO. SUPERVENIÊNCIA DE PRONÚNCIA. ENUNCIADO N. 21 DA SÚMULA DO STJ. PRISÃO PREVENTIVA. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. INVIABILIDADE DE COMPLETO CONHECIMENTO DA MATÉRIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. PERICULOSIDADE DO AGENTE. FUGA APÓS COMETIMENTO DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES DO ART. 319 DO CPP. INVIABILIDADE. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Nos termos do enunciado nº 21 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, "pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução".

3. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

4. Não tendo a defesa juntado aos autos cópia da decisão que decretou originariamente a segregação, fica inviabilizado o completo exame da matéria. É de se ressaltar que o rito do habeas corpus pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos, a existência de constrangimento ilegal imposto ao paciente.

5. Do que consta dos autos, porém, verifica-se a presença de elementos concretos aptos a justificar a segregação. O modus operandi adotado revela grande periculosidade do acusado, uma vez que, em razão de não pagamento de dívida no valor de R\$ 400,00 ao corréu, o paciente atingiu a vítima em frente a padaria com um disparo de arma de fogo nas costas. Tendo a vítima conseguido correr, o paciente a perseguiu através do estabelecimento até os fundos, onde pularam uma cerca que levava a terreno baldio no qual, por meio de novos disparos, foi consumado o homicídio. 6. Os indícios de sua personalidade perigosa, evidenciada pela desproporção entre o crime e os motivos que o ensejaram, bem como pelo modo de cometimento, se reforçam pelas notícias dos autos do receio das testemunhas em relatar os fatos, demonstrando que a segregação é imprescindível para a manutenção da ordem pública. 7.

Por outro lado, convém mencionar que o paciente empreendeu fuga logo após o cometimento do delito, de modo que a prisão preventiva, decretada em 4/12/2015, somente foi efetivada em 5/4/2016, permanecendo o corréu foragido. 8. Com efeito, ao acusado que comete delitos, o Estado deve propiciar meios para o processo alcançar um resultado útil. Assim, determinadas condutas, como a não localização, ausência do distrito da culpa, a fuga (mesmo após o fato) podem demonstrar o intento do agente de frustrar o direito do Estado de punir.

9. Condições subjetivas favoráveis ao paciente não são impeditivas à decretação da prisão cautelar, caso estejam presentes os requisitos autorizadores da referida segregação. Precedentes.

10. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando a segregação encontra-se fundada na gravidade concreta do delito, indicando que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública.

11. Ordem não conhecida.

(HC 418.391/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 22/02/2018)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **nego provimento** ao presente recurso ordinário em *habeas corpus*.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0097440-9

RHC 97.539 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 004550000 20014943620188260000 30258717620138260405 4550000 672/2013 6722013
RI004D55I0000

EM MESA

JULGADO: 26/06/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CLAUDIO ALVES
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ANA CAROLINA CARNEIRO BARDE BEZERRA - RJ165158
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.