



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 45.652 - SP (2014/0042431-7)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
RECORRENTE : EDSON BATISTA PONCIANO
ADVOGADO : JOÃO GONÇALVES ALEXANDRINO NETO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. INTEMPESTIVIDADE. POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO COMO *WRIT* SUBSTITUTIVO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO CARÁTER DE URGÊNCIA DA MEDIDA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N.º 455 DESTES TRIBUNAL SUPERIOR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO À PARTE. TESTEMUNHAS POSTERIORMENTE OUVIDAS SOB O PÁLIO DO CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça admite o conhecimento do recurso ordinário em *habeas corpus* intempestivo como *writ* substitutivo – v.g., RHC 31.017/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 03/09/2013.

2. A produção antecipada de provas está adstrita àquelas hipóteses em que a necessidade da medida urgente resta evidente, após prudente avaliação pelo Juízo processante, concretamente fundamentada, nos termos do art. 93, inciso IX, da Constituição da República. Inteligência da Súmula n.º 455/STJ.

3. A anulação de ato processual eivado de nulidade relativa ou absoluta requer, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, a demonstração de efetivo prejuízo à parte. Precedentes do Supremo Tribunal Federal – v.g., HC 117.102/SP, Segunda Turma, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 13/08/2013.

4. Na hipótese, o Recorrente não demonstrou a existência de efetivo prejuízo advindo da produção antecipada de provas, limitando-se a alegar, genericamente, violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Além disso, os atos processuais que se pretende anular foram devidamente acompanhados por defensor dativo e repetidos durante a instrução em plenário, de modo que não se evidencia a ocorrência de qualquer prejuízo à defesa do Acusado.

5. Ausência de flagrante ilegalidade que enseje a concessão do remédio constitucional de ofício.

6. Recurso ordinário conhecido como *writ* substitutivo. *Habeas corpus* não conhecido.

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, receber o recurso ordinário como *writ* substitutivo e não conhecer do "Habeas Corpus". Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.
Brasília (DF), 03 de junho de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 45.652 - SP (2014/0042431-7)

RECORRENTE : EDSON BATISTA PONCIANO
ADVOGADO : JOÃO GONÇALVES ALEXANDRINO NETO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por EDSON BATISTA PONCIANO, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido no HC n.º 0062304-84.2013.8.26.0000, assim ementado:

"HABEAS CORPUS - ALEGAÇÃO DE QUE A PROVA PRODUZIDA ANTECIPADAMENTE DEVE SER ANULADA E DESENTRANHADA DOS AUTOS, POSTO QUE QUANDO DA SUA DETERMINAÇÃO NÃO FOI FUNDAMENTADO EM QUE CONSISTIA A SUA URGÊNCIA.

AÇÃO PENAL INSTAURADA PARA APURAÇÃO DA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 121, § 2.º, I E IV, DO CP.

CASO EM QUE A MEDIDA ACERTADAMENTE SE DEU PARA EVITAR O PERECIMENTO DA PROVA TESTEMUNHAL, VEZ QUE O SUPPLICANTE SE ENCONTRAVA EM LOCAL INCERTO HÁ MAIS DE DOIS ANOS, TENDO SUA CITAÇÃO SIDO FEITA POR EDITAL, OBSERVANDO-SE, DE MAIS, QUE SUA CAPTURA OCORREU SOMENTE TREZE ANOS DEPOIS.

Ordem denegada."

Nas razões do presente recurso (fls. 68/73), o Recorrente reitera as alegações formuladas no *writ* originário, aduzindo, em síntese, a nulidade da decisão que determinou a produção antecipada de prova (oitiva das testemunhas arroladas na denúncia), por ausência de fundamentação concreta.

As contrarrazões do Recorrido foram juntadas às fls. 75/77.

Em decisão de fl. 79, o Tribunal de origem admitiu o recurso.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 91/95, opinando pelo desprovimento do recurso ordinário.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 45.652 - SP (2014/0042431-7)

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. INTEMPESTIVIDADE. POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO COMO *WRIT* SUBSTITUTIVO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO CARÁTER DE URGÊNCIA DA MEDIDA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N.º 455 DESTES TRIBUNAL SUPERIOR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO À PARTE. TESTEMUNHAS POSTERIORMENTE OUVIDAS SOB O PÁLIO DO CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça admite o conhecimento do recurso ordinário em *habeas corpus* intempestivo como *writ* substitutivo – v.g., RHC 31.017/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 03/09/2013.

2. A produção antecipada de provas está adstrita àquelas hipóteses em que a necessidade da medida urgente resta evidente, após prudente avaliação pelo Juízo processante, concretamente fundamentada, nos termos do art. 93, inciso IX, da Constituição da República. Inteligência da Súmula n.º 455/STJ.

3. A anulação de ato processual eivado de nulidade relativa ou absoluta requer, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, a demonstração de efetivo prejuízo à parte. Precedentes do Supremo Tribunal Federal – v.g., HC 117.102/SP, Segunda Turma, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 13/08/2013.

4. Na hipótese, o Recorrente não demonstrou a existência de efetivo prejuízo advindo da produção antecipada de provas, limitando-se a alegar, genericamente, violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Além disso, os atos processuais que se pretende anular foram devidamente acompanhados por defensor dativo e repetidos durante a instrução em plenário, de modo que não se evidencia a ocorrência de qualquer prejuízo à defesa do Acusado.

5. Ausência de flagrante ilegalidade que enseje a concessão do remédio constitucional de ofício.

6. Recurso ordinário conhecido como *writ* substitutivo. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

O recurso ordinário não pode ser conhecido, pois é intempestivo.

Com efeito, conforme bem destacou a Douta Subprocuradora-Geral da República, considerou-se como data de publicação do acórdão impugnado o dia 01/07/2013 (segunda-feira), sendo que o recurso foi interposto somente em 10/07/2013 (quarta-feira), data posterior, assim, ao término do quinquídio legal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Todavia, a jurisprudência desta Corte Superior admite o conhecimento do recurso ordinário em *habeas corpus* intempestivo como *writ* substitutivo – v.g., RHC 31.017/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 03/09/2013.

No mesmo sentido, veja-se:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS.

2. *Recorrente condenado à pena de 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto e ao pagamento de 28 dias-multa, por ter praticado, no dia 3.2.2002, o crime de porte ilegal de arma de fogo (art. 10, §§ 2º e 4º, da Lei 9.437/97) e o delito de adulteração de sinal identificador de veículo automotor (art. 311, § 1º, do CP).*

3. **Possibilidade de conhecimento de recurso ordinário em habeas corpus intempestivo como habeas corpus substitutivo. Precedentes.**

4. *A independência das esferas administrativa e penal foi reafirmada pelo Tribunal Pleno, no julgamento da repercussão geral no ARE 691.306, rel. Min. Cezar Peluso, DJe (11.9.2012).*

5. *Recurso ordinário conhecido como habeas corpus, ao qual se denega a ordem.*" (STF, RHC 111.931/DF, Segunda Turma, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 19/06/2013; grifei.)

Oportuno rememorar que, conforme o que se depreende da regra processual prevista no art. 105, inciso II, alínea *a*, da Constituição da República, é errônea a impetração originária de *habeas corpus* em substituição à via de impugnação adequada, qual seja, o recurso ordinário constitucional (STF, HC 120.219/ES-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 18/12/2013 – STF, HC 117.502/SP, Rel. p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 10/12/2013 – STF, HC 116.545/DF-AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 17/12/2013 – STJ, HC 281.653/PR, Rel. Min. MARIA THEREZA, Sexta Turma, DJe de 13/12/2013 – STJ, HC 278.059/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe de 09/12/2013, v.g.).

Entretanto, a impetração de *writ* substitutivo de recurso ordinário não impede a concessão da ordem de *habeas corpus* de ofício, em casos de flagrante ilegalidade.

Assim, passo ao exame das alegadas nulidades.

No caso, após provocação do *Parquet*, a produção antecipada de provas foi determinada pelo Magistrado processante nos seguintes termos:

"Defiro a realização da prova testemunhal requerida pela acusação, em caráter antecipado e cautelar." (fl. 21)

Nos termos da Lei Processual Penal vigente, a produção antecipada de provas está adstrita àquelas hipóteses consideradas de **natureza urgente** pelo Juízo processante, consoante sua prudente avaliação nos casos concretamente analisados. Não servem como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

justificativas do pedido a economia processual ou a alusão abstrata e especulativa no sentido de que as testemunhas podem se esquecer dos fatos ou que poderão mudar de endereço ou até vir a falecer durante o tempo em que perdurar a suspensão do processo. Muito embora sejam assertivas passíveis de concretização, não podem ser utilizadas como mera conjectura, desvinculadas de elementos objetivamente deduzidos.

A propósito, veja-se o seguinte precedente deste Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CITAÇÃO POR EDITAL. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. CARÁTER DE URGÊNCIA NÃO DEMONSTRADO.

1. Não se constata, na hipótese, nenhuma ilegalidade na citação editalícia, uma vez que o acusado não foi encontrado nos endereços declinados, restando frustradas todas as tentativas empreendidas para a sua localização. Precedentes.

2. A produção antecipada de provas está adstrita àquelas hipóteses consideradas de natureza urgente pelo Juízo processante, consoante sua prudente avaliação, no caso concreto. No caso, não há justificativa idônea para a aplicação da medida. Precedentes.

3. A prisão preventiva foi satisfatoriamente motivada na necessidade da segregação do acusado para garantia da instrução criminal e da futura aplicação da lei penal, uma vez que o Recorrente se encontra foragido do distrito da culpa. Precedentes.

4. Recurso parcialmente provido para, reformando o acórdão recorrido e a decisão de primeiro grau, anular a determinação da produção antecipada de prova com relação ao ora Recorrente, desentranhando-se os elementos de informação produzidos por antecipação." (RHC 25.708/MG, Quinta Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe 26/04/2010; grifei.)

Aliás, o referido entendimento encontra-se consolidado no enunciado n.º 455 da

Súmula desta Corte Superior, *in 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."

No caso, como se vê, o *decisum* que determinou a produção antecipada de provas não veio acompanhado da correspondente e indispensável fundamentação concreta, conforme preceitua o enunciado sumular n.º 455 deste Superior Tribunal de Justiça e o art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

Não obstante, ganhou força na jurisprudência o entendimento de que a anulação de vício processual demanda a efetiva demonstração de prejuízo ao acusado, trate-se de nulidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relativa ou de nulidade absoluta. É o que se prevê no art. 563, do Código de Processo Penal, o qual positivou o dogma fundamental da disciplina das nulidades (*pas de nullité sans grief*):

"Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa".

Confira-se, por oportuno, o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. INVERSÃO DA ORDEM DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. PREJUÍZO. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

I – Não é de se acolher a alegação de nulidade em razão da não observância do procedimento de formulação de perguntas às testemunhas, estabelecida pelo art. 212 do CPP, com redação conferida pela Lei 11.690/2008. Isso porque a defesa não se desincumbiu do ônus de demonstrar o prejuízo decorrente da inversão da ordem de inquirição das testemunhas.

*II – Esta Corte vem assentando que a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que **“o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas”** (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). Precedentes.*

III – O acórdão ora questionado está em perfeita consonância com decisões de ambas as Turmas desta Corte no sentido de que a inobservância do procedimento previsto no art. 212 do CPP pode gerar, quando muito, nulidade relativa, cujo reconhecimento não prescinde da demonstração do prejuízo para a parte que a suscita.

IV – Ordem denegada." (STF, HC 117.102/SP, Segunda Turma, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 13/08/2013 – grifei.)

Todavia, na hipótese, o Recorrente não demonstrou a existência de efetivo prejuízo advindo da produção antecipada de provas, limitando-se a alegar, genericamente, a violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

E, consoante informações extraídas do portal eletrônico do Tribunal *a quo*, observa-se que o réu foi pronunciado e, posteriormente, condenado à pena de 14 (quatorze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no artigo 121, § 2.º, incisos I e IV, do Código Penal.

Além disso, as oitivas das testemunhas arroladas na denúncia foram devidamente acompanhadas por defensor dativo (fl. 39) e, mais, esses atos processuais foram repetidos durante a instrução em plenário, de modo que não se evidencia a ocorrência de qualquer prejuízo à defesa do Acusado.

Nesse sentido, confira-se o julgado a seguir:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. ART. 366 DO CPP. NECESSIDADE. RÉU FORAGIDO. PODER GERAL DE CAUTELA DO MAGISTRADO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

I – Toda produção antecipada de provas realizada nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal está adstrita a sua necessidade concreta, devidamente fundamentada.

II – Paciente que se encontrava foragido do distrito da culpa, ensejando a antecipação da oitiva das testemunhas até então arroladas nos autos. Precedentes.

III – Cabe ao juiz da causa decidir sobre a necessidade da produção antecipada da prova testemunhal, podendo utilizar-se dessa faculdade quando a situação dos autos assim recomendar, como no caso em apreço, especialmente por tratar-se de ato que decorre do poder geral de cautela do magistrado (art. 366 do CPP).

IV – No caso sob exame, as provas antecipadamente produzidas nos autos da ação penal não causaram prejuízo à defesa do paciente, tendo em vista que o magistrado de primeiro grau nomeou defensor dativo para acompanhar a colheita cautelar da prova testemunhal, que poderá ser renovada no plenário do júri.

V – Habeas corpus denegado." (STF, HC 109.728/SP, Segunda Turma, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 05/06/2012 – grifei.)

Por fim, impende ressaltar que, conforme certificado à fl. 84, "o presente feito deu entrada nesta Corte sem a parte final do Recurso Ordinário interposto por **EDSON BATISTA PONCIANO**", razão pela qual não há, nas razões recursais, a especificação de qualquer pedido, mas apenas a alegação de nulidade da decisão que determinou a produção antecipada de provas, que já foi afastada pelos argumentos acima expendidos.

Assim, não se constata, na espécie, a existência de flagrante ilegalidade que enseje a concessão do remédio constitucional de ofício.

Ante o exposto, **CONHEÇO** do recurso ordinário como *writ* substitutivo. Porém, **NÃO CONHEÇO** do *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0042431-7

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 45.652 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00623048420138260000 4050119990482426

EM MESA

JULGADO: 03/06/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

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 : **EDSON BATISTA PONCIANO**

ADVOGADO : **JOÃO GONÇALVES ALEXANDRINO NETO**

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, recebeu o recurso ordinário como writ substitutivo e não conheceu do "Habeas Corpus"."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.