



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 37.941 - SP (2013/0159618-3)

RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE
RECORRENTE : FÁBIO DA COSTA PEREIRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM **HABEAS CORPUS**. HOMICÍDIO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. OITIVA DE TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE. INDEFERIMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 455/STJ. RECURSO PROVIDO.

1. "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." (Enunciado n.º 445/STJ).

2. Recurso ordinário em **habeas corpus** provido para determinar que se realize a produção da prova oral na presença do recorrente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de agosto de 2013 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 37.941 - SP (2013/0159618-3)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus** interposto por Fábio da Costa Pereira desafiando acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que o recorrente foi denunciado pela suposta prática da conduta descrita no art. 121, § 2º, II e IV, do Código Penal, perpetrada no dia 7/10/2001. Por estar em lugar incerto e não sabido foi determinada a suspensão do processo e do prazo prescricional, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal, e, ainda, a produção antecipada de provas.

Daí a presente insurgência recursal, na qual pretende, em síntese, seja declarada a nulidade da decisão que determinou a produção antecipada de provas, ante a falta de fundamento idôneo.

Afirma, o recorrente, que foi capturado no ano de 2010 e que a autoridade coatora valeu-se da prova colhida antecipadamente para pronunciá-lo, o que lhe causou prejuízo.

O Ministério Público Federal, ao se manifestar (fls. 100/104), opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 37.941 - SP (2013/0159618-3)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Como visto, pretende-se o reconhecimento da nulidade da decisão que determinou a produção antecipada de provas, a qual serviu de base para a pronúncia do paciente.

Consta dos autos que o recorrente foi denunciado pela suposta prática da conduta descrita no art. 121, § 2º, II e IV, do Código Penal, perpetrada no dia 7/10/2001. Por estar em lugar incerto e não sabido foi determinada a suspensão do processo e do prazo prescricional, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal, e, ainda, a produção antecipada de provas.

O Juízo monocrático, após consultar o Ministério Público para a colheita antecipada de provas, designou audiência de instrução para o dia 1º/10/2001, sem declinar qualquer motivação (cf. fl. 20).

O Tribunal **a quo**, por sua vez, consignou (fls. 56/59):

Inexiste o propalado constrangimento ilegal.

Isto porque a prova testemunhal, em razão do efeito deletério do tempo, é elemento de convicção de suma importância para o encontro da verdade real e, na hipótese vertente, a ordenada colheita antecipada da oitiva encontra estribo no art. 92 em combinação com o art. 93, ambos do Código de Processo Penal, orientação está que se afina com precedente do Superior Tribunal de Justiça (RHC 6408, Rel. Min. GILSON DIPP).

Nesse contexto, a determinação desta produção antecipada pode ser, inclusive, de ofício (DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, Código de Processo Penal Anotado, 23ª edição, Saraiva, p. 281), desde que acompanhada pelas partes.

De outra banda, não se pode olvidar que inexiste nulidade por presunção. Noutros dizeres, sem inequívoca prova de que tenha havido efetivo prejuízo exegese do art. 563, do Código de Processo Penal, consagrando-se, destarte, 'paes de nullité Sans grief'.

[...]

O paciente foi citado por edital (fls. 10), sendo revel (fls. 11). A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instrução sofreu os efeitos do art. 366, do Código de Processo, sendo postulado pela acusação a antecipação da prova (fls. 12 e verso), sendo indicado Defensor para acompanhar o ato processual (fls. 13). E, nesse contexto, colheu-se a palavra de oito pessoas que foram arroladas pela acusação.

Note-se que inexistiu, até aqui, com a devida vênia, nenhuma ofensa a preceito constitucional.

Posteriormente, o paciente veio a ser encontrado, interrogado, repudiando a autoria, sendo colocado em liberdade à ausência dos pressupostos da custódia cautelar (fls. 19/20).

Sobreveio pronúncia e, então, o paciente postulou a conversão do julgamento em diligência, o que foi indeferido. Sendo devidamente intimado a apresentar memoriais, limitou-se a informar que os havia protocolado.

E, dessa forma, ingressou no processo, tomou conhecimento da prova oral antecipada e se resignou.

Onde, destarte, estaria o propalado prejuízo ?

Houve, portanto, plena asseguarção do devido processo legal, da amplitude de defesa e do contraditório. E a antecipação da prova oral veio como garantia da efetividade da prestação jurisdicional. A decisão

atacada traz farta fundamentação e, por conseguinte, não pode ser rotulada como maculada, até porque o crime ocorreu há mais de uma década.

Confira-se, a este teor, precedente do Superior Tribunal de Justiça;

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, e inerente à prova testemunhal, tendo em vista a falibilidade da memória humana. 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, 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. 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 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' (HC 210388/SP, Rel. Mín. JORGE MUSSI, DJ de 19.12.2011, grifos nossos).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No mesmo sentido a recentíssima decisão da Corte Superior HC 132277 / SP, Rel. Min. OG FERNANDES, DJ de 24.10.2012.
Diante do exposto, pelo meu voto, denega-se a ordem.

Depreende-se que o Juízo monocrático deferiu a produção antecipada da prova oral, no que foi acompanhado pelo Tribunal de origem, com base no decurso do tempo.

Destarte, esse entendimento vai de encontro à orientação firmada nesta Corte Superior, no sentido de que não basta, simplesmente, a alegação do decurso do tempo, para se ter por urgente a produção da prova, antecipando a sua realização à regular instrução, em face de encontrar-se o processo suspenso, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal, devendo a decisão basear-se em elementos concretos dos autos que possam demonstrar a necessidade premente daquela prova, sob pena de ser ilegal. O que, em verdade, não é o caso dos autos.

Nesse sentido, confirmam-se:

A - PROCESSUAL PENAL. RÉU REVEL. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO LAPSO PRESCRICIONAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA ORAL. MERO DECURSO DO TEMPO. JUSTIFICATIVA INSUFICIENTE. DEMONSTRAÇÃO CONCRETA DA NECESSIDADE. SÚMULA 455/STJ.

1. 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.

2. Ordem concedida para restabelecer a decisão de primeiro grau de jurisdição. (HC 102.758/SP, Relatora Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJe 22/11/2010)

B - HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO CURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 366 DO CPP. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA TESTEMUNHAL. NECESSIDADE NÃO DEMONSTRADA. CITAÇÃO POR EDITAL. NÃO-COMPARECIMENTO DO RÉU. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO PRAZO PRESCRICIONAL. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Sujeitam-se à produção antecipada, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal, as provas consideradas urgentes mediante a prudente avaliação no caso concreto, a ser realizada pelo Juízo processante.

2. A gravidade do delito e o decurso de tempo não justificam a antecipação da prova oral, porquanto a sua urgência não decorre da natureza da prova testemunhal, mas das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias peculiares a serem analisadas caso a caso, inexistindo direito público subjetivo da acusação à sua produção antecipada.

3. A disposição contida no 366 do CPP acerca da prisão preventiva não enseja hipótese de custódia cautelar obrigatória, tendo em vista a remissão aos requisitos contidos no art. 312 do mesmo estatuto.

Assim, a decisão que a decreta, quando o réu se mostra revel, também deve fazer menção à situação concreta em que a liberdade do paciente evidenciaria risco à garantia da ordem pública, da ordem econômica, à conveniência da instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

4. Ordem concedida. (HC 67.672/SP, Relator Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**, DJe 04/08/2008)

O Supremo Tribunal Federal também já teve oportunidade de decidir :

A - RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE OITIVA DE TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE. INDEFERIMENTO.

O artigo 366 do Código de Processo Penal prevê a possibilidade da produção antecipada de provas e o artigo 225, ao dispor especificamente sobre a prova testemunhal, fornece os parâmetros que autorizam a antecipação da oitiva de testemunhas.

O Juiz não está vinculado a fórmulas genéricas, válidas para todo e qualquer caso, como o esquecimento pelo decurso do tempo e a possibilidade de mudança de domicílio, ora invocados pelo Ministério Público estadual.

Recurso ordinário em **habeas corpus** a que se dá provimento para restabelecer a decisão que indeferiu a produção antecipada da oitiva de testemunha. (RHC nº 85.311/SP, Relator o Ministro **EROS GRAU**, DJU de 1º/4/2005)

B - AÇÃO PENAL. Processo suspenso. Prova. Produção antecipada. 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). Recurso provido. 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 produção antecipada de prova testemunhal, apenas quando esta seja urgente nos termos do art. 225 do Código de Processo Penal.' (RHC nº 83.709-3/SP, Relator o Ministro JOAQUIM BARBOSA, DJU de 1/7/2005)

Por fim, invoco o enunciado n.º 455 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça:

A decisão que determina a produção antecipada de provas com base



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para tornar sem efeito a audiência para a produção da prova antecipada e determinar que outra seja realizada na presença do recorrente.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0159618-3

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 37.941 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 006.01.016992-5 2099815520128260000 6010169925 RI001H1ON0000

EM MESA

JULGADO: 27/08/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FÁBIO DA COSTA PEREIRA

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocado do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.