



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 112.240 - SP (2019/0124686-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE : **BRENNO AUGUSTUS BRANDAO MONTEIRO**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
HAMILTON NETO FUNCHAL - DEFENSOR PÚBLICO
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* RECEPÇÃO. SUSPENSÃO DO PROCESSO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. SÚMULA 366/STJ. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. RISCO DE PERECIMENTO DA PROVA. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO.

1. Por traduzir certa mitigação às garantias constitucionais de ampla defesa e do contraditório, já que não autoriza o exercício da autodefesa pelo acusado, para que seja determinada a produção antecipada de provas é imprescindível que o juiz avalie as circunstâncias do caso concreto, não podendo ficar adstrito ao decurso do tempo, nos termos do enunciado n. 455 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

2. No caso destes autos, a produção antecipada de provas foi determinada em decisão proferida em 26/11/2018. Considerando que, segundo a denúncia, os fatos ocorreram em 18/8/2016, portanto, dois anos antes da providência aqui debatida, natural considerar a real possibilidade de perecimento de detalhes relevantes ao desenrolar da ação. Assim, mostra-se prudente e razoável a coleta da prova testemunhal por antecipação com o intuito de preservar, na medida do possível, a sua integridade com vistas ao esclarecimento dos fatos.

3. Como é cediço, a moderna processualística não admite o reconhecimento de nulidade que não tenha acarretado prejuízo à parte. E, na situação aqui discutida, a defesa não trouxe elementos que permitam inferir a ocorrência de qualquer agravo ao recorrente, limitando-se a apontar a suposta carência de fundamentação da decisão impugnada.

4. Recurso ordinário improvido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 27 de agosto de 2019(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 112.240 - SP (2019/0124686-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
RECORRENTE : BRENNO AUGUSTUS BRANDAO MONTEIRO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
HAMILTON NETO FUNCHAL - DEFENSOR PÚBLICO
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 BRENNO AUGUSTUS BRANDÃO MONTEIRO contra acórdão proferido pela Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do HC n. 2264297-71.2018.8.26.0000.

O recorrente foi denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 180 do Código Penal. De acordo com a denúncia, em 18/8/2016, ele foi flagrado na companhia de outros dois corréus, na posse de um automóvel, avaliado em R\$ 4.000,00, que sabia ser produto de crime.

A denúncia foi recebida, mas a citação do réu mostrou-se infrutífera, sendo determinada sua citação ficta, por meio de edital, além da suspensão do curso do processo e da prescrição, conforme o art. 366 do Código de Processo Penal. Na mesma ocasião, foi determinada a produção antecipada de provas.

Diante desse quadro, a defesa impetrou *habeas corpus* na origem, por meio do qual buscou anular a determinação de produção antecipada de prova. A ordem, contudo, foi denegada, por meio de acórdão que recebeu a seguinte ementa (e-STJ, fl. 45):

HABEAS CORPUS - INCONFORMISMO COM A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS - CITAÇÃO POR EDITAL COM A CONSEQUENTE SUSPENSÃO DO PROCESSO - NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PROVA PARA CORRÉU, QUE JUSTIFICA A REALIZAÇÃO PREMATURA - PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES - AUSÊNCIA DE PATENTE PREJUÍZO - POSSIBILIDADE DE CONTRADITÓRIO DIFERIDO NO TEMPO - ORDEM DENEGADA.

Neste recurso, a defesa alega que a decisão que determinou a produção



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecipada de provas carece de fundamentação, não havendo indicação de nenhum elemento concreto e idôneo para justificar a necessidade de realização da colheita antecipada de provas. Assegura que a determinação foi resultado apenas do decurso do tempo, motivo insuficiente para a realização do ato instrutório sem a presença do réu, contrariando entendimento cristalizado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do enunciado n. 455 de sua Súmula.

Não houve pedido liminar.

Os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, que opinou pelo desprovimento do recurso (e-STJ, fls. 93/95).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 112.240 - SP (2019/0124686-2) VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA:

A impetração originária busca cassar a decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara Criminal de Franca, São Paulo, que determinou a produção antecipada de provas. De acordo com as alegações defensivas, a decisão indicou como fundamento o mero decurso do tempo, o que é considerado insuficiente pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

De fato, o art. 366 do Código de Processo Penal estabelece que *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.*

Por traduzir certa mitigação às garantias constitucionais de ampla defesa e do contraditório, já que não autoriza o exercício da autodefesa pelo acusado, para que seja determinada a produção antecipada de provas é imprescindível que o juiz avalie as circunstâncias do caso concreto, não podendo ficar adstrito ao decurso do tempo.

Por isso, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de ser necessária fundamentação concreta na decisão que determina a produção antecipada de provas, conforme demonstram os precedentes a seguir:

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. EXTORSÃO QUALIFICADA. POLICIAIS CIVIS. DECRETO PREVENTIVO. GARANTIDA DA ORDEM PÚBLICA. MODUS OPERANDI E REITERAÇÃO DELITIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUDIÊNCIA NÃO REALIZADA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. 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.

2. A custódia preventiva foi adequadamente motivada em elementos concretos extraídos dos autos, ressaltando o modus operandi do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delito, em tese, praticado por policiais integrantes de esquema criminal sólido, em que teriam, de forma livre e consciente, mediante comunhão de ações e desígnios, constrangido as vítimas a efetuar o pagamento de propina para não serem presos pelo crime de receptação, exigindo-se a segregação para garantia da ordem pública e evitar a perpetuação dos crimes. 3. "Esta Corte Superior possui entendimento firme no sentido de que a presença de condições pessoais favoráveis do agente, como primariedade, domicílio certo e emprego lícito, não representa óbice, por si só, à decretação da prisão preventiva, quando identificados os requisitos legais da cautela" (RHC 89.928/PB, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, DJe 20/6/2018).

4. 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". 5. No caso dos autos, tal como enfatizado pelo Tribunal de origem, "a audiência de antecipação de prova não se realizou, e que os Pacientes já foram devidamente citados e intimados, havendo, inclusive, apresentação de defesa prévia". 6. Diante da não realização da audiência de antecipação de provas, ausente interesse recursal no ponto.

7. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido. (RHC 111.966/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 6/8/201, DJe 13/8/2019)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. NULIDADE. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. INOCORRÊNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. INTELIGÊNCIA DO ART. 563 DO CPP. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO DECRETO PRISIONAL. PEDIDO PREJUDICADO. SUPERVENIÊNCIA DA PRONÚNCIA. NOVO TÍTULO COM NOVOS FUNDAMENTOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, nos termos do entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento do writ, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício. II - "A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo", segundo disposição da Súmula 455/STJ.

III - No caso, as decisões das instâncias ordinárias não estão fundamentadas somente no mero decurso do tempo, mas também na ausência de comprovação de qualquer prejuízo para o paciente, na medida em que a audiência foi acompanhada pela Defesa Técnica que na ocasião, inclusive, sequer se manifestou sobre a questão. Não há que se falar, pois, em violação ao enunciado n. 455, da Súmula do STJ. Precedentes.

IV - Ademais, extrai-se das razões expendidas pelo eg. Tribunal de origem que os fatos ocorreram há quase 19 (dezenove) anos, e que o ora paciente permaneceu foragido por dezoito anos. Outrossim, há que se destacar que a informação prestada pelo irmão do paciente de que este compareceria espontaneamente à audiência de instrução, estando ciente da data de sua realização, porém tomou rumo ignorado, o que obstou sua localização para que fosse interrogado, tudo a dificultar a instrução criminal.

V - A jurisprudência desta Corte de Justiça há muito se firmou no sentido de que a declaração de nulidade exige a comprovação de prejuízo, em consonância com o princípio pas de nullité sans grief, consagrado no art. 563 do CPP, o que não ocorreu na hipótese.

Precedentes.

VI - Pleito de revogação da prisão preventiva ante a alegada ausência de fundamentação do decreto prisional prejudicado pela superveniência da sentença de pronúncia, que constitui novo título, com novos fundamentos para a prisão preventiva, os quais não foram impugnados na presente impetração, tampouco analisados pelo eg.

Tribunal de origem.

Habeas corpus não conhecido. (HC 495.012/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 11/6/2019, DJe 25/6/2019)

Ainda persiste algum debate no âmbito doutrinário a respeito da aplicação do instituto aqui discutido quando se trata de prova testemunhal. Não se pode perder de vista a falibilidade da memória e a real possibilidade de que as testemunhas se esqueçam de detalhes relevantes sobre os fatos apurados durante o período de suspensão do processo.

No caso destes autos, a produção antecipada de provas foi determinada em decisão proferida em 26/11/2018 (e-STJ, fls. 14/15). Considerando que, segundo a denúncia, os fatos ocorreram em 18/8/2016, portanto, dois anos antes da providência aqui debatida, natural considerar a real possibilidade de perecimento de detalhes relevantes ao desenrolar da ação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Portanto, na situação aqui descrita, mostra-se prudente e razoável a coleta da prova testemunhal por antecipação com o intuito de preservar, na medida do possível, a sua integridade com vistas ao esclarecimento dos fatos.

De mais a mais, a defesa não se desincumbiu da tarefa de demonstrar o prejuízo causado pela providência adotada pelo juízo, limitando-se a destacar a suposta insuficiência dos fundamentos apresentados pelo magistrado para autorizar a medida.

Desse modo, não se verifica prejuízo na situação retratada nos autos, o que impede o reconhecimento de eventual nulidade. Como é cediço, a moderna processualística não admite o reconhecimento de vício que não tenha acarretado prejuízo à parte. Não se admite a forma pela forma.

No mesmo sentido, cito os seguintes precedentes:

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. RÉU EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO. SUSPENSÃO DO PROCESSO E PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E OFENSAS AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. NÃO OCORRÊNCIA. PRODUÇÃO DE PROVAS RESPALDADA PELO ORDENAMENTO. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A República Federativa do Brasil, fundada, entre outros princípios, na dignidade da pessoa humana e na cidadania, consagra como garantia "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, [...] o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, LV, da Constituição Federal). Refletindo em seu conteúdo os ditames constitucionais, o art. 261 do Código de Processo Penal estabelece que "nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor".

2. "O devido processo legal, amparado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, é corolário do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, pois permite o legítimo exercício da persecução penal e eventualmente a imposição de uma justa pena em face do decreto condenatório proferido", assim, "compete aos operadores do direito, no exercício das atribuições e/ou competência conferida, o dever de consagrar em cada ato processual os princípios basilares que permitem a conclusão justa e legítima de um processo, ainda que para condenar o réu" (HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

91.474/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe 2/8/2010).

3. 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".

4. No caso dos autos, embora de modo sucinto, foi demonstrado fundamentadamente a necessidade da produção antecipada de provas e os motivos concretos indicativos da medida de natureza cautelar, visando assegurar a descoberta da verdade real, ante a possibilidade de perecimento da prova testemunhal, tanto pelo decurso do tempo, quanto pela perda da qualidade da prova prestada pelo agente público que esteve no local, dada a vivência de situações tão semelhantes no dia a dia.

5. Segundo entendimento pacífico desta Corte Superior, a vigência no campo das nulidades do princípio *pas de nullité sans grief* impõe a manutenção do ato impugnado que, embora praticado em desacordo com a formalidade legal, atinge a sua finalidade, restando à parte demonstrar a ocorrência de efetivo prejuízo, o que não ocorreu no presente caso.

6. Recurso não provido. (RHC 106.207/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 14/5/2019, DJe 20/5/2019)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. SUSPENSÃO DO PROCESSO COM ESTEIO NO ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. 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 de uma das testemunhas, circunstância fática relevante que autoriza a medida antecipatória e que não implica ofensa ao teor do Enunciado n. 455 da Súmula do STJ.

2. Em relação às demais testemunhas, também há motivação concreta a justificar a oitiva antecipada, uma vez que as instâncias ordinárias embasaram-se na dificuldade de localização, por não possuírem vínculo com a vítima ou com o acusado, especialmente porque constam dos autos apenas os endereços profissionais e não residenciais.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. De toda sorte, justificada a antecipação da oitiva da testemunha policial militar, as demais também poderão ser ouvidas antecipadamente em audiência una, em prestígio à unidade da prova na formação do convencimento do julgador, que melhor condição terá de avaliar a veracidade das informações prestadas, além de atender à inovação legislativa trazida pela Lei n. 11.719/2008 (art. 400, § 2º, do Código de Processo Penal). Acrescente-se, ainda, que, em princípio, a concentração dos atos de coleta de prova em audiência una enseja maior celeridade no trâmite processual.

4. Outrossim, a oitiva antecipada de todas as testemunhas concretiza o princípio da identidade física do juiz, previsto no § 2º do art. 399 do Código de Processo Penal, introduzido pela aludida Lei n. 11.719/2008. Embora não seja absoluto, o referido princípio, ao estabelecer que o magistrado que presidiu a instrução criminal será o mesmo a proferir a sentença, objetiva conferir ao julgador maior juízo de certeza, o que se dá, notadamente, quando se trata de coleta de depoimentos testemunhais, como ocorre na espécie.

5. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 346.603/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Rel. p/ Acórdão Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 24/5/2016, DJe 9/6/2016)

Assim, declarar nulidade da produção antecipada de provas mostra-se inviável, já que não foi evidenciado pelo impetrante o prejuízo às garantias constitucionais de ampla defesa e do contraditório, tendo em vista, ainda, a necessidade de preservação da utilidade da prova testemunhal.

Ante o exposto, **nego provimento** ao 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: 2019/0124686-2

RHC 112.240 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00231054420168260196 22642977120188260000 231054420168260426 4395/2016
43952016

EM MESA

JULGADO: 27/08/2019

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: BRENNO AUGUSTUS BRANDAO MONTEIRO
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO HAMILTON NETO FUNCHAL - DEFENSOR PÚBLICO
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU	: RAFAEL DIONES FLAUSINO
CORRÉU	: RICARDO APARECIDO RAMOS PIO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Receptação

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 e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.