



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.269 - SP (2012/0075740-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO LOPES DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : B F DE O

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. De acordo com o disposto no artigo 105, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, mediante recurso ordinário, os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória.

2. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 109.956/PR, buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e nos artigos 30 a 32 da Lei n. 8.038/90, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário perante aquela Corte em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que deve ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

3. Tratando-se de *writ* impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR (ARTIGO 214, COMBINADO COM O ARTIGO 71, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. ARTIGO 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PROVA TESTEMUNHAL. MEDIDA CAUTELAR. CARÁTER URGENTE. FALIBILIDADE DA MEMÓRIA HUMANA. RELEVANTE TRANSCURSO DE TEMPO DESDE A DATA DOS FATOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Não obstante o enunciado 455 da Súmula desta Corte de Justiça disponha que *"a decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo"*, a natureza urgente ensejadora da produção antecipada de provas, nos termos do citado artigo, é inerente à prova testemunhal, tendo em vista a falibilidade da memória humana.

2. Não há como negar o concreto risco de perecimento da prova



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

4. Na hipótese vertente, o temor na demora da realização de audiência de instrução se justifica pelo fato do suposto delito narrado na denúncia ter ocorrido em 2007, isto é, aproximadamente 4 (quatro) anos antes do provimento judicial que determinou a produção antecipada de provas.

5. A providência excepcional se justifica, ainda, pelo fato de que a vítima, à época dos fatos, contava com apenas 9 (nove) anos de idade, sendo certo que em crimes contra a dignidade sexual, geralmente cometidos à clandestinidade, o testemunho do ofendido é de suma importância para o deslinde da ação penal.

PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. *MODUS OPERANDI*. PERICULOSIDADE DO AGENTE. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. ACUSADO FORAGIDO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONSTITUCIONAL.

1. Não há falar em constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está devidamente justificada na garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta do delito em tese praticado e da periculosidade dos agentes, bem demonstradas pelo *modus operandi* empregado.

2. A fuga do paciente do distrito da culpa, após o cometimento do delito, é fundamentação suficiente a embasar a manutenção da custódia preventiva, ordenada para garantir a aplicação da lei penal.

3. *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, não conhecer do pedido.

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

Brasília (DF), 13 de novembro de 2012. (Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.269 - SP (2012/0075740-4)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO LOPES DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : B F DE O

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de B. F. DE O., apontando como autoridade coatora a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu provimento ao Recurso Em Sentido Estrito n. 9218009-58.2009.8.26.0000, interposto pelo Ministério Público, decretando a prisão preventiva do paciente e determinando a produção antecipada de prova testemunhal nos autos da ação penal a que responde pela suposta prática do delito de atentado violento ao pudor.

Sustenta o impetrante que o paciente seria vítima de constrangimento ilegal, sob o argumento de que não estariam presentes os pressupostos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal para a decretação de sua prisão preventiva, que teria sido autorizada com base na sua revelia e na gravidade abstrata do crime a ele imputado.

Afirma que no caso inexisteriam indícios de que o paciente poderia reiterar a sua conduta, pois não mais residiria próximo à vítima, estando em local incerto e não sabido.

Aduz que também não haveria notícias de que o paciente estaria buscando influenciar os depoimentos a serem prestados pelas testemunhas, tendo-se distanciado delas e da própria vítima.

Alega, outrossim, que a determinação de produção antecipada de provas não teria sido concretamente justificada, tendo sido permitida apenas por se tratar de oitiva de testemunhas.

Requer a concessão da ordem para que seja determinada a imediata suspensão do feito com relação ao paciente, cassando-se a decisão que determinou a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sua prisão preventiva e a produção antecipada de provas.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fl. 58.

Prestadas as informações (e-STJ fls. 69 e 89), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 112/116, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.269 - SP (2012/0075740-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Conforme relatado, com este *habeas corpus* pretende-se, em síntese, a revogação da prisão preventiva do paciente e o cancelamento da produção antecipada de provas autorizada nos autos da ação penal a que responde pela suposta prática do delito de atentado violento ao pudor.

Cumpre analisar, preliminarmente, a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação do impetrante contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, de forma originária, os *habeas corpus* impetrados contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição e de Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica; ou quando for coator ou paciente as autoridades elencadas na alínea "a" do mesmo dispositivo constitucional.

Por outro lado, prevê a alínea "a" do inciso II do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, mediante recurso ordinário, os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória.

Do cotejo dos aludidos dispositivos, percebe-se que o Poder Constituinte Originário, prevendo situações distintas envolvendo a tutela do direito de locomoção, atribuiu ao Superior Tribunal de Justiça competências também diferenciadas, atento à sua peculiar função de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional.

Com efeito, tratando-se de coação ao direito ambulatorio do indivíduo atribuível a quaisquer das autoridades elencadas nas alíneas "a" e "c" do inciso I do artigo 105, autoriza-se o manejo do *writ* de forma originária perante esta Corte Superior de Justiça. Em se tratando de coação perpetrada por qualquer outra autoridade, deve-se buscar na legislação pátria a competência originária para analisar o pedido de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

habeas corpus, em observância às normas atinentes ao devido processo legal.

Entretanto, nas últimas décadas os operadores do direito têm incluído na acepção do termo "coação" a manutenção pelos Tribunais locais ou regionais de atos praticados por juízes que atuam no primeiro grau de jurisdição, ou pelas demais autoridades submetidas às suas jurisdições, quando denegam os *habeas corpus* originariamente ali impetrados.

Institucionalizou-se o entendimento no sentido de que, mantendo a decisão objurgada, os Tribunais locais encampariam o alegado constrangimento ilegal, passando, então, a figurarem como autoridades coatoras. Tal interpretação passou a comportar o chamado *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário cabível, que veio a colocar em desuso a referida insurgência expressamente prevista no ordenamento constitucional.

Esta espécie de *writ* vem sendo utilizado em larga escala, tendo em vista as flagrantes vantagens frente ao recurso ordinário, especialmente pela ausência de maiores formalidades, já que dispensável até mesmo a capacidade postulatória.

Essa prática passou a ser chancelada pelos Tribunais Superiores, principalmente no final da década de 1980 e no decorrer da de 1990, quando a sociedade brasileira se viu ávida pela tutela de direitos que lhe foram tolhidos no período ditatorial.

Nesse diapasão, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 109.956/PR, buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e nos artigos 30 a 32 da Lei 8.038/1990, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário perante aquela Corte em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que deve ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que seja restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

Tal conclusão evidencia que, na hipótese, insurgindo-se o impetrante contra acórdão do Tribunal de origem que denegou a ordem pleiteada no prévio *writ*, mostra-se incabível o manejo do *habeas corpus* originário, já que não configurada nenhuma das hipóteses elencadas no artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, razão pela qual não merece conhecimento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Todavia, tratando-se de remédio constitucional impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

Segundo consta dos autos, o paciente, juntamente com outro corréu, foi acusado de praticar o delito previsto no artigo 214 do Código Penal, em continuidade delitiva, extraindo-se da peça acusatória os seguintes trechos:

"O Representante do Ministério Público que esta subscreve, no uso de suas atribuições constitucionais, se faz presente a Vossa Excelência para oferecer denúncia em decorrência de que noticiam os autos ora anexados que, por várias vezes no início do ano de 2007, mas, especificamente, no dia 19 de abril de 2007, no período da noite, no interior da residência de número 329 da Rua Dublin, Vila Nair, nesta comarca de São José dos Campos, BENEDITO FORTUNATO DE OLIVEIRA, qual. a fls. 30, constrangeu a criança Rafaela da Silva Faustino (09 anos, certidão a fls. 09), mediante violência presumida em razão da idade, a praticar e a permitir que com ela praticassem atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

Apurou-se que o acusado residia nas proximidades da casa da vítima e, para atraí-la até seu quarto, oferecia para a criança dinheiro (R\$ 5,00 ou R\$ 10,00) ou balas. No interior de seu quarto, o acusado fazia a vítima se despir e deitava na cama. Em seguida, o acusado passava sua própria língua na vagina da criança e introduzia o dedo tanto na vagina como no ânus da inocente.

Tal fato se repetiu por várias e várias vezes, mas no dia mencionado foi presenciado pela testemunha Ronaldo, que viu o acusado ajoelhado e com a boca na vagina da criança, a qual estava nua e deitada sobre a cama.

Questionado de imediato, o acusado ainda respondeu de forma irônica, afirmando que, naquele dia, nem havia enfiado o dedo no 'cu' da menina (sic).

A ação penal é pública condicionada à representação e esta foi exercida pela representante legal da vítima (artigo 225, inciso I e § 2º do Código Penal) - fls. 07.

A vítima, como visto, é menor de 14 anos (e o era à época dos fatos), donde resultar a violência como presumida para a prática do crime (artigo 224, letra 'a', do Código Penal)." (e-STJ fls. 20/21).

Tentou-se proceder à citação pessoal do acusado que, no entanto, não foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

localizado (e-STJ fl. 89), tendo-se determinado a suspensão dos autos, na forma do artigo 366 do Código de Processo Penal (e-STJ fl. 23).

O Ministério Público manifestou-se nos autos, requerendo a prisão preventiva do paciente e a produção antecipada de provas, consoante os fundamentos abaixo transcritos:

"Citado por edital, o réu não compareceu. Esgotadas as possibilidades de sua busca pessoal. Assim, requer-se a adoção dos termos do artigo 366 do Código de Processo Penal, suspendendo-se o curso do processo e do lapso prescricional.

Requer-se, diante da gravidade do fato e à situação peculiar do crime hediondo praticado contra criança - pedofilia, cujas consequências são incomensuráveis sob o aspecto psicológico e de formação da infante. São motivos fartos para que, com base no crime descrito na inicial, seja decretada a prisão preventiva de BENEDITO FORTUNATO DE OLIVEIRA.

Em síntese, estão presentes os pressupostos da prisão preventiva, tal seja, o periculum in mora consistente na ameaça à sociedade da liberdade do réu.

Presente, ainda o fumus boni juris, consistente na prática de ato extremamente grave e diante do que dispõe o artigo 312 do Código de Processo Penal, encaminhado no sentido de que a presença do réu durante a instrução criminal é de especial relevo e para garantia da aplicação da lei penal, sobretudo ante ao que dispõe o artigo 310, em seu parágrafo único, quando faz remissão ao artigo 312, todos do Código de Processo Penal.

Os elementos de fato autorizam o decreto da prisão preventiva. São exigidos estes elementos fáticos para que se evite a banalização da medida restritiva de liberdade. Contrário senso, se presentes, é obrigatória a prisão preventiva, mormente quando configurado, como agora, o interesse público.

(...)

É imprescindível considerar que é absolutamente aleatória e insegura a probabilidade de que venha o réu a ser preso em data próxima, de molde a propiciar o normal andamento do processo; a prova testemunhal tem evidentes características de fragilidade com o normal decorrer do tempo; a prova testemunhal já é considerada urgente nos moldes do Código de Processo Penal (artigo 92, caput, do Código de Processo Penal); outrossim, basta o falecimento ou a mudança de endereço de alguma(s) testemunha(s) para que a prova dos autos fique falha e propicie a injustiça



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na jurisdição penal; ademais, muitas das testemunhas são policiais e diante da realidade de que o grande número de atendimentos por eles feitos propicia confusão mental ou até o esquecimento.

*Por estes motivos, requer-se a antecipação da prova oral, nomeando-se advogado para acompanhar a produção probatória e defender o acusado, cuja **prisão** é necessária." (e-STJ fls. 25/27).*

O togado de origem suspendeu o processo e o curso da prescrição, tendo indeferido o pedido ministerial de produção antecipada de provas, assim como o requerimento de prisão preventiva do acusado (e-STJ fl. 28).

Irresignado, o órgão ministerial interpôs recurso em sentido estrito, o qual foi provido em aresto que restou assim ementado:

PROCESSO PENAL. Réu citado por edital. Processo suspenso, bem como o prazo prescricional. Art. 366 do CPP. ANTECIPAÇÃO DA PROVA ORAL E DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA. Necessidade. Réu foragido e suspeito da prática de crime hediondo praticado contra menor. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, COM DETERMINAÇÃO." (e-STJ fl. 49).

Inicialmente, no que diz respeito à alegada ilegalidade na antecipação da produção de provas determinada pelo juízo singular, conforme permissivo contido no artigo 366 do Código de Processo Penal, tem-se que a impetração não merece acolhida.

Com efeito, ao promover a alteração da redação do citado dispositivo legal, o legislador ordinário conferiu ao magistrado que conduz a ação penal, na hipótese de ser desconhecido o paradeiro do acusado após a sua citação por edital, a possibilidade de determinar a produção antecipada de provas consideradas urgentes, nos seguintes termos:

"Art. 366. 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".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Da leitura do dispositivo legal em apreço, constata-se que se trata de uma medida acautelatória que visa o resguardo da efetividade da prestação jurisdicional, diante da possibilidade de perecimento da prova em razão do decurso do tempo no qual o processo permanece suspenso.

Numa primeira análise, a colheita da prova por antecipação pode representar uma mitigação à garantia constitucional à ampla defesa, já que, por óbvio, não será oportunizado ao acusado o exercício da autodefesa, pela qual se lhe permite estar presente aos atos instrutórios e auxiliar seu defensor, seja nomeado ou constituído, a construir a tese defensiva. Por esta razão é que tal medida é restrita às provas consideradas urgentes.

Todavia, em se tratando de prova testemunhal, a questão gera alguns debates acerca da urgência na sua colheita em face de possível esquecimento dos fatos pelos depoentes durante o período em que o processo permanece suspenso.

Em casos como o dos autos, sabe-se que esta Corte de Justiça firmou o entendimento de que o argumento de que as testemunhas poderiam esquecer de detalhes dos fatos com o decurso do tempo, por si só, não autorizaria a utilização de tal medida cautelar, sendo indispensável a concreta motivação do magistrado que conduz a ação penal, sob pena de ofensa à garantia ao devido processo legal.

Cumprе ressaltar, inclusive, que o assunto foi sedimentado no enunciado 455 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, que afirma 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"*.

Entretanto, é cediço que a memória humana é suscetível de falhas com o decurso do tempo, razão pela qual, por vezes, se faz necessária a antecipação da prova testemunhal com arrimo no artigo 366 do Código de Processo Penal, mormente quando se constata que a data dos fatos narrados na exordial acusatória já se distancia de forma relevante, para que não se comprometa um dos objetivos da persecução penal, qual seja, a busca da verdade dos fatos narrados na denúncia.

Em tais hipóteses, caso a prova testemunhal não seja colhida por antecipação, detalhes relevantes ao deslinde da questão poderão ser perdidos com o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decurso do tempo à causa da revelia do acusado, em detrimento do interesse da sociedade em apurar os fatos e submetê-los a julgamento.

Ademais, não se pode atribuir a uma testemunha o encargo de guardar em sua mente os detalhes dos fatos eventualmente presenciados, enquanto o acusado permenece alheio à persecução penal deflagrada em seu desfavor.

Em verdade, *"sem dúvida, o esquecimento social é um dos grandes fatores por que muitos acusados são absolvidos, na medida em que o melhor testemunho é aquele colhido quando ainda o fato está bem vivo na memória da testemunha. E isso é tanto mais possível quanto mais perto da data do fato for o momento do testemunho."* (WELTER, Pedro Belmiro e SANTOS, Nilton Kasctin. Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul - AJURIS. A urgência da prova testemunhal no art. 366 do CPP (Lei nº 9.271/96), ano XXV - 1998, março, n. 72, p. 358).

E, a exemplificar a situação acima exposta, os doutrinadores assinalam que:

"(...) boa parte da prova testemunhal pode ser totalmente perdida se não produzida em curto espaço de tempo. Para tanto, colaciona alguns exemplos do cotidiano forense. Transcreva-se parte do arrazoado: 'Por outro lado, a experiência forense demonstra que inúmeros depoimentos são perdidos em razão do decurso do tempo. Policiais militares e civis, por exemplo, que atendem a inúmeras ocorrências no dia-a-dia e que não raras as vezes são as únicas testemunhas, não podem deixar de ser ouvidas antecipadamente sob pena de despojar o processo do único elemento de prova possível. Em outras situações, detalhes ou percepções poderão ser esquecidas, retirando do depoimento a exatidão necessária para a prova do fato criminoso.'" (p. 357).

Assim, postergando-se a produção da prova testemunhal ao momento em que o denunciado for localizado e comparece a Juízo, corre-se o risco de que o tempo prejudique a eficácia da memória em detrimento da apuração da verdade, sendo forçoso preservá-la em momento oportuno para a devida instrução do processo, visando ao esclarecimento dos fatos com a maior proximidade possível da sua verdade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sobre o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* inerentes à prova testemunhal, insta destacar o posicionamento doutrinário de Marcellus Polastri Lima:

"Entendemos que, em vista da falibilidade do testemunho humano, este já é impregnado do requisito da urgência, o que não afasta a motivação a respeito em face do caso concreto. Como já visto supra, o art. 92 do CPP, ao determinar outra espécie de suspensão do processo, mais provisória e transitória do que a presente, estabelece que poderá ser produzida, de forma cautelar, a inquirição das testemunhas e outras provas urgentes. Assim, o CPP, ao se referir à prova testemunhal e outras provas urgentes, reconhece a natureza urgente, a priori, daquela, pois, como conclui Tourinho:

se com a simples suspensão do processo, em face de uma questão prejudicial, cuja solução no cível não dura mais que três ou quatro anos, o legislador determinou a ouvida das testemunhas e de outras provas de natureza urgente, de concluir, pois, a nosso juízo, que, em se tratando de réu que não atendeu à citação editalícia nem constituiu advogado, não deve o juiz limitar-se a inquirir as testemunhas que estejam enfermas ou idosas. E se o réu comparecer dez ou quinze anos depois? As testemunhas seriam capazes de relatar pormenores? Não poderiam morrer neste espaço de tempo? Mudar de endereço sem que se possa localizá-las?

Tal não retira o caráter cautelar da medida, e nem mesmo afasta um dos seus requisitos, o que ocorre é que, em se tratando de prova testemunhal, o fumus boni iuris e o periculum in mora sempre estarão presentes, seja em vista da suspensão indefinida, seja em razão da falibilidade da pessoa humana". (Manual de Processo Penal. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 638 e 639).

Nesse sentido, cita-se ainda julgado do Supremo Tribunal Federal, no qual se consignou que *"a produção antecipada de provas afigura-se necessária sempre que houver possibilidade de que o tempo possa afetar a aferição da verdade real. 4. Em crimes para cujo deslinde se revela imprescindível prova testemunhal, não se afigura desarrazoada a decisão que a considera urgente para os fins do art. 366 do CPP. 5. Ordem de habeas corpus indeferida."* (HC 82157, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 19/11/2002, DJ 19-12-2002 PP-00129 EMENT VOL-02096-04 PP-00670)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, ressalta-se que 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 julgar necessárias para a comprovação da tese defensiva, inclusive, desde que apresente argumentos idôneos, a repetição da prova produzida em antecipação.

Até porque, a produção antecipada de prova testemunhal autorizada pelo artigo 366 do Estatuto Processual possui caráter de medida cautelar que visa à segurança da prova, com efeito meramente conservativo, não se tratando, portanto, da efetiva realização do direito probatório, que será assegurado após o término da suspensão do processo, na presença do acusado e de seu defensor constituído.

Sobre o assunto, destaca-se a lição de Vinicius de Toledo Piza Peluso:

"E, dentre as provas a serem antecipadamente produzidas, inegavelmente a prova testemunhal é a mais importante, não em razão de sua inexistente preponderância probatória, mas, sim, por ser a prova mais comum e de argo uso e, conseqüentemente a mais produzida, 'pois dificilmente, e só em hipóteses excepcionais, provam-se as infrações com outros elementos de prova (...) Assim, a prova testemunhal é uma necessidade, e nesta reside seu fundamento'.

Na hipótese da suspensão do processo determinada pelo art. 366 do CPP, a 'produção antecipada' da prova oral tem o nítido caráter de medida cautelar incidental as perpetuam rei memoriam, que visa à segurança da prova, tão somente documentando algum fato cujo desaparecimento seja provável, para que posteriormente, possa ser utilizado como prova, preservando, assim, a sua futura produção do perigo que a ameaça.

*Não se trata, pois, de verdadeira produção antecipada de prova como ocorre, v.g., nos casos definidos no art. 225 do CPP, mas sim de mera assecuração cautelar de prova, com efeito puramente conservativo, não implicando na plena e efetiva realização do direito probatório" (Boletim IBCCrim. **Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art. 366 do CPP)**. ano 16, n. 72, maio-junho de 2008, p.195).*

Assim, o fato de o togado singular deferir a produção de provas em razão da limitação da memória humana e o comprometimento busca da verdade dos fatos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não induz qualquer prejuízo à parte, sendo, portanto, motivação idônea e apta à determinação da medida.

Na hipótese em apreço, a Corte Estadual determinou a colheita antecipada dos testemunhos sob o argumento de que *"haveria o esquecimento dos fatos e, inclusive, da pessoa do acusado, para fins de reconhecimento pela testemunha e vítimas"* e porque tais pessoas *"sempre em razão do tempo incerto e futuro, poderão mudar de endereço e não mais serem encontradas"*, sendo que a *"prova oral, neste caso específico"*, seria de *"caráter urgente"* pelos motivos elencados (e-STJ fl. 52).

Da leitura da decisão proferida pela autoridade apontada como coatora não se extrai qualquer ilegalidade na colheita adiantada da prova oral, cabendo ressaltar, ainda, que o suposto delito narrado na denúncia ocorreu em 2007 (e-STJ fl. 20), isto é, aproximadamente 4 (quatro) anos antes do provimento judicial que determinou a produção antecipada de provas, correndo-se enorme risco de que detalhes relevantes do caso se percam na memória das testemunhas e principalmente da vítima, menor de 9 (nove) anos à época dos fatos, motivo que legitima a medida antecipatória adotada.

Nessa ordem de ideias, confira-se o seguinte julgado:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. REVELIA. CITAÇÃO POR EDITAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA TESTEMUNHAL. FATOS OCORRIDOS HÁ APROXIMADAMENTE 03 ANOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

I. A determinação da produção antecipada de prova testemunhal, nos termos do art. 366 do CPP, é faculdade legal conferida ao julgador, na hipótese de estar suspenso o processo em decorrência da revelia do acusado, consubstanciando-se em medida que pode, ou não, ser considerada urgente, diante das peculiaridades do caso concreto.

II. Delito praticado em 08.09.2007, tendo o juízo processante determinado a produção antecipada da prova oral, realizada em 25.05.2010, aproximadamente três anos após o cometimento, em tese, do delito, continuando o feito suspenso.

III. Hipótese na qual sobressaem fatos concretos que ensejam a superação do Enunciado n.º 455, da Súmula desta Corte, uma vez verificar-se a necessidade de produção antecipada da prova oral, em razão da possibilidade concreta de as testemunhas esquecerem os fatos apurados e os seus detalhes.

IV. Ordem denegada.

(HC 184.636/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2011, DJe 14/10/2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Melhor sorte não socorre o impetrante quanto ao pleito de revogação da prisão preventiva do paciente, que teria sido decretada sem a indicação dos motivos concretos que a justificariam.

No caso em tela, o Tribunal *a quo* decretou a custódia cautelar do acusado nos seguintes termos:

"Com efeito, BENEDITO está foragido e o crime noticiado é hediondo (atentado violento ao pudor contra menor e praticado em continuidade delitiva), conforme Lei n. 8.072/90.

Ademais, há indícios mínimos de autoria e materialidade, que, aliados à necessidade de preservação da ordem pública, impõe a manutenção da custódia cautelar. Ainda, que há repercussão do fato na comunidade local, a ponto de justificar a prisão cautelar.

Destarte, repita-se, está sendo acusado, o recorrido, de atentado violento ao pudor, sendo vítima uma criança. A violência, neste caso, é presumida. O crime em questão é de suma gravidade.

Presentes, em assim sendo, os requisitos da prisão preventiva, nos termos da atual redação dos artigos 312 e 313 do CPP." (e-STJ fls. 50/51).

No que toca à alegada prescindibilidade da segregação preventiva do paciente, não há que se olvidar que, de fato, as prisões cautelares materializam-se como exceção às regras constitucionais e, como tal, sua incidência em cada caso concreto deve vir fulcrada em elementos que demonstrem a sua efetiva necessidade no contexto fático-probatório apreciado.

E em que pese os argumentos expendidos na impetração, verifica-se que a custódia cautelar do acusado encontra-se devidamente justificada e se mostra necessária especialmente para a garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta do delito de atentado violento ao pudor supostamente cometido, pois, ao que consta, teria por diversas vezes constrangido criança de 9 (nove) anos de idade a praticar e a permitir que com ela fossem praticados atos libidinosos diversos da conjunção carnal (e-STJ fl. 20).

Consta dos autos, ainda, que o paciente residiria nas proximidades da casa da vítima, tendo-a atraído para o seu quarto mediante a oferta de dinheiro e doces,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ocasião em que *"passava sua própria língua na vagina da criança e introduzia o dedo tanto na vagina como no ânus da inocente"*, até ser flagrado na prática dos referidos atos, pouco se importando com as suas consequências, conforme se extrai das declarações narradas na exordial acusatória (e-STJ fl. 20).

Assim, diante do *modus operandi* empregado pelo paciente - que aliciava criança que morava próxima à sua casa com dinheiro e balas para molestá-la sexualmente -, mostra-se evidente o alto grau de ousadia a justificar a medida constritiva.

Assim, evidente a imprescindibilidade da manutenção da custódia provisória, para o fim de se acautelar a ordem pública, haja vista a periculosidade do agente, revelada pela gravidade concreta do crime em tese praticado.

Consoante entendimento firmado por este Sodalício, *"o modus operandi, os motivos, a repercussão social, dentre outras circunstâncias, em crime grave (na espécie, inclusive hediondo), são indicativos, como garantia da ordem pública, da necessidade de segregação cautelar, dada a afronta a regras elementares de bom convívio social"* (RHC 15.016/SC, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJ de 9-2-2004).

Nesse sentido, também os seguintes precedentes:

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. PRISÃO PREVENTIVA. MODUS OPERANDI. GRAVIDADE CONCRETA DAS CONDUTAS. PERICULOSIDADE DO AGENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

I. A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação. In casu, a segregação encontra-se suficientemente fundamentada em relação à garantia da ordem pública.

II. Hipótese na qual o modus operandi pelo qual foi cometido o delito denota a necessidade da segregação provisória também para o fim de resguardar a ordem pública, pois o acusado teria praticado o crime em concurso com menor, mediante grave ameaça com emprego de arma de fogo, ocasião em que o paciente teria, ainda, desferido um golpe com o um objeto pesado na cabeça da vítima.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III. As condições pessoais favoráveis do acusado não têm o condão de, por si só, viabilizar a revogação da custódia preventiva, se existem outros elementos nos autos que respaldam a medida constritiva.

IV. Ordem denegada.

(HC 242.546/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 22/08/2012)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE DEMONSTRADA PELO MODUS OPERANDI. PERICULOSIDADE CONCRETA DO ACUSADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA QUE RECOMENDA A MEDIDA CONSTRITIVA. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. A manutenção da custódia cautelar encontra-se suficientemente fundamentada, em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, in concreto, a periculosidade do agente, a indicar a necessidade de sua segregação para a garantia da ordem pública, considerando-se, sobretudo, o modus operandi do delito, praticado mediante o emprego de arma de fogo e violência contra a vítima. Precedentes.

2. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 241.826/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 13/08/2012)

Ademais, constata-se que a prisão provisória do paciente se mostra necessária, também, para assegurar a aplicação da lei penal, tendo em vista que o acórdão objurgado consignou que ele estaria foragido, sendo acusado de crime hediondo em tese praticado contra menor de idade.

Assim, não se pode dizer que a egrégia Corte *a quo* deu ensejo a qualquer constrangimento ilegal, ao decretar a custódia preventiva do paciente, porquanto, nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal, a fuga do réu é motivação suficiente a embasar a segregação cautelar para a conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.

Confira-se, a propósito, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO E TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO (DUAS VEZES). PRISÃO PREVENTIVA. PEDIDO DE EXTENSÃO DA REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR CONCEDIDA AOS CORRÉUS. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE DE SITUAÇÕES. FUGA DO RÉU DO DISTRITO DA CULPA. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. A custódia cautelar encontra-se devidamente fundamentada para a garantia da aplicação da lei penal, na medida em que, com a fuga do ora Paciente do distrito da culpa, transparece nítida sua intenção de se furtar à persecução criminal do Estado. Precedentes.

2. Não se encontrando os corréus na mesma situação fático-processual, não cabe, a teor do Princípio da Isonomia e do art. 580 do Código de Processo Penal, deferir pedido de extensão de julgado benéfico obtido por um deles.

3. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 240.570/BA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 15/08/2012)

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. PRISÃO PREVENTIVA FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MODUS OPERANDI. RÉU FORAGIDO. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VISLUMBRADO. ORDEM DENEGADA.

I. A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação. In casu, a segregação encontra-se suficientemente fundamentada em relação à garantia da ordem pública.

II. O modus operandi da eventual prática delituosa empreendida, em tese, pelo paciente obsta a revogação da segregação cautelar para a garantia da ordem pública.

III. Ademais, consta das informações da autoridade coatora que o paciente encontra-se foragido, fato que por si só, é suficiente para impedir a revogação de sua custódia preventiva. Precedentes.

IV. Ordem denegada.

(HC 214.862/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 22/08/2012)

Não se deparando, portanto, com flagrante ilegalidade no ato apontado como coator, **não se conhece** do habeas corpus substitutivo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0075740-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 239.269 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 92180095820098260000 9252007

EM MESA

JULGADO: 13/11/2012
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CELIA MENDONÇA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO LOPES DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : B F DE O

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro de vulnerável

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, não conheceu do pedido."

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