



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 88.099 - RJ (2017/0198905-4)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
RECORRENTE : LEONARDO SPANGENBERG TARRE BORGES
ADVOGADOS : MARCUS VINICIUS LOSSO DOS SANTOS - RJ081909
FABIANNA RAMPAZZO MACHADO SANTOS - RJ147457
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. FUGA DO DISTRITO DA CULPA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. FALTA DE CONTEMPORANEIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. DECURSO DE LAPSO TEMPORAL DE MAIS DE 6 ANOS DESDE A DATA DO FATO. POSSIBILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. RECURSO EM *HABEAS CORPUS* IMPROVIDO.

1. Apresentada fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva, evidenciada no fato de o recorrente estar foragido desde a prática da conduta delituosa, não se há falar em ilegalidade do decreto prisional.
2. Não procede a alegação de ausência de contemporaneidade do decreto prisional, uma vez que o óbice criado pelo recorrente no curso da instrução criminal não pode ser utilizado em seu benefício como pretexto para ausência de contemporaneidade do decreto cautelar.
3. Para que se admita a produção antecipada de provas, nos termos do art. 366 do CPP, exige-se a demonstração, com fundamento em dados concretos, da necessidade da medida excepcional, não sendo bastante a mera alegação abstrata de urgência.
4. Assim, entende-se devida a antecipação da produção de provas com fundamento no decurso do tempo entre o cometimento do ilícito e a decisão que determinou a produção antecipada, tendo em vista o decurso de lapso temporal superior a 6 anos, e a revelia do agente. Precedentes.
5. Ademais, inviável acolher a alegação de nulidade da decisão que determinou a antecipação da produção de provas requerida somente após 14 anos do *decisum* que aplicou o art. 366 do CPP.
6. Recurso em *habeas corpus* improvido.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, que ressaltou entendimento pessoal. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator.

Brasília (DF), 14 de agosto de 2018 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Presidente e Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 88.099 - RJ (2017/0198905-4)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

RECORRENTE : LEONARDO SPANGENBERG TARRE BORGES

**ADVOGADOS : MARCUS VINICIUS LOSSO DOS SANTOS - RJ081909
FABIANNA RAMPAZZO MACHADO SANTOS - RJ147457**

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de recurso em *habeas corpus* interposto por LEONARDO SPANGENBERG TARRE BORGES, em face do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que denegou o *writ* de origem, em acórdão assim ementado:

EMENTA – HABEAS CORPUS.

PACIENTE DENUNCIADO EM 16/02/2000 PELO CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO POR DISSIMULAÇÃO (ART. 121, § 2.º, IV, DO CÓDIGO PENAL). ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS QUE AUTORIZAM A CUSTÓDIA CAUTELAR E EM DECORRÊNCIA DA DESNECESSIDADE DA MEDIDA EXTREMA.

PRETENSÃO À REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA OU À APLICAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR EM SUBSTITUIÇÃO QUE SE NEGA. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA, COM OBSERVÂNCIA AO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CUSTÓDIA NECESSÁRIA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, NA FORMA DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CRIME GRAVÍSSIMO, POSSUINDO, INCLUSIVE, NATUREZA HEDIONDA.

PRISÃO PREVENTIVA BASEADA NA APURAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS PRESENTES NO INQUÉRITO POLICIAL QUE FUNDAMENTOU A DENÚNCIA. A EVIDENTE OCULTAÇÃO DO RÉU, ACOBERTADO POR SEUS FAMILIARES, FORAM FATORES DETERMINANTES PARA A DECRETAÇÃO DO ERGÁSTULO CAUTELAR, SITUAÇÃO ESTA QUE SE PERDURA ATÉ OS DIAS ATUAIS, INEXISTINDO A REDUÇÃO DOS RISCOS PROCESSUAIS ALEGADOS PELOS IMPETRANTES.

PACIENTE QUE, ATÉ A PRESENTE DATA, PERMANECE EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO.

MEDIDAS CAUTELARES INADEQUADAS, ANTE A GRAVIDADE DA CONDUTA, EM TESE, PERPETRADA PELO PACIENTE, CUJA PENA MÁXIMA PREVISTA PARA O CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO É SUPERIOR A 04 ANOS (ART. 313, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL).

EVENTUAIS PRIMARIEDADE, RESIDÊNCIA E DOMICÍLIOS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FIXOS NO CHAMADO DISTRITO DA CULPA, POR SI SÓS, NÃO JUSTIFICAM A CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA, QUANDO EXISTEM OUTROS DADOS QUE EVIDENCIAM A NECESSIDADE DA CUSTÓDIA.

NULIDADE DA DECISÃO QUE DEFERIU A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA ORAL. INCONSISTÊNCIA. TRATANDO-SE DE AÇÃO PENAL EM QUE SE APURA DELITO DOLOSO CONTRA A VIDA, A COMPETÊNCIA PARA SUA APRECIÇÃO É DO TRIBUNAL DO JÚRI.

SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO CURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL, COM FULCRO NO ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, CORRETA, CONSIDERANDO, ACERTADAMENTE, PRODUZIDA POR ANTECIPAÇÃO A PROVA TESTEMUNHAL COLHIDA NA INSTRUÇÃO, OBSERVADO O CONTRADITÓRIO, EIS QUE TAL SOLUÇÃO ERA A MAIS VIÁVEL E JUSTIFICÁVEL, TENDO EM VISTA O LAPSO TEMPORAL DECORRIDO ENTRE A DATA DO FATO (03/09/1996) E A DATA DA DECISÃO (28/04/2003).

AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

DENEGAÇÃO DA ORDEM.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela prática do delito previsto no art. 121, § 2º, IV, do Código Penal.

Ato seguinte, a defesa impetrou *habeas corpus* perante a Corte de origem, a qual denegou a ordem.

No presente recurso em *habeas corpus*, alega que não estariam presentes os requisitos que autorizam a prisão cautelar, elencados no art. 312 do CPP, e que haveria falta de contemporaneidade da cautelar penal, tendo em vista tratar-se de fato ocorrido no ano de 1996 e que, somente após quatro anos, em 2000, sobreveio a denúncia e a decretação da custódia, sem a indicação de fato contemporâneo para justificar a cautelaridade da medida extrema.

Ressalta que o paciente é primário e que não possui antecedentes.

Sustenta, por fim, que não restou demonstrada a necessidade concreta de antecipação da produção da prova oral, conforme dispõe o art. 225 do CPP, o que configura ilegalidade.

Requer o provimento do recurso para que seja revogada prisão preventiva, ou a aplicação das medidas cautelares do art. 319 do CPP e, ainda, que seja declarada a nulidade da decisão que deferiu a antecipação da prova oral, determinando o seu desentranhamento dos autos.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

Na origem, o processo n. 0000214-29.2000.8.19.0072 encontra-se suspenso na forma do art. 366 do CPP e aguarda o cumprimento mandado de prisão expedido em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desfavor do recorrente, conforme informações encaminhadas pela Vara de origem por mensagem eletrônica em 10/5/2018.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 88.099 - RJ (2017/0198905-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

No presente recurso, a defesa requer a revogação da prisão preventiva do recorrente, ao argumento de falta de contemporaneidade dos fatos ensejadores da constrição cautelar e ausência dos requisitos autorizadores elencados no art. 312 do CPP.

Não obstante a excepcionalidade que é a privação cautelar da liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, reveste-se de legalidade a medida extrema quando baseada em elementos concretos, nos termos do art. 312 do CPP.

A decisão de prisão preventiva restou assim fundamentada (fl. 95):

[...].Recebo a denúncia.

Considerando a gravidade do crime narrado e à evidente ocultação do réu, acobertado por seus familiares, em depor sobre os fatos, decreto a prisão preventiva do réu. Expeça-se o mandado de prisão. [...]

Como se vê, a prisão preventiva apresenta fundamento concreto, em razão de o recorrente se encontrar foragido, o que ampara a custódia cautelar para assegurar a aplicação da lei penal e garantir a instrução criminal.

É pacífico o entendimento desta Corte Superior, que a fuga do distrito da culpa é fundamento válido à segregação cautelar, forte da assecuração da aplicação da lei penal. Confira-se: RHC n. 52.178/DF – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Felix Fischer - DJe 2/12/2014; HC n. 289636/SP – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Moura Ribeiro – DJe 23/5/2014; RHC n. 46439/PR – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze – DJe 2/5/2014; HC n. 261383/MG – 5ª T. – Rel. Min. Laurita Vaz – DJe 3/4/2014; HC n. 189212/MG – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Marilza Maynard – Des. convocada do TJSE – DJe 12/12/2013. Em igual sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v.g.: HC n. 120794/MG – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – DJe 8/5/2014; HC n. 115045/SP – 1ª T. – Min. Rosa Weber – DJe 23/4/2013; HC n. 111691/SP – 2ª T. – unânime Rel. Min. Gilmar Mendes – DJe 20/11/2012; HC n. 112738/SP – 2ª T. – unânime – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – DJe 21/11/2012.

De outro lado, quanto à extemporaneidade dos elementos justificadores da custódia cautelar, verifica-se que o Juízo de 1º Grau prestou as seguintes informações (fl. 31):

[...] A denúncia foi recebida no dia 14 de fevereiro de 2000, ocasião em que a douta colega, à época responsável pelo processo, proferiu a seguinte decisão:

"D.R.A. Recebo a denúncia. Considerando a gravidade do crime narrado e a evidente ocultação do réu, acobertado por seus familiares, em depor sobre os fatos, decreto a prisão preventiva do réu. Expeça-se mandado de prisão. Oficie-se para vinda da FAC e das certidões requeridas pelo MP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Designo interrogatório para o dia 20/03/00 às 14:30 h. Cite-se e intime-se. Dê-se ciência ao MP."

Frustradas as tentativas de citação e de efetivação da prisão do paciente, que permanece até a presente data em local incerto e não sabido, apesar de expedidas as diligências localizatórias de praxe, foi determinada a Citação editalícia do mesmo, e, diante do não comparecimento aos autos e da não constituição de advogado, nomeada a Defensoria Pública para a sua defesa (decisão proferida em 23 de outubro de 2001).

Apresentada a defesa prévia, foi designado sumário de acusação, segundo o rito então vigente, ocasião em que foram colhidos os depoimentos de duas testemunhas.

Apresentadas alegações finais, foi proferido o seguinte comando, em 29 de abril de 2003:

"Aguarde-se a captura do réu que encontra-se foragido, renovando-se e reiterando-se os mandados de prisão expedidos. Aplica-se ao caso o artigo 366, caput, do CPP e suspendo o processo e o prazo prescricional, restando, no entanto, produzida, por antecipação, as provas que consideraram-se urgentes face ao lapso temporal decorrido da data do fato até a presente data"

A Defensoria Pública impetrou Habeas Corpus, pugnando pela nulidade da prova até então colhida, havendo denegação, por unanimidade, da Ordem requerida, por V. Acórdão de 29 de julho de 2003 (Habeas Corpus 2561/2003).

É o estado em que se encontra o feito [...].

Nesse contexto, não que há se falar em ausência de contemporaneidade do decreto prisional, uma vez que o acusado se encontra foragido e o óbice criado pelo recorrente no curso da instrução criminal não pode ser utilizado em seu benefício como pretexto para ausência de contemporaneidade do decreto cautelar (RHC 82.940/MT, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 01/02/2018).

Deste modo, não restou constatada e comprovada ilegalidade no decreto de preventiva.

Além disso, postula o reconhecimento de nulidade da decisão que deferiu a antecipação da prova oral, visto que não demonstrada a necessidade da medida, conforme preconiza o art. 225 do CPP.

Na hipótese, os fatos ocorreram no dia 03/09/1996, e a denúncia foi recebida 14/02/2000. Frustradas as tentativas de localização do réu, foi determinada a citação por edital e, diante do seu não comparecimento e da não constituição de advogado, foi nomeada a Defensoria Pública para sua defesa.

Após a apresentação da defesa prévia, foi designado o sumário de acusação, sendo, em 21/01/2002, colhidos os depoimentos de duas testemunhas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apresentadas as alegações finais, o magistrado de origem, em 29/04/2003, suspendeu o processo e o prazo prescricional, pelos seguintes fundamentos (fl. 32):

*Aguarde-se a captura do réu que encontra-se foragido, renovando-se e reiterando-se os mandados de prisão expedidos. Aplica-se ao caso o artigo 366, caput, do CPP e suspendo o processo e o prazo prescricional, restando, no entanto, produzida, por antecipação, as provas que consideraram-se urgentes **face ao lapso temporal decorrido da data do fato até a presente data.***

Suscitada a nulidade, o Tribunal de origem a rejeitou, consignando (fls. 52/53):

Igualmente não merece acolhimento a pretensão de nulidade da decisão que deferiu a produção antecipada de prova oral.

Trata-se de ação penal em que se apura delito doloso contra a vida, a competência para sua apreciação, por óbvio, é do Tribunal do Júri.

*Ainda que assim não fosse, imperioso reconhecer que o posicionamento adotado pela autoridade apontada como coatora está correto, eis que suspendeu o processo e o curso do prazo prescricional, com fulcro no art. 366 do Código de Processo Penal, **considerando, acertadamente, produzida por antecipação a prova testemunhal colhida na instrução, observado o contraditório, eis que tal solução era a mais viável e justificável, tendo em vista o lapso temporal decorrido entre a data do fato (03/09/1996) e a data da decisão (28/04/2003).***

*Ademais, tranqüilo o entendimento das Cortes Superiores no sentido de que a **revelia**, por si só, justifica a produção antecipada de prova testemunhal, não tendo aplicação aqui, contudo, a Súmula 455 Superior Tribunal de Justiça, como pretendem os impetrantes.*

Com efeito, nota-se que o magistrado de piso, levando em conta a revelia do acusado, determinou, em 28/04/2003, a suspensão do processo e o prazo prescricional, considerando, no entanto, produzidas por antecipação as provas testemunhais colhidas em 30/09/2002 (fls. 110/114), ou seja, mais de 6 anos após os fatos, reputadas urgentes face ao lapso temporal decorrido entre a data do fato (03/09/1996) e a medida acautelatória (28/04/2003).

Nesse contexto, verifica-se que a decisão encontra-se de acordo com o entendimento desta Corte, no sentido de que é possível a determinação da antecipação de provas em razão do decurso do grande lapso temporal entre a data dos fatos e a produção antecipada de provas, somada a revelia do paciente. Nesse diapasão:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. MODUS OPERANDI. VIOLÊNCIA. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. RÉU FORAGIDO HÁ 6



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ANOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. ORDEM DENEGADA.

[...]

3. "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" (Súmula 455, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/8/2010, DJe 8/9/2010).

4. Todavia, a anulação da prova colhida exige prova do prejuízo ao réu, o que não aconteceu no presente caso, **em que o réu já se encontra foragido há 6 anos**, e na medida em que o ato foi realizado na presença de defensor público. Além disso, caso o réu compareça ao processo, poderá pedir a repetição da oitiva de testemunhas ou quaisquer outras provas que julgar necessárias. (Precedentes).

5. Ordem denegada.

(HC 389.530/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, **SEXTA TURMA**, julgado em 19/10/2017, DJe 28/11/2017)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CITAÇÃO EDITALÍCIA. SUSPENSÃO DO PROCESSO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DAS PROVAS. MEDIDA JUSTIFICADA. TRANSCURSO DE CINCO ANOS E TENRA IDADE DA VÍTIMA. RECURSO DESPROVIDO.

1. **É possível a produção antecipada das provas quando se demonstra a real necessidade da medida, mediante decisão concretamente fundamentada. In casu, o magistrado justificou a imperiosidade da produção da prova, haja vista o transcurso do período de 5 (cinco) anos e a tenra idade da vítima na data dos fatos (12 anos de idade).**

Não incidência da Súmula 455/STJ. Precedentes.

2. Recurso a que se nega provimento.

(RHC 78.820/BA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, **SEXTA TURMA**, julgado em 07/02/2017, DJe 15/02/2017)

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. RÉ NÃO ENCONTRADA. CITAÇÃO PELA VIA EDITALÍCIA. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. DECURSO DE LAPSO TEMPORAL DE QUASE 5 ANOS DESDE A DATA DO FATO. TESTEMUNHA ACOMETIDA POR DISTÚRPIO PSIQUIÁTRICO COM POSSIBILIDADE DE AGRAVAMENTO.

1 - Para que se admita a produção antecipada de provas, nos termos do art. 366 do CPP, exige-se a demonstração, com fundamento em dados concretos, da necessidade da medida excepcional, não sendo bastante a mera alegação abstrata de urgência. Súmula 455/STJ.

2 - **Denota-se dos autos que a decisão que determinou a providência acautelatória, proferida em abril de 2014, fundou-se na**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possibilidade concreta de perecimento da prova oral, uma vez que o fato ocorreu em 3/5/2009, ou seja, quase 5 anos antes de sua determinação, bem como no fato de que uma das testemunhas encontrava-se acometida por distúrbio psiquiátrico, com possibilidade de agravamento.

3 - Recurso ordinário improvido.

(RHC 54.430/PA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 25/05/2016)

Outrossim, nota-se que a decisão que permitiu a produção antecipada das provas é datada de 2003, e apenas em 2017 a defesa impetrou *habeas corpus* requerendo o reconhecimento da nulidade de tal *decisum*. Assim, transcorridos 14 anos entre a data da decisão e a alegação de nulidade, constata-se a ocorrência da preclusão da matéria. A propósito, cita-se os seguintes precedentes desta Corte:

[...] ROUBO CIRCUNSTANCIADO, ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DOS DEFENSORES DATIVOS QUANTO À DATA DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO E DA REVISÃO CRIMINAL. MÁCULA SUSCITADA APÓS MAIS DE 9 (NOVE) ANOS DA PROLAÇÃO DOS ACÓRDÃOS QUE SE PRETENDE ANULAR. PRECLUSÃO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. A despeito de acarretar nulidade, por cerceamento de defesa, a ausência de intimação pessoal do defensor dativo para a sessão de julgamento do recurso de apelação e do respectivo acórdão, há hipóteses peculiares em que a preclusão se torna óbice ao reconhecimento da eiva articulada. Precedentes.

2. Embora não haja notícias de que os causídicos nomeados para patrocinar o paciente tenham sido pessoalmente intimados para as sessões de julgamento do recurso de apelação e da revisão criminal, verifica-se que a eiva em questão somente foi suscitada após mais de 9 (nove) anos da prolação do aresto que se pretende anular, conduta que afronta a segurança jurídica da qual são revestidas as decisões judiciais irrecorríveis e que importa no reconhecimento da preclusão.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 328.418/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/05/2017, DJe 11/05/2017)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SESSÃO DE JULGAMENTO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR DATIVO. ALEGAÇÃO SUSCITADA DEPOIS DE QUASE 8 ANOS DO TRÂNSITO EM JULGADO. PRECLUSÃO. NULIDADE AFASTADA.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Hipótese em que o defensor dativo foi intimado apenas pelo diário oficial da sessão de julgamento do recurso em sentido estrito, conforme informações prestadas pelo Tribunal de origem.

3. Somente depois de passados quase 8 anos do trânsito em julgado do acórdão atacado, a defesa suscitou a nulidade diretamente nesta Corte, o que revela a preclusão.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 176.265/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 15/02/2016)

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso em habeas corpus.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 88.099 - RJ (2017/0198905-4)

VOTO-VENCIDO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

O emérito relator, Ministro Nefi Cordeiro, assim sumariou o feito:

Trata-se de recurso em *habeas corpus* interposto por LEONARDO SPANGENBERG TARRE BORGES, em face do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que denegou o *writ* de origem, em acórdão assim ementado:

EMENTA – HABEAS CORPUS.

PACIENTE DENUNCIADO EM 16/02/2000 PELO CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO POR DISSIMULAÇÃO (ART. 121, § 2.º, IV, DO CÓDIGO PENAL). ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS QUE AUTORIZAM A **CUSTÓDIA CAUTELAR** E EM DECORRÊNCIA DA DESNECESSIDADE DA MEDIDA EXTREMA.

PRETENSÃO À **REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA OU À APLICAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR EM SUBSTITUIÇÃO** QUE SE NEGA. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA, COM OBSERVÂNCIA AO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CUSTÓDIA NECESSÁRIA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, NA FORMA DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CRIME GRAVÍSSIMO, POSSUINDO, INCLUSIVE, NATUREZA HEDIONDA.

PRISÃO PREVENTIVA BASEADA NA APURAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS PRESENTES NO INQUÉRITO POLICIAL QUE FUNDAMENTOU A DENÚNCIA. A EVIDENTE OCULTAÇÃO DO RÉU, ACOBERTADO POR SEUS FAMILIARES, FORAM FATORES DETERMINANTES PARA A DECRETAÇÃO DO ERGÁSTULO CAUTELAR, SITUAÇÃO ESTA QUE SE PERDURA ATÉ OS DIAS ATUAIS, INEXISTINDO A REDUÇÃO DOS RISCOS PROCESSUAIS ALEGADOS PELOS IMPETRANTES.

PACIENTE QUE, ATÉ A PRESENTE DATA, PERMANECE EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO.

MEDIDAS CAUTELARES INADEQUADAS, ANTE A GRAVIDADE DA CONDUTA, EM TESE, PERPETRADA PELO PACIENTE, CUJA PENA MÁXIMA PREVISTA PARA O CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO É SUPERIOR A 04 ANOS (ART. 313, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL).

EVENTUAIS PRIMARIEDADE, RESIDÊNCIA E DOMICÍLIOS FIXOS NO CHAMADO DISTRITO DA CULPA, POR SI SÓS, NÃO JUSTIFICAM A CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA, QUANDO EXISTEM OUTROS DADOS QUE EVIDENCIAM A NECESSIDADE DA CUSTÓDIA.

NULIDADE DA DECISÃO QUE DEFERIU A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA ORAL. INCONSISTÊNCIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRATANDO-SE DE AÇÃO PENAL EM QUE SE APURA DELITO DOLOSO CONTRA A VIDA, A COMPETÊNCIA PARA SUA APRECIÇÃO É DO TRIBUNAL DO JÚRI.

SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO CURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL, COM FULCRO NO ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, CORRETA, CONSIDERANDO, ACERTADAMENTE, PRODUZIDA POR ANTECIPAÇÃO A PROVA TESTEMUNHAL COLHIDA NA INSTRUÇÃO, OBSERVADO O CONTRADITÓRIO, EIS QUE TAL SOLUÇÃO ERA A MAIS VIÁVEL E JUSTIFICÁVEL, TENDO EM VISTA O LAPSO TEMPORAL DECORRIDO ENTRE A DATA DO FATO (03/09/1996) E A DATA DA DECISÃO (28/04/2003).

AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.
DENEGAÇÃO DA ORDEM.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela prática do delito previsto no art. 121, § 2º, IV, do Código Penal.

Ato seguinte, a defesa impetrou *habeas corpus* perante a Corte de origem, a qual denegou a ordem.

No presente recurso em *habeas corpus*, alega que não estariam presentes os requisitos que autorizam a prisão cautelar, elencados no art. 312 do CPP, e que haveria falta de contemporaneidade da cautelar penal, tendo em vista tratar-se de fato ocorrido no ano de 1996 e que, somente após quatro anos, em 2000, sobreveio a denúncia e a decretação da custódia, sem a indicação de fato contemporâneo para justificar a cautelaridade da medida extrema.

Ressalta que o paciente é primário e que não possui antecedentes.

Sustenta, por fim, que não restou demonstrada a necessidade concreta de antecipação da produção da prova oral, conforme dispõe o art. 225 do CPP, o que configura ilegalidade.

Requer o provimento do recurso para que seja revogada prisão preventiva, ou a aplicação das medidas cautelares do art. 319 do CPP e, ainda, que seja declarada a nulidade da decisão que deferiu a antecipação da prova oral, determinando o seu desentranhamento dos autos.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

Na origem, o processo n. 0000214-29.2000.8.19.0072 encontra-se suspenso na forma do art. 366 do CPP e aguarda o cumprimento mandado de prisão expedido em desfavor do recorrente, conforme informações encaminhadas pela Vara de origem por mensagem eletrônica em 10/5/2018.

É o relatório.

Segundo sua ótica, que se sagrou vencedora no seio da colenda Sexta Turma desta Corte, o recurso ordinário foi improvido, aos seguintes fundamentos:

No presente recurso, a defesa requer a revogação da prisão preventiva do recorrente, ao argumento de falta de contemporaneidade dos fatos ensejadores da constrição cautelar e ausência dos requisitos autorizadores elencados no art. 312 do CPP.

Não obstante a excepcionalidade que é a privação cautelar da liberdade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, reveste-se de legalidade a medida extrema quando baseada em elementos concretos, nos termos do art. 312 do CPP.

A decisão de prisão preventiva restou assim fundamentada (fl. 95):

[...].Recebo a denúncia.

Considerando a gravidade do crime narrado e à evidente ocultação do réu, acobertado por seus familiares, em depor sobre os fatos, decreto a prisão preventiva do réu. Expeça-se o mandado de prisão. [...]

Como se vê, a prisão preventiva apresenta fundamento concreto, em razão de o recorrente se encontrar foragido, o que ampara a custódia cautelar para assegurar a aplicação da lei penal e garantir a instrução criminal.

É pacífico o entendimento desta Corte Superior, que a fuga do distrito da culpa é fundamento válido à segregação cautelar, forte da asseguarção da aplicação da lei penal. Confira-se: RHC n. 52.178/DF – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Felix Fischer - DJe 2/12/2014; HC n. 289636/SP – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Moura Ribeiro – DJe 23/5/2014; RHC n. 46439/PR – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze – DJe 2/5/2014; HC n. 261383/MG – 5ª T. – Rel. Min. Laurita Vaz – DJe 3/4/2014; HC n. 189212/MG – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Marilza Maynard – Des. convocada do TJSE – DJe 12/12/2013. Em igual sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v.g.: HC n. 120794/MG – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – DJe 8/5/2014; HC n. 115045/SP – 1ª T. – Min. Rosa Weber – DJe 23/4/2013; HC n. 111691/SP – 2ª T. – unânime Rel. Min. Gilmar Mendes – DJe 20/11/2012; HC n. 112738/SP – 2ª T. – unânime – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – DJe 21/11/2012.

De outro lado, quanto à extemporaneidade dos elementos justificadores da custódia cautelar, verifica-se que o Juízo de 1º Grau prestou as seguintes informações (fl. 31):

[...] A denúncia foi recebida no dia 14 de fevereiro de 2000, ocasião em que a douta colega, à época responsável pelo processo, proferiu a seguinte decisão:

"D.R.A. Recebo a denúncia. Considerando a gravidade do crime narrado e a evidente ocultação do réu, acobertado por seus familiares, em depor sobre os fatos, decreto a prisão preventiva do réu. Expeça-se mandado de prisão. Oficie-se para vinda da FAC e das certidões requeridas pelo MP. Designo interrogatório para o dia 20/03/00 às 14:30 h. Cite-se e intime-se. Dê-se ciência ao MP."

Frustradas as tentativas de citação e de efetivação da prisão do paciente, que permanece até a presente data em local incerto e não sabido, apesar de expedidas as diligências localizatórias de praxe, foi determinada a Citação editalícia do mesmo, e, diante do não comparecimento aos autos e da não constituição de advogado, nomeada a Defensoria Pública para a sua defesa (decisão proferida em 23 de outubro de 2001).

Apresentada a defesa prévia, foi designado sumário de acusação, segundo o rito então vigente, ocasião em que foram colhidos os depoimentos de duas testemunhas.

Apresentadas alegações finais, foi proferido o seguinte comando, em 29 de abril de 2003:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Aguarde-se a captura do réu que encontra-se foragido, renovando-se e reiterando-se os mandados de prisão expedidos. Aplica-se ao caso o artigo 366, caput, do CPP e suspendo o processo e o prazo prescricional, restando, no entanto, produzida, por antecipação, as provas que consideraram-se urgentes face ao lapso temporal decorrido da data do fato até a presente data"

A Defensoria Pública impetrou Habeas Corpus, pugnando pela nulidade da prova até então colhida, havendo denegação, por unanimidade, da Ordem requerida, por V. Acórdão de 29 de julho de 2003 (Habeas Corpus 2561/2003).

É o estado em que se encontra o feito [...].

Nesse contexto, não que há se falar em ausência de contemporaneidade do decreto prisional, uma vez que o acusado se encontra foragido e o óbice criado pelo recorrente no curso da instrução criminal não pode ser utilizado em seu benefício como pretexto para ausência de contemporaneidade do decreto cautelar (RHC 82.940/MT, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 01/02/2018).

Deste modo, não restou constatada e comprovada ilegalidade no decreto de preventiva.

Além disso, postula o reconhecimento de nulidade da decisão que deferiu a antecipação da prova oral, visto que não demonstrada a necessidade da medida, conforme preconiza o art. 225 do CPP.

Na hipótese, os fatos ocorreram no dia 03/09/1996, e a denúncia foi recebida 14/02/2000. Frustradas as tentativas de localização do réu, foi determinada a citação por edital e, diante do seu não comparecimento e da não constituição de advogado, foi nomeada a Defensoria Pública para sua defesa.

Após a apresentação da defesa prévia, foi designado o sumário de acusação, sendo, em 21/01/2002, colhidos os depoimentos de duas testemunhas.

Apresentadas as alegações finais, o magistrado de origem, em 29/04/2003, suspendeu o processo e o prazo prescricional, pelos seguintes fundamentos (fl. 32):

Aguarde-se a captura do réu que encontra-se foragido, renovando-se e reiterando-se os mandados de prisão expedidos. Aplica-se ao caso o artigo 366, caput, do CPP e suspendo o processo e o prazo prescricional, restando, no entanto, produzida, por antecipação, as provas que consideraram-se urgentes face ao lapso temporal decorrido da data do fato até a presente data.

Suscitada a nulidade, o Tribunal de origem a rejeitou, consignando (fls. 52/53):

Igualmente não merece acolhimento a pretensão de nulidade da decisão que deferiu a produção antecipada de prova oral.

Trata-se de ação penal em que se apura delito doloso contra a vida, a competência para sua apreciação, por óbvio, é do Tribunal do Júri.

Ainda que assim não fosse, imperioso reconhecer que o posicionamento adotado pela autoridade apontada como coatora está



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

correto, eis que suspendeu o processo e o curso do prazo prescricional, com fulcro no art. 366 do Código de Processo Penal, **considerando, acertadamente, produzida por antecipação a prova testemunhal colhida na instrução, observado o contraditório, eis que tal solução era a mais viável e justificável, tendo em vista o lapso temporal decorrido entre a data do fato (03/09/1996) e a data da decisão (28/04/2003).**

Ademais, tranqüilo o entendimento das Cortes Superiores no sentido de que a **revelia**, por si só, justifica a produção antecipada de prova testemunhal, não tendo aplicação aqui, contudo, a Súmula 455 Superior Tribunal de Justiça, como pretendem os impetrantes.

Com efeito, nota-se que o magistrado de piso, levando em conta a revelia do acusado, determinou, em 28/04/2003, a suspensão do processo e o prazo prescricional, considerando, no entanto, produzidas por antecipação as provas testemunhais colhidas em 30/09/2002 (fls. 110/114), ou seja, mais de 6 anos após os fatos, reputadas urgentes face ao lapso temporal decorrido entre a data do fato (03/09/1996) e a medida acautelatória (28/04/2003).

Nesse contexto, verifica-se que a decisão encontra-se de acordo com o entendimento desta Corte, no sentido de que é possível a determinação da antecipação de provas em razão do decurso do grande lapso temporal entre a data dos fatos e a produção antecipada de provas, somada a revelia do paciente. Nesse diapasão:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. MODUS OPERANDI. VIOLÊNCIA. **PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. RÉU FORAGIDO HÁ 6 ANOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. ORDEM DENEGADA.**

[...]

3. "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" (Súmula 455, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/8/2010, DJe 8/9/2010).

4. Todavia, a anulação da prova colhida exige prova do prejuízo ao réu, o que não aconteceu no presente caso, **em que o réu já se encontra foragido há 6 anos**, e na medida em que o ato foi realizado na presença de defensor público. Além disso, caso o réu compareça ao processo, poderá pedir a repetição da oitiva de testemunhas ou quaisquer outras provas que julgar necessárias. (Precedentes).

5. Ordem denegada.

(HC 389.530/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, **SEXTA TURMA**, julgado em 19/10/2017, DJe 28/11/2017)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CITAÇÃO EDITALÍCIA. SUSPENSÃO DO PROCESSO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DAS PROVAS. MEDIDA JUSTIFICADA. TRANSCURSO DE CINCO ANOS E TENRA IDADE DA VÍTIMA. RECURSO DESPROVIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. É possível a produção antecipada das provas quando se demonstra a real necessidade da medida, mediante decisão concretamente fundamentada. In casu, o magistrado justificou a imperiosidade da produção da prova, haja vista o transcurso do período de 5 (cinco) anos e a tenra idade da vítima na data dos fatos (12 anos de idade).

Não incidência da Súmula 455/STJ. Precedentes.

2. Recurso a que se nega provimento.

(RHC 78.820/BA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 15/02/2017)

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. RÉ NÃO ENCONTRADA. CITAÇÃO PELA VIA

EDITALÍCIA. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. DECURSO DE LAPSO TEMPORAL DE QUASE 5 ANOS DESDE A DATA DO FATO. TESTEMUNHA ACOMETIDA POR DISTÚRBIO PSIQUIÁTRICO COM POSSIBILIDADE DE AGRAVAMENTO.

1 - Para que se admita a produção antecipada de provas, nos termos do art. 366 do CPP, exige-se a demonstração, com fundamento em dados concretos, da necessidade da medida excepcional, não sendo bastante a mera alegação abstrata de urgência. Súmula 455/STJ.

2 - Denota-se dos autos que a decisão que determinou a providência acautelatória, proferida em abril de 2014, fundou-se na possibilidade concreta de perecimento da prova oral, uma vez que o fato ocorreu em 3/5/2009, ou seja, quase 5 anos antes de sua determinação, bem como no fato de que uma das testemunhas encontrava-se acometida por distúrbio psiquiátrico, com possibilidade de agravamento.

3 - Recurso ordinário improvido.

(RHC 54.430/PA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 25/05/2016)

Outrossim, nota-se que a decisão que permitiu a produção antecipada das provas é datada de 2003, e apenas em 2017 a defesa impetrou *habeas corpus* requerendo o reconhecimento da nulidade de tal *decisum*. Assim, transcorridos 14 anos entre a data da decisão e a alegação de nulidade, constata-se a ocorrência da preclusão da matéria. A propósito, cita-se os seguintes precedentes desta Corte:

[...] ROUBO CIRCUNSTANCIADO, ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DOS DEFENSORES DATIVOS QUANTO À DATA DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO E DA REVISÃO CRIMINAL. MÁCULA SUSCITADA APÓS MAIS DE 9 (NOVE) ANOS DA PROLAÇÃO DOS ACÓRDÃOS QUE SE PRETENDE ANULAR. PRECLUSÃO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. A despeito de acarretar nulidade, por cerceamento de defesa, a ausência de intimação pessoal do defensor dativo para a sessão de julgamento do recurso de apelação e do respectivo acórdão, há hipóteses



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

peculiares em que a preclusão se torna óbice ao reconhecimento da eiva articulada. Precedentes.

2. Embora não haja notícias de que os causídicos nomeados para patrocinar o paciente tenham sido pessoalmente intimados para as sessões de julgamento do recurso de apelação e da revisão criminal, verifica-se que a eiva em questão somente foi suscitada após mais de 9 (nove) anos da prolação do aresto que se pretende anular, conduta que afronta a segurança jurídica da qual são revestidas as decisões judiciais irrecorríveis e que importa no reconhecimento da preclusão.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 328.418/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/05/2017, DJe 11/05/2017)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SESSÃO DE JULGAMENTO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR DATIVO. ALEGAÇÃO SUSCITADA DEPOIS DE QUASE 8 ANOS DO TRÂNSITO EM JULGADO. PRECLUSÃO. NULIDADE AFASTADA.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Hipótese em que o defensor dativo foi intimado apenas pelo diário oficial da sessão de julgamento do recurso em sentido estrito, conforme informações prestadas pelo Tribunal de origem.

3. Somente depois de passados quase 8 anos do trânsito em julgado do acórdão atacado, a defesa suscitou a nulidade diretamente nesta Corte, o que revela a preclusão.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 176.265/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 15/02/2016)

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso em *habeas corpus*.

Não obstante os judiciosos argumentos lançados pelo ínclito relator, aos quais se acostaram os componentes da douta maioria, restou esta Ministra vencida, juntamente com o preclaro Ministro Sebastião Reis, no tocante ao parcial provimento recursal. Fi-lo com fulcro nos argumentos que seguem.

Ao que cuido, relativamente à produção antecipada de provas, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, sequer primou o magistrado de primeiro grau a despender qualquer fundamentação idônea para a colheita precoce, cingindo-se a meramente determiná-la pelo decurso temporal (fl. 121).

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. MERO DECURSO DO TEMPO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. SÚMULA N. 455 DO STJ. RECURSO NÃO 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 (Súmula n. 455 do STJ).

2. A legalidade da decisão que deferiu a prova deve ser aferida de acordo com a motivação do Juízo natural da causa, pois o Tribunal do *habeas corpus* originário não pode, em ação concebida para tutela da liberdade humana, suprir-lhe as deficiências.

3. Agravo regimental não provido."

(AgRg no RHC 43.202/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 06/04/2015)

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. FURTO. REVELIA. CITAÇÃO POR EDITAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. URGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. SÚMULA N. 455 DO STJ. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça - STJ, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante ilegalidade.

- A produção antecipada de provas com base no art. 366 do Código de Processo Penal não pode ser justificada unicamente no mero decurso do tempo, nos termos do enunciado n. 455 da Súmula do STJ.

- *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reformar a decisão que determinou a produção antecipada de provas no curso da Ação Penal n. 0919578-90.2012.8.26.0037, em trâmite no Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Araraquara/SP."

(HC 289.173/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 25/03/2015)

"PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. REVELIA. CITAÇÃO POR EDITAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. URGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. SÚMULA 455 DO STJ.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, a não ser em hipóteses excepcionais, quando a ilegalidade apontada for flagrante, situação em que a ordem deve ser concedida de ofício.

2. Nos termos do art. 366 da Lei Processual Penal, a produção antecipada de provas está adstrita àquelas consideradas de natureza urgente pelo Juízo processante, consoante sua prudente avaliação, no caso concreto.

3. Não serve como justificativa a mera alusão a risco abstrato de que a prova possa se perder durante o tempo em que perdurar a suspensão do processo.

4. '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' - Súmula 455/STJ.

5. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido de ofício."

(HC 227.029/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 19/11/2014)

"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)

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PROCESSUAL PENAL. CRIME DO ART. 12 DA LEI N.º 10.826/03. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. CARÁTER DE URGÊNCIA NÃO DEMONSTRADO. SÚMULA N.º 455 DESTE TRIBUNAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. O Juízo processante indeferiu o pedido de produção antecipada das provas, porque o delito imputado ao Paciente seria de menor gravidade e em atenção ao princípio da ampla defesa. O Tribunal de origem cassou a decisão de primeiro grau, ao fundamento de que 'o decurso do tempo é capaz de prejudicar a memória dos fatos, em detrimento da apuração da verdade real.'

4. Todavia, '[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.' (Súmula 455/STJ)

5. Ordem de *habeas corpus* não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para, cassando o acórdão combatido, restabelecer a decisão de primeiro grau que indeferiu o pedido de produção antecipada das provas, nos autos da Ação Penal n.º 0046215-06.2010.8.26.0577 - Controle 1341/10, confirmando a liminar anteriormente deferida."

(HC 280.319/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 07/03/2014)

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

"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:

"Agravos regimentais. Ação cautelar. Produção antecipada de provas. Ausência de perigo. Agravos regimentais não providos.

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. Agravos regimentais 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 3.9.1996, foi a providência cautelar determinada em 28.4.2003, 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, pelo contrário promoveu a produção antecipada da prova sem qualquer justificativa concreta. Apura-se, portanto, quadro de patente violação do dever constitucional de motivação das decisões judiciais.

Pois bem, com amparo em tais considerações, a despeito do entendimento dos meus pares, que não deixo de homenagear, resigno-me a condição de vencida, entendendo pelo provimento recursal em parte.

Ante o exposto, sem qualquer desdouro à culta maioria, **dou parcial provimento** ao recurso ordinário a fim de anular a colheita antecipada de provas realizada nos autos do Processo n.º 0000514-29.2000.8.19.0072, da Vara Única da Comarca de Paty do Alferes/RJ, com o desentranhamento desses elementos probatórios dos autos, caso porventura já colhidos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0198905-4 **PROCESSO ELETRÔNICO** **RHC 88.099 / RJ**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00321798920178190000 20000720005140 321798920178190000 5142920008190072

EM MESA

JULGADO: 14/08/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. NICOLAO DINO DE CASTRO E COSTA NETO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LEONARDO SPANGENBERG TARRE BORGES
ADVOGADOS : MARCUS VINICIUS LOSSO DOS SANTOS - RJ081909
FABIANNA RAMPAZZO MACHADO SANTOS - RJ147457
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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 maioria, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, que ressaltou entendimento pessoal.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.