



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 322.956 - SP (2015/0104007-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO LOPES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBSON OTÁVIO DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. URGÊNCIA DEMONSTRADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. NÃO OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. ANTECEDENTES. FRAÇÃO DE AUMENTO. RAZOABILIDADE. REGIME FECHADO. MANUTENÇÃO. ORDEM DENEGADA.

1. Segundo entendimento desta Corte Superior de Justiça, o simples argumento de que as testemunhas possam esquecer detalhes dos fatos com o decurso do tempo não autoriza, por si só, a produção antecipada de provas. É indispensável fundamentá-la concretamente, sob pena de ofensa à garantia do devido processo legal. Inteligência da Súmula n. 455 do STJ.

2. A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o RHC n. 64.086/DF, em 23/11/2016, entendeu pela possibilidade de temperar a aplicação do enunciado n. 455 da Súmula do STJ na hipótese de demonstração da urgência da oitiva quando, não havendo outros meios de prova disponíveis, as testemunhas, pela natureza de sua atuação profissional, tenham contato diário com fatos criminosos que apresentem semelhanças em sua dinâmica.

3. A prova oral, pela sua própria natureza, perde em qualidade e em fidedignidade a cada dia que tarda a sua produção em juízo; ainda assim, o mero decurso do tempo, na dicção da Súmula, não justifica os depoimentos antecipados, salvo se, em interpretação razoável, houver particularidade no caso que explicita a necessidade de colher os testemunhos em caráter cautelar, de modo a não gerar prejuízos aos meios e aos fins a que se destinam o direito penal e o processual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

penal.

4. No caso, a não produção da prova equivaleria a praticamente condenar o processo – como meio de obter a verdade dos fatos – à inutilidade, haja vista ser inexorável o esquecimento dos fatos por parte das testemunhas arroladas, por serem policiais que se deparam com inúmeros casos similares ao longo de suas carreiras, circunstâncias que, naturalmente, dificultam a reconstrução precisa dos fatos.

5. As testemunhas foram ouvidas também em relação ao corrêu, o que autoriza a produção antecipada da prova por economia processual. O STJ já decidiu ser "desarrazoado exigir-se a repetição do ato, obrigando as testemunhas a comparecerem por duas vezes ao fórum com idêntica finalidade" (RHC n. 85.236/ES, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 26/6/2017).

6. A realização antecipada de provas não traz prejuízo para a defesa, visto que, além de o ato ser realizado na presença de defensor nomeado, caso o réu compareça ao processo futuramente, poderá requerer a produção das provas que julgar necessárias para a tese defensiva; poderá, inclusive, conseguir a repetição da prova produzida antecipadamente.

7. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que o porte ilegal de munições configura o tipo penal descrito no art. 16, *caput*, da Lei n. 10.826/2003, crime de perigo abstrato que presume a ocorrência de dano à segurança pública e prescinde, para sua caracterização, de resultado naturalístico à incolumidade física de outrem.

8. O acréscimo da pena-base pelo Tribunal *a quo* em 1 ano de reclusão foi proporcional e não cumpre a este Superior Tribunal, no exame do habeas corpus, corrigir opções judiciais razoáveis na dosimetria da pena.

9. Diante de circunstância judicial desfavorável (antecedentes), não há violação do art. 33, § 2º, do Código Penal pelas instâncias antecedentes ao fixar o regime fechado.

10. Ordem denegada, cassada a liminar.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, denegar a ordem, cassada a liminar, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Ressalvou entendimento pessoal o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior. Os Srs. Ministros



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 17 de agosto de 2017

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 322.956 - SP (2015/0104007-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : BRUNO LOPES DE OLIVEIRA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ROBSON OTÁVIO DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

ROBSON OTÁVIO DOS SANTOS estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em face do acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação n. 0013306-71.2011.8.26.0577.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, mais multa, pela prática do delito descrito no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/2003.

Citado o réu por edital, sem comparecimento e constituição de advogado, o Juiz da 1ª Vara Criminal da Comarca de São José dos Campos – SP suspendeu o processo, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal e determinou a produção antecipada de provas.

Nas razões deste *mandamus*, a defesa sustenta ser nula a referida decisão, por não se verificar a urgência do ato, requisito necessário para caracterização da excepcionalidade da medida, em afronta ao disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal e no próprio art. 366 do Estatuto Processual Penal. Para tanto, afirma que "não é motivação idônea [...] a mera referência ao possível esquecimento, mudança das testemunhas ou aproveitamento de atos praticados em relação ao corréu", de modo que "deve haver a real avaliação de sua necessidade e urgência no caso concreto, o que não ocorreu nesses autos" (fl. 3).

Afirma, ainda, que o paciente deve ser absolvido, dada atipicidade da conduta, a redução pena, a fixação de regime em modo mais brando e a substituição da pena por restritiva de direitos.

Requer a concessão da ordem, a fim de que seja reconhecida a nulidade apontada ou que seja absolvido o réu, reduzida e substituída a pena e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imposto o modo intermediário para o início do cumprimento da reprimenda.

A liminar foi deferida tão somente para que fossem suspensos os efeitos da condenação, dada a inicial conclusão da ilegalidade das provas produzidas (fls. 69-73).

Prestadas as informações (fls. 83 e 85-112), veio o parecer do Ministério Público Federal (fls. 117-120), que opinou pela denegação da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 322.956 - SP (2015/0104007-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. URGÊNCIA DEMONSTRADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. NÃO OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. ANTECEDENTES. FRAÇÃO DE AUMENTO. RAZOABILIDADE. REGIME FECHADO. MANUTENÇÃO. ORDEM DENEGADA.

1. Segundo entendimento desta Corte Superior de Justiça, o simples argumento de que as testemunhas possam esquecer detalhes dos fatos com o decurso do tempo não autoriza, por si só, a produção antecipada de provas. É indispensável fundamentá-la concretamente, sob pena de ofensa à garantia do devido processo legal. Inteligência da Súmula n. 455 do STJ.

2. A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o RHC n. 64.086/DF, em 23/11/2016, entendeu pela possibilidade de temperar a aplicação do enunciado n. 455 da Súmula do STJ na hipótese de demonstração da urgência da oitiva quando, não havendo outros meios de prova disponíveis, as testemunhas, pela natureza de sua atuação profissional, tenham contato diário com fatos criminosos que apresentem semelhanças em sua dinâmica.

3. A prova oral, pela sua própria natureza, perde em qualidade e em fidedignidade a cada dia que tarda a sua produção em juízo; ainda assim, o mero decurso do tempo, na dicção da Súmula, não justifica os depoimentos antecipados, salvo se, em interpretação razoável, houver particularidade no caso que explicita a necessidade de colher os testemunhos em caráter cautelar, de modo a não gerar prejuízos aos meios e aos fins a que se destinam o direito penal e o processual penal.

4. No caso, a não produção da prova equivaleria a praticamente condenar o processo – como meio de obter a verdade dos fatos – à inutilidade, haja vista ser inexorável o esquecimento dos fatos por parte das testemunhas arroladas, por serem policiais que se deparam com inúmeros casos similares ao longo de suas carreiras, circunstâncias que, naturalmente, dificultam a reconstrução precisa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos fatos.

5. As testemunhas foram ouvidas também em relação ao corrêu, o que autoriza a produção antecipada da prova por economia processual. O STJ já decidiu ser "desarrazoado exigir-se a repetição do ato, obrigando as testemunhas a comparecerem por duas vezes ao fórum com idêntica finalidade" (RHC n. 85.236/ES, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 26/6/2017).

6. A realização antecipada de provas não traz prejuízo para a defesa, visto que, além de o ato ser realizado na presença de defensor nomeado, caso o réu compareça ao processo futuramente, poderá requerer a produção das provas que julgar necessárias para a tese defensiva; poderá, inclusive, conseguir a repetição da prova produzida antecipadamente.

7. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que o porte ilegal de munições configura o tipo penal descrito no art. 16, *caput*, da Lei n. 10.826/2003, crime de perigo abstrato que presume a ocorrência de dano à segurança pública e prescinde, para sua caracterização, de resultado naturalístico à incolumidade física de outrem.

8. O acréscimo da pena-base pelo Tribunal *a quo* em 1 ano de reclusão foi proporcional e não cumpre a este Superior Tribunal, no exame do habeas corpus, corrigir opções judiciais razoáveis na dosimetria da pena.

9. Diante de circunstância judicial desfavorável (antecedentes), não há violação do art. 33, § 2º, do Código Penal pelas instâncias antecedentes ao fixar o regime fechado.

10. Ordem denegada, cassada a liminar.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Produção antecipada de provas

Em 23/11/2016, a Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o RHC n. 64.086/DF, entendeu pela possibilidade de temperar a aplicação do enunciado n. 455 da Súmula do STJ, na hipótese de demonstração da urgência da oitiva quando, não havendo outros meios de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prova disponíveis, as testemunhas, **pela natureza de sua atuação profissional**, tenham contato diário com fatos criminosos que apresentem semelhanças em sua dinâmica, *in verbis*:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TENTADO. RÉU FORAGIDO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. TESTEMUNHAS POLICIAIS. ART. 366 DO CPP. SÚMULA 455 DO STJ. TEMPERAMENTO. RISCO DE PERECIMENTO DA PROVA. TEMPO E MEMÓRIA. JURISDIÇÃO PENAL E VERDADE. AFETAÇÃO DA MATÉRIA À TERCEIRA SEÇÃO DO STJ. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Desconhecido o paradeiro do acusado após a sua citação por edital, pode o Juiz, fundamentadamente, determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes, visando a justamente resguardar a efetividade da prestação jurisdicional, comprometida com a busca da verdade, diante da possibilidade de perecimento da prova em razão do decurso do tempo.

2. Se, por um lado, a jurisdição penal tem o dever de evitar que o acusado seja processado e julgado à revelia, não pode, a seu turno, ter seus resultados comprometidos pelo tardio depoimento de pessoas que, pela natureza de seu ofício, testemunham diariamente a prática de crimes, cujo registro mnemônico se perde com a sucessão de fatos similares e o decurso do tempo. O processo penal permite ao Estado exercitar seu *jus puniendi* de modo civilizado e eficaz, devendo as regras pertinentes ser lidas e interpretadas sob dúplici vertente - proteção do acusado e proteção da sociedade - sob pena de desequilibrarem-se os legítimos interesses e direitos envolvidos na persecução penal. É dizer, repudia-se tanto a excessiva intervenção estatal na esfera de liberdade individual (proibição de excesso), quanto a deficiente proteção estatal de que são titulares todos os integrantes do corpo social (proibição de proteção penal deficiente).

3. A Lei n. 9.271/1996 - cujo objetivo maior foi o de corrigir a distorção, até então existente em nosso sistema punitivo, de permitir o julgamento à revelia de pessoas não localizadas para serem pessoalmente citadas sobre a existência do processo penal - buscou, todavia, evitar que a nova sistemática introduzida em nosso ordenamento engendrasse a total ineficácia do futuro provimento jurisdicional. Para tanto, previu três alternativas a acompanhar a norma principal (suspensão do processo, objeto do art. 366 do CPP), a saber: a) a suspensão do prazo prescricional; b) a produção de provas urgentes e c) a decretação da prisão preventiva do réu. A oportuna produção da prova urgente decorreu, portanto, do propósito legislativo de não tornar inútil a atividade jurisdicional a ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desenvolvida após o eventual comparecimento do réu não localizado, sob a perspectiva, de difícil refutação, de que a imprevisível duração da suspensão do processo prejudique o encontro da verdade, em face da dificuldade de se reunirem provas idôneas a lastrear a narrativa constante da peça acusatória, ou mesmo a versão que venha a ser apresentada pelo réu.

4. Estudos recentes de Psicologia demonstram a ocorrência frequente do fenômeno psíquico denominado "falsa memória", em razão do qual a pessoa verdadeiramente acredita que viveu determinado fato, frequentemente distorcido, porém, por interpretações subjetivas, convergência de outras memórias e por sugestões externas, de sorte a interferirem no processo de resgate dos fatos testemunhados.

5. Assim, desde que explicitadas as razões concretas da iniciativa judicial, é justificável a antecipação da colheita da prova testemunhal com arrimo no art. 366 do CPP, de maneira a não se perderem detalhes relevantes ao deslinde da causa e a não comprometer um dos objetivos da persecução penal, qual seja, a busca da verdade, atividade que, conquanto não tenha a pretensão de alcançar a plenitude da compreensão sobre o que ocorreu no passado, deve ser voltada, teleologicamente, à reconstrução dos fatos em caráter aproximativo.

6. Este Superior Tribunal firmou o entendimento segundo o qual o simples argumento de que as testemunhas poderiam esquecer detalhes dos fatos com o decurso do tempo não autoriza a produção antecipada de provas, sendo indispensável fundamentá-la concretamente, sob pena de ofensa à garantia do devido processo legal. É que, muito embora tal esquecimento seja passível de concretização, não poderia ser utilizado como mera conjectura, desvinculado de elementos objetivamente deduzidos. Razão de ser da Súmula 455 do STJ e necessidade de seu temperamento na hipótese retratada nos autos.

7. A fundamentação da decisão que determina a produção antecipada de provas pode limitar-se a destacar a probabilidade de que, não havendo outros meios de prova disponíveis, as testemunhas, pela natureza de sua atuação profissional, marcada pelo contato diário com fatos criminosos que apresentam semelhanças em sua dinâmica, devem ser ouvidas com a possível urgência.

8. No caso sob análise, o Juízo singular, ao antecipar a oitiva das testemunhas arroladas pela acusação, salientou que, por ser a testemunha policial, sua oitiva deve realizar-se com urgência, pois "... o atuar constante no combate à criminalidade expõe o agente da segurança pública a inúmeras situações conflituosas com o ordenamento jurídico, sendo certo que as peculiaridades de cada uma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acabam se perdendo em sua memória, seja pela frequência com que ocorrem, ou pela própria similitude dos fatos, sem que isso configure violação à garantia da ampla defesa do acusado...".

9. A realização antecipada de provas não traz prejuízo ínsito à defesa, visto que, a par de o ato ser realizado na presença de defensor nomeado, nada impede que, retomado eventualmente o curso do processo com o comparecimento do réu, sejam produzidas provas que se julgarem úteis à defesa, não sendo vedada a repetição, se indispensável, da prova produzida antecipadamente.

10. Recurso em Habeas Corpus, afetado à Terceira Seção, desprovido. (RHC n. 64.086/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Rel. p/ Acórdão Ministro **Rogério Schietti Cruz**, 3ª S., DJe 9/12/2016)

Pelos documentos trazidos à colação, verifico que, não tendo sido localizado o paciente, foi determinada a sua citação por edital; no entanto, deixou o réu de comparecer ao chamamento judicial e de constituir advogado para o patrocínio de sua defesa.

Assim, o Juízo singular determinou a produção antecipada de provas, conforme a seguir descrito:

[...]

Uma vez recebida a denúncia, por preenchidos, como já decidido, os requisitos dos art. 41 e 395, do Código de Processo Penal, não sendo o caso de absolvição sumária, por ausência das hipóteses previstas no art. 397 do mesmo Diploma Legal, designo audiência de instrução, interrogatório, debates e julgamento, para o dia 16 de março de 2011 14:00h.

Intime-se, requisite-se, ou cobre-se a documentação faltante, conforme o caso, dando-se ciência às partes.

Com relação ao co-réu Robson, não obstante a citação por edital, nos termos do artigo 366 do CPP, deixo, por ora, de suspender o processo, determinando a produção antecipada de prova, em razão da possibilidade de esquecimento por parte das testemunhas, o que prejudicaria a busca da verdade real, bem como, em atenção ao princípio da economia processual, uma vez que as testemunhas serão já ouvidas com relação ao outro réu.

No mais, afirmando o(s) réu(s) Natanael não ter(em) condições econômicas de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, em inteligência ao art. 2º, parágrafo único, da Lei 1.060/50, declaro-o(s) beneficiário(s) da Assistência Judiciária Gratuita, anotando-se (fl. 56, destaquei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Foi proferida sentença, que condenou o ora paciente à pena de 4 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, mais multa, pela prática do delito descrito no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/2003. A respeito do tema, o Juízo natural assim consignou:

Inicialmente, consigne-se não ter ocorrido a nulidade suscitada pela defesa. Uma vez não encontrado o acusado para receber a citação, justificou-se o motivo de a prova deste caderno ser antecipada (fls.111), decisão que não sofreu objeção quer da acusação, quer da defesa. Na audiência realizada, foi garantido ao réu o contraditório e a ampla defesa, nenhum prejuízo lhe advindo. A determinação tem previsão legal no artigo 166 do Código de Processo Penal e se justificou, no caso, em razão da possibilidade de as testemunhas virem a se esquecer dos fatos, o que prejudicaria a busca da verdade real (fls. 30-31, destaquei).

Por ocasião do julgamento da apelação defensiva, a Corte local assim se manifestou sobre a matéria:

Ao contrário do que sustenta a Defesa, houve decisão devidamente motivada, não só com base no risco de perecimento da prova, mas também em razão de economia processual, uma vez que o processo seria instruído para o corréu *Natanael* (fls. 111). Além disso, inexistiu objeção quando de sua prolação, tendo sido garantido, ao Apelante, o contraditório e a ampla defesa, tanto assim que a insurgência cinge-se à tipicidade dos fatos (fl. 36).

Pelos trechos anteriormente transcritos e em face do novo entendimento jurisprudencial, **não constato** o alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o recorrente.

Consoante o disposto no art. 366 do Código de Processo Penal, "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".

Pelo dispositivo anteriormente mencionado, pode-se concluir que, na hipótese de ser desconhecido o paradeiro do acusado após a sua citação por edital, fica o Juiz autorizado a determinar a produção antecipada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

das provas consideradas urgentes, visando justamente resguardar a efetividade da prestação jurisdicional, diante da possibilidade de perecimento da prova em razão do decurso do prazo pelo qual o processo permanece suspenso.

Por um lado, há quem defenda que a produção antecipada de provas poderia representar uma mitigação à garantia constitucional da ampla defesa, visto que não oportunizaria ao acusado o exercício da autodefesa.

Todavia, em se tratando de prova testemunhal, a questão tem suscitado alguns debates acerca da urgência em sua colheita, haja vista o possível esquecimento dos fatos pelos depoentes durante o período em que o processo permanece sobrestado.

Não se discute que a memória humana é suscetível de falhas com o decurso do tempo, por isso não se pode atribuir a uma testemunha o encargo de guardar em sua mente os detalhes de um fato eventualmente presenciado, enquanto o acusado permanece alheio à persecução penal deflagrada em seu desfavor.

Aliás, conforme observam Aury Lopes Jr. e Cristina Carla Di Gesu, “o delito, sem dúvida, gera uma emoção para aquele que o testemunha ou que dele é vítima. Contudo, pelo que se pode observar, a tendência da mente humana é guardar apenas a emoção do acontecimento, deixando no esquecimento justamente o que seria mais importante a ser relatado no processo, ou seja, a memória cognitiva, provida de detalhes técnicos e despida de contaminação (emoção, subjetivismo ou juízo de valor).” (Prova Penal e Falsas Memórias: Em Busca da Redução de Danos. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 175, jun/2007, p. 14).

Assim, por vezes, faz-se necessária a antecipação da prova testemunhal com arrimo no art. 366 do Código de Processo Penal – mormente quando se constata que a data dos fatos narrados na denúncia já se distancia de forma proeminente –, de maneira a não se perderem detalhes relevantes ao deslinde da questão e não se comprometer um dos objetivos da persecução penal, qual seja, a busca da verdade.

Todavia, este Superior Tribunal firmou o entendimento de que o simples argumento de que as testemunhas poderiam esquecer detalhes dos fatos com o decurso do tempo não autorizaria, por si só, a utilização de tal medida, sendo indispensável fundamentá-la concretamente, sob pena de ofensa à garantia do devido processo legal. É que, muito embora esse esquecimento seja passível de concretização, não poderia ser utilizado como mera conjectura,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desvinculado de elementos objetivamente deduzidos.

Confira-se, a propósito, o disposto na Súmula n. 455 deste Superior Tribunal:

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.

Por ocasião do julgamento do RHC n. 64.086/DF, no entanto, ficou assentado que o enunciado na Súmula anteriormente mencionada deve ser interpretada *cum grano salis*. Tenho que, na verdade, a prova testemunhal é, por natureza, urgente, de maneira que a tardança em coletar a prova testemunhal compromete, definitivamente, a prestação jurisdicional, com reflexos nos fins a que se destinam o direito penal e o processual penal.

Assim, considero que a fundamentação da decisão que determina a produção antecipada de provas pode limitar-se a destacar a probabilidade de que, não havendo outros meios de prova disponíveis, as testemunhas devem ser ouvidas antecipadamente.

Na espécie em análise, verifico que o Juízo singular, ao determinar a produção antecipada da prova oral, consignou a possibilidade de esquecimento dos fatos pelas testemunhas, as quais, segundo a sentença, se tratavam dos **investigadores de polícia responsáveis pela apuração do caso** (fls. 31-32). Ou seja, pelas próprias atividades desempenhadas pelas testemunhas (policiais), o magistrado natural considerou a dificuldade para relembrar os fatos.

Por tais razões, entendo que **não deve ser anulada** a decisão atacada, visto que a prova oral, pela sua própria natureza, perde em qualidade e em fidedignidade a cada dia que tarda a sua produção em juízo.

No caso em exame, como em muitos outros, a não produção da prova equivaleria a praticamente condenar o processo – como meio de obter a verdade dos fatos – à inutilidade, haja vista ser inexorável o esquecimento dos fatos por parte das testemunhas ou mesmo o desaparecimento destas com o passar dos anos.

A Lei n. 9.271/1996, buscando evitar que a nova sistemática



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

introduzida em nosso ordenamento engendrasses a total ineficácia do provimento jurisdicional, previu três alternativas, uma cogente e duas facultativas, a acompanhar a norma principal, a saber: **a)** a suspensão do prazo prescricional; **b)** a produção de provas urgentes e **c)** a decretação da prisão preventiva do réu.

Revela-se óbvio, contudo, que a imprevisível duração da suspensão do processo prejudique o encontro da verdade material, em face da dificuldade de se reunirem provas idôneas a lastrear a narrativa constante da peça acusatória, ou mesmo a versão apresentada pelo réu.

Também é evidente que, após alguns anos, seria pouco provável que as eventuais testemunhas do delito consigam, se ainda estiverem vivas ou se localizadas, recordar-se de um fato longínquo no tempo. Logo, estará preservada, apenas, a prova pericial ou documental eventualmente já colhida antes da suspensão do processo, insuficientes, muitas das vezes, para firmar a convicção judicial acerca do fato objeto da ação penal.

De mais a mais, não se pode olvidar que a realização antecipada de provas não traz prejuízo para a defesa, visto que, além de o ato ser realizado na presença de defensor nomeado, caso o réu compareça ao processo futuramente, poderá requerer a produção das provas que julgar necessárias para a tese defensiva. Desde que apresente argumentos idôneos, poderá até mesmo conseguir a repetição da prova produzida antecipadamente.

Isso significa que a produção antecipada de provas não constitui uma plena e efetiva realização do direito probatório – o qual será assegurado quando for retomada a marcha processual, na presença do acusado e de seu defensor constituído –, mas sim uma mera assecuração cautelar de prova, com efeito puramente conservativo.

Nesse sentido:

[...]

1. Segundo entendimento desta Corte Superior de Justiça, o simples argumento de que as testemunhas possam esquecer detalhes dos fatos com o decurso do tempo não autoriza, por si só, a produção antecipada de provas, sendo indispensável fundamentá-la concretamente, sob pena de ofensa à garantia do devido processo legal. Inteligência da Súmula n. 455/STJ.
2. A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o RHC n. 64.086, em 23/11/2016, entendeu pela possibilidade de temperar a aplicação do Enunciado n. 455 da Súmula do STJ, na hipótese de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demonstração da urgência da oitiva quando, não havendo outros meios de prova disponíveis, as testemunhas, pela natureza de sua atuação profissional, tenham contato diário com fatos criminosos que apresentem semelhanças em sua dinâmica.

3. A prova oral, pela sua própria natureza, perde em qualidade e em fidedignidade a cada dia que tarda a sua produção em juízo; ainda assim, o mero decurso do tempo, na dicção da Súmula, não justifica os depoimentos antecipados, salvo se, em interpretação razoável, houver particularidade no caso que explicita a necessidade de colher os testemunhos em caráter cautelar, de modo a não gerar prejuízos aos meios e aos fins a que se destinam o direito penal e o processual penal.

4. Na hipótese vertente, a não produção da prova equivaleria a praticamente condenar o processo - como meio de obter a verdade dos fatos - à inutilidade, haja vista ser inexorável o esquecimento dos fatos por parte das testemunhas arroladas, por serem policiais que se deparam com inúmeros casos similares ao longo de suas carreiras, circunstâncias que, naturalmente, dificulta a reconstrução precisa dos fatos.

5. A imprevisível duração da suspensão do processo prejudica o encontro da verdade material, em face da dificuldade de se reunirem provas idôneas a lastrear a narrativa constante da peça acusatória, ou mesmo a versão apresentada pelo réu.

6. Não há constrangimento ilegal quando verificado que o Juiz singular, ao determinar a produção antecipada da prova oral - oitiva das testemunhas arroladas pela acusação - reportou-se aos fundamentos lançados na cota ministerial, salientando "que os depoimentos dos policiais devem ser antecipados pois atuam constantemente em situação semelhantes, o que colocará em risco a produção da prova no futuro pois terão dificuldade para lembrar dos fatos". Consignou, ainda, "que já [havam] se passa[do] dois anos desde os fatos" e que, "quando o réu citado por edital for localizado, [poderia] ouvir novamente as vítimas e testemunhas, se assim for do interesse das partes para o esclarecimento da verdade".

7. A realização antecipada de provas não traz prejuízo para a defesa, visto que, além de o ato ser realizado na presença de defensor nomeado, caso o réu compareça ao processo futuramente, poderá requerer a produção das provas que julgar necessárias para a tese defensiva, podendo, inclusive, conseguir a repetição da prova produzida antecipadamente.

8. Ordem denegada, cassada a liminar.

(HC n. 342.114/SC, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 1º/8/2017)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, importante pormenor a ser destacado é o fato de as **testemunhas haverem sido ouvidas também em relação ao corrêu**. Logo, conforme bem destacado no acórdão *a quo*, a prova em comento foi produzida, antecipadamente, por **economia processual**.

Sobre essa questão específica, também são diversos os julgados desta Corte Superior, os quais indicam ser "desarrazoado exigir-se a repetição do ato, obrigando as testemunhas a comparecerem por duas vezes ao fórum com idêntica finalidade" (**RHC n. 85.236/ES**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 26/6/2017).

No mesmo sentido:

[...]

1. Tratando-se, no caso, de testemunhas comuns entre o paciente, citado por edital, e os corrêus, citados pessoalmente, não há constrangimento ilegal na produção antecipada de prova em face do paciente, quando as testemunhas a serem ouvidas em juízo se mostram comuns aos acusados, não existindo efetivo prejuízo à defesa, pois, segundo consta nos autos, a Defensoria Pública se fez presente na audiência.

2. **Mostra-se desarrazoada a repetição do ato em atenção ao princípio da economia processual.**

[...]

4. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos.

5. Agravo regimental improvido.

(**AgRg no RHC n. 74.137/MG**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, 6ª T., DJe 25/10/2016)

II. Atipicidade da conduta

No que tange à tese de atipicidade da conduta sob a alegação de ausência de lesividade, o Tribunal assim consignou:

[...]

Importante registrar que a tutela penal deste injusto é a incolumidade pública, transcendendo a mera proteção à pessoa. Por isso, basta para o seu aperfeiçoamento, a possibilidade de dano, inequívoco, no caso, em que o material apreendido fora submetido à perícia, constatando-se estar apto ao uso (fls. 69) e não a sua efetiva ocorrência, tanto é que o tipo veda expressamente a posse de tais objetos, os quais, inclusive,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

são de uso restrito (fl. 36).

A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que o porte ilegal de munições configura o tipo penal descrito no art. 16, *caput*, da Lei n. 10.826/2003, crime de perigo abstrato que presume a ocorrência de dano à segurança pública e prescinde, para sua caracterização, de resultado naturalístico à incolumidade física de outrem.

Na hipótese, as instâncias de origem consignaram a apreensão em poder do paciente de várias munições de FAL e AK47, de uso restrito, em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, aptas à realização de disparos (potencialidade lesiva), o que é suficiente para justificar a condenação pelo crime descrito. É irrelevante, pois, a quantidade de munições apreendidas ou a concretização do perigo presumido no tipo penal, além de desnecessária a apreensão da arma.

Ilustrativamente:

[...]

1. Segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal, os crimes previstos entre os arts. 12 a 18 do Estatuto do Desarmamento são considerados de perigo abstrato, notadamente em função da proteção do bem jurídico atinente à incolumidade pública.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que os crimes previstos nos arts. 12, 14 e 16 da Lei n. 10.826/2003 são de perigo abstrato, razão pela qual é desnecessária a realização de exame pericial para aferir a potencialidade lesiva do artefacto. (HC n. 356.349/MS, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 1º/8/2016).

[...] (AgRg no REsp n. 1.616.779/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 18/11/2016).

[...]

- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que os crimes previstos nos art. 12, 14 e 16 da Lei 10.826/2003 são de perigo abstrato, razão pela qual é desnecessária a comprovação de prejuízo para a configuração do ilícito e **incabível a aplicação do princípio da insignificância**.

- Habeas corpus não conhecido. (HC n. 358.862/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 1º/8/2016, grifei)

Cito, ainda, os seguintes julgados: HC n. 359.055/SC, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 24/8/2016; **HC n. 358.989/RS**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 23/11/2016.

Portanto, ao reconhecer a tipicidade do porte das referidas munições, **a Corte de origem decidiu em harmonia com a jurisprudência deste Superior Tribunal, devendo ser afastada a tese defensiva.**

III. Dosimetria da pena

O agravante foi condenado por incursão no **art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/2003**. Na primeira fase da dosimetria, o Juiz considerou duas condenações definitivas para evidenciar seus maus antecedentes e sua reincidência, consubstanciadas no histórico criminal juntado aos autos, o qual demonstra "que o acusado foi condenado por outros delitos (furto e roubo), entre os anos de 1994 e 1996". Consignou, ainda, que "embora tenha iniciado o cumprimento da pena, evadiu-se do sistema carcerário, gerando a interrupção do lapso temporal de custódia", e, à época, ainda não havia cumprido as penas impostas.

A manutenção, no acórdão, da análise negativa dos antecedentes do réu e a redução da fração de exasperação **não constitui ilegalidade**, na medida em que as referidas condenações definitivas assinaladas na sentença foram sopesadas uma única vez na primeira fase da dosimetria e é assente nesta Corte Superior a possibilidade de "aumento da pena-base em decorrência de condenações anteriores com trânsito em julgado há mais de 5 (cinco) anos, pois, embora não caracterizem a reincidência, tais condenações podem ser utilizadas para fins de maus antecedentes" (**HC n. 367.390/SC**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., DJe 5/4/2017).

A existência de condenações anteriores transitadas em julgado pode justificar validamente a elevação da pena-base como maus antecedentes, desde que diferentes as condenações consideradas na segunda fase da dosimetria, sob pena de *bis in idem*. O que não se admite é a consideração de uma mesma condenação para: a) a valoração negativa de mais de uma circunstância judicial ou b) de circunstância judicial e da reincidência, o que não ocorreu na hipótese.

A exasperação relacionada a cada circunstância judicial poderá (entre outros critérios, como a razoabilidade) ser calculada com base no termo médio entre o mínimo e o máximo da pena cominada em abstrato ao crime, do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qual se deduz o mínimo, dividindo-se esse resultado pelo número de circunstâncias do art. 59 do CP.

A conta, cabe salientar, não é aritmética e nem limita o magistrado, mas revela que **o acréscimo da pena-base pelo Tribunal a quo em 1 ano de reclusão foi proporcional**, e não cabe a este Superior Tribunal, no exame do habeas corpus, corrigir opções judiciais razoáveis – **considerando o elevado número de condenações sofridas pelo paciente** (folha de antecedentes nas fls. 91-112).

Não redimensionada a pena, fica prejudicado o pleito de aplicação do art. 44 do CP.

IV. Regime

Quanto à almejada modificação do regime inicial para o semiaberto, cumpre enfatizar que esta Corte tem decidido que o modo inicial de cumprimento da pena não está vinculado, de forma absoluta, ao *quantum* de reprimenda imposto.

É dizer, para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as **diretrizes dos arts. 33 e 59**, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a **gravidade concreta** do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* da pena (**HC n. 279.272/SP**, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T., DJe 25/11/2013; **HC n. 265.367/SP**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ª T., DJe 19/11/2013; **HC n. 213.290/SP**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 4/11/2013; **HC n. 148.130/MS**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 3/9/2012).

O art. 33, § 3º, do Código Penal estabelece que "a determinação do regime inicial de cumprimento de pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código".

Portanto, as mesmas circunstâncias judiciais aferidas pelo magistrado para fixação da pena-base na primeira fase da dosimetria deverão ser sopesadas na imposição do regime inicial de cumprimento de pena.

Diante de circunstância judicial desfavorável (antecedentes), – no caso, bem salientada pelas instâncias de origem ao dosar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a pena-base, concluo não haver violação do art. 33, § 2º, do Código Penal, sendo correta, portanto, a aplicação do regime fechado.

Ilustrativamente:

[...]

5. De acordo com a jurisprudência desta Corte, "a elevação da pena-base encontra-se devidamente justificada, a exemplo das consequências do delito, haja vista o elevado prejuízo causado à vítima, mostrando-se a reprimenda, tal qual fixada no acórdão, proporcional às circunstâncias concretas do caso" (HC n. 342.327/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., DJe 8/6/2016).

6. Há ilegalidade quando não é apontado nenhum elemento dos autos (*modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, evidencie real necessidade de exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido.

7. Diante de circunstâncias judiciais desfavoráveis - no caso, as consequências e os antecedentes -, é cabível a fixação do regime fechado, aos condenados não reincidentes, para o início do cumprimento da pena superior a 4 anos e que não exceda a 8 anos, em conformidade com o § 3º do art. 33 do Código Penal.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas dos pacientes.

(HC n. 370.412/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 21/10/2016, destaquei).

V. Dispositivo

À vista de todo o exposto, **cassando a liminar outrora deferida, denego a ordem.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0104007-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 322.956 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00133067120118260577 133067120118260577 20150000185586 8712009

EM MESA

JULGADO: 17/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: BRUNO LOPES DE OLIVEIRA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ROBSON OTÁVIO DOS SANTOS (PRESO)
CORRÉU	: NATANAEL FIGUEIREDO MARIA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes do Sistema Nacional de Armas

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 unanimidade, denegou a ordem, cassada a liminar, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Ressalvou entendimento pessoal o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.