RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 110.612 - MG (2019/0092862-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE	:	JULIO CESAR PEREIRA (PRESO)
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* com pedido liminar interposto por JULIO CESAR PEREIRA contra acórdão proferido pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no julgamento do HC n. 1.0000.18.133550-6/000.

Noticiam os autos que o recorrente foi denunciado como incurso no artigo 33 da Lei 11.343/2006, sobrevindo decisão que determinou a produção antecipada de provas e decretou a sua prisão preventiva.

Inconformada, a defesa impetrou prévio *writ* na origem, cuja ordem foi denegada.

Sustenta a Defensoria Pública que as instâncias de origem não teriam demonstrado a necessidade da colheita antecipada dos depoimentos das testemunhas, em ofensa ao verbete 455 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

Alega que não estariam presentes os requisitos necessários para a decretação da custódia cautelar do acusado.

Aduz que a suspensão do processo em razão de o acusado não haver sido encontrado não ensejaria a sua segregação antecipada.

Argumenta que a medida extrema poderia ser substituída por cautelares diversas.

Requer, liminarmente, a suspensão da audiência designada e do cumprimento do mandado de prisão expedido contra o recorrente, e, no mérito, pugna pelo provimento da insurgência para que o processo seja anulado desde a produção antecipada de provas, revogando-se a sua custódia preventiva, a fim de que possa aguardar solto o julgamento da ação penal.

É o relatório.

Como se sabe, o legislador ordinário, ao alterar o artigo 366 do Código de Processo Penal, 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.*

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

processo permanece suspenso.

Em 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, razão pela qual a medida é restrita às provas consideradas urgentes.

Todavia, em se tratando de prova testemunhal, a aplicação ou não do referido instituto ainda é alvo de debates no âmbito doutrinário e jurisprudencial, tendo em vista o 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 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.

Cumpre 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 passar 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 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 permanece alheio à persecução penal deflagrada em seu desfavor.

Em verdade, "*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 quotidiano 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, em casos nos quais o período de suspensão do processo já se estende de forma significativa, afigura-se prudente e razoável que a prova testemunhal seja colhida por antecipação, pois se corre 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.

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 iures *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).*

Ressalte-se, outrossim, que a colheita 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 dos elementos de convicção que julgar necessários para a comprovação da tese defensiva, inclusive a repetição daqueles obtidos por antecipação, caso apresente argumentos idôneos.

Até porque a produção antecipada 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, consequentemente 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 asseguração 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).*

Por conseguinte, o fato de o togado singular deferir a produção de provas em razão da limitação da memória humana e o comprometimento da busca da verdade dos fatos em razão de considerável período de suspensão do processo não induz qualquer

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

Na hipótese em apreço, o magistrado singular deferiu a produção antecipada da prova pois os fatos foram praticados no ano de 2012, isto é, mais de 6 (seis) anos anos antes do provimento judicial atacado (e-STJ fls. 182/184), correndo-se enorme risco de que detalhes relevantes do caso se percam na memória dos testigos, dois deles policiais militares.

Nesse sentido já decidiu a 3ª Seção deste Sodalício:

> *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 dúplice 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 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 Código de Processo Penal, 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 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 64.086/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado

em 23/11/2016, DJe 09/12/2016)

Merecem menção, ainda, os seguintes julgados deste Tribunal Superior:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. ALEGA NULIDADE DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS, POR CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. PREJUDICIALIDADE. AUDIÊNCIA REALIZADA. (...) PARCIAL CONHECIMENTO. RECURSO PROVIDO.
1. Prejudicada, a rigor, a análise do tópico relacionado à regularidade da decisão que determinou a produção antecipada de provas, por perda superveniente do objeto (audiência realizada, sem a demonstração concreta de qualquer prejuízo).
2. De qualquer forma: a) a decisão que determinou a produção antecipada de provas não se baseou em fundamentação exclusiva no mero decurso de tempo, mas sob a perspectiva concreta de testemunhas policiais militares e a possível não localização das testemunhas, não havendo, portanto, a violação ao disposto no enunciado sumular nº 455 do STJ; b) 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 (extraído do douto parecer ministerial).
(...)
6. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para, confirmando a medida liminar e com parecer favorável do Ministério Público Federal, revogar o decreto prisional do recorrente, sob a imposição da medida cautelar prevista no artigo 319, inciso I, do Código de Processo Penal, cuja regulamentação será feita pelo juízo local, sem prejuízo da fixação de outras medidas cautelares.
(RHC 104.937/GO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 14/02/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS.
NULIDADE. INEXISTÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.
1. Nos termos da Súmula n. 455 do Superior Tribunal de Justiça, "a decisão que determina a produção antecipada de provas com base no artigo 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo".
2. No caso, o Juízo de primeiro grau fundamentou a decisão de antecipação das provas não apenas em razão de os fatos narrados na denúncia terem ocorrido ainda no ano de 2010 mas sobretudo devido às características do caso concreto e ao risco de perecimento do acervo probatório, já que uma das testemunhas é policial civil que, "por autuar em diversos inquéritos policiais, tem comprometida a capacidade de memorizar detalhes de investigações concluídas há muito tempo".
3. Logo, a decisão de origem se encontra em consonância com o entendimento da Terceira Seção desta Corte, segundo o qual "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" (RHC n. 64.086/DF, relator Ministro NEFI CORDEIRO, relator p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 9/12/2016).***
> *4. Agravo improvido.*
> *(AgRg no HC 393.855/DF, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 18/12/2018)*

Finalmente, verifica-se que a aventada ilegalidade da decisão que decretou a prisão preventiva do acusado não foi alvo de deliberação pela Corte Estadual no aresto impugnado, circunstância que impede qualquer manifestação deste Sodalício sobre o tópico, sob pena de se configurar a prestação jurisdicional em indevida supressão de instância.

Quanto ao ponto, é necessário salientar que, ainda que se trate de matéria de ordem pública, é imprescindível o seu prévio debate na instância de origem para que possa ser analisada por este Sodalício.

Confira-se:

> *AGRAVO INTERNO NO HABEAS CORPUS. RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL. ART. 258 DO RISTJ. HOMICÍDIO QUALIFICADO. (...) QUESTÃO NÃO ANALISADA NO V. ACÓRDÃO VERGASTADO. INVIABILIDADE DE EXAME POR ESTA CORTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
> ***V - "Conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o prequestionamento das teses jurídicas constitui requisito de admissibilidade da via, inclusive em se tratando de matérias de ordem pública, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte" (RHC 81.284/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 30/8/2017).***
> ***VI - Inviável o conhecimento por esta Corte de Justiça de matéria não analisada pelo eg. Tribunal de origem, ainda que se trate de suposta nulidade absoluta, configurada a supressão de instância. Precedentes.***
> *(...)*
> *Agravo regimental desprovido.*
> *(AgRg no HC 417.712/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 28/06/2018)*
>
> *PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. (...) EXCESSO DE PRAZO DA PRISÃO CAUTELAR. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL A QUO. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO.*
> *(...)*

> ***6. Conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o prequestionamento das teses jurídicas constitui requisito de admissibilidade da via, inclusive em se tratando de matérias de ordem pública, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte.***
> *(...)*
> *8. Habeas corpus não conhecido.*
> *(HC 336.508/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 03/04/2018, DJe 09/04/2018)*

Ante o exposto, com fundamento no artigo 34, inciso XVIII, alínea "b", do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, **conhece-se parcialmente** do presente recurso ordinário em *habeas corpus* e, nessa extensão, **nega-se-lhe provimento**.

Publique-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos ao arquivo.

Brasília (DF), 03 de abril de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator