

HABEAS CORPUS 93.157 – SP

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski
Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Menezes Direito.
Paciente: Manoel Missias de Oliveira
Impetrante: DPE/SP - Daniela Sollberger Cembranelli
Coator: Superior Tribunal de Justiça

Habeas corpus. Processual penal. Produção antecipada de provas. Art. 366 do CPP. Fundamentação. Constrangimento ilegal não caracterizado.

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

2. Habeas corpus denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, indeferir o pedido de *habeas corpus*.

Brasília, 23 de setembro de 2008 – Menezes Direito, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de *habeas corpus*, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor de Manoel Missias de Oliveira, contra decisão proferida pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça no HC 85.242/SP.

A decisão atacada ostenta a seguinte ementa (fl. 47):

Criminal. HC. Produção antecipada de prova. Medida facultativa. Caráter urgente evidenciado. Réu revel. Delito ocorrido há mais de 06 anos. Possibilidade das testemunhas esquecerem dos fatos. Ordem denegada.

1 - A determinação de 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, bem como de estar demonstrada a urgência da medida, diante das peculiaridades do caso concreto.

2 - Se a demora na produção das provas pode prejudicar a apuração do delito, tendo em vista a grande probabilidade das testemunhas esquecerem os fatos presenciados ou detalhes importantes para o deslinde da questão, uma vez que o delito atribuído ao réu ocorreu há mais de 06 anos, resta caracterizada a urgência da medida, não havendo que se falar em constrangimento ilegal.

3 - Ordem denegada.

Narra a Impetrante, em suma, que o Paciente, acusado pela prática, em tese, de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, II, do Código Penal), sofre manifesto constrangimento ilegal consubstanciado na produção antecipada de provas sem que tenha sido demonstrada a urgência concreta, nem explicitada a necessidade e a fundamentação apta a justificá-la.

Sustenta, em síntese, ter o magistrado de primeiro grau, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal, determinando a suspensão do curso da ação penal, decretado a prisão preventiva do Paciente e, de forma automática e sem fundamentação, designado audiência para a inquirição das testemunhas arroladas na denúncia.

Diz, mais, que, ausente a urgência e a necessidade exigidas pela lei para a produção antecipada da prova, há patente ofensa à garantia do contraditório e da ampla defesa.

Afirma, ainda, a necessidade de conjugação do preceito normativo do art. 366¹ com o do art. 225², ambos do Código de Processo Penal.

Requer, ao final, a concessão da ordem para declarar a nulidade da prova produzida na ausência do Réu e o conseqüente desentranhamento dos autos.

1. "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 a prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312. § 1º As provas antecipadas serão produzidas na presença do Ministério Público e do defensor dativo. § 2º Comparecendo o acusado, ter-se-á por citado pessoalmente, prosseguindo-se o processo em seus ulteriores atos."

2. "Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento."

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Cláudio Lemos Fonteles, opinou pela denegação da ordem (fls. 57-61).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Bem examinados os autos, tenho que assiste razão à Impetrante.

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

A apreciação da conveniência quanto à realização da prova submete-se aos pressupostos previstos em lei e, não obstante haja um considerável grau de discricionariedade do magistrado para justificá-la, é imprescindível que a fundamentação se baseie em elementos dos autos que, no mínimo, indiquem a real possibilidade de perder-se a prova.

Não basta para justificar a inquirição de testemunhas a mera ação do tempo sobre a memória dos acontecimentos. Não obstante, se da conjugação das circunstâncias de fato restar demonstrado o risco concreto de ver-se obstada a futura obtenção de elementos de convicção pode o magistrado, expondo as razões de seu convencimento, determinar a antecipação da prova.

No caso sob exame, a antecipação da prova foi determinada de forma automática, simplesmente em razão de não ter sido o réu localizado para a citação.

Eis o teor da decisão, de 28-2-05 (fl. 24):

O réu não atendeu à citação por edital e não foi localizado para ser pessoalmente citado, de modo que se tornou revel.

Assim, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal, suspendo o andamento do processo e o prazo prescricional.

Designo audiência de antecipação de provas para o dia 20 de junho de 2005, às 14:00 hs, intimando-se as testemunhas arroladas na denúncia.

Para a defesa do réu nomeio a Dr^a. Juliana Garcia Belloque e em seus impedimentos os demais Procuradores do Estado em exercício nesta vara.

Oficie-se ao I.I.R.G.D. solicitando o envio da fotografia do acusado, porventura existente em seu prontuário.

Outrossim, tendo em conta a revelia do réu e estando presentes os requisitos legais relativos à materialidade e autoria do delito, para

possibilitar a boa instrução do processo e assegurar a eventual aplicação da lei penal, com fundamento nos artigos 312 e seguintes do código de processo penal, decreto a prisão preventiva do réu Manoel Mísias de Oliveira e determino seja expedido mandado de prisão contra ele.

Dê-se ciência às partes.

A decisão atacada, por sua vez, possui o seguinte teor (fl. 49):

Na hipótese dos autos, o Magistrado singular salientou que “o único interesse da justiça é garantir que a prova não pereça”.

A corte estadual, por seu turno, salientou que “não há que se falar que a produção antecipada de provas fere o princípio do contraditório e da ampla defesa, eis que nomeado defensor dativo e determinada a sua intimação para acompanhar a produção da prova” (fl. 57).

Verifica-se, deste modo, a urgência necessária à providência reclamada, estando devidamente fundamentada a concessão do requerimento efetuado pelo órgão ministerial de produção antecipada de provas.

A oitiva antecipada das testemunhas foi fundamentada na possibilidade destas esquecerem os fatos ou seus detalhes, uma vez que os delitos atribuídos ao réu ocorreram em 12/01/2001, ou seja, há mais de 06 anos.

Com isso, a demora na produção das provas pode prejudicar a apuração do delito, tendo em vista a grande probabilidade das testemunhas esquecerem os fatos presenciados ou detalhes importantes para o deslinde da questão.

Consoante acima disposto, cabe ao julgador a discricionariedade de verificar a urgência da produção da prova, face às características do caso concreto – réu revel, citado por edital, fato ocorrido há mais de 06 anos, possibilidade das testemunhas esquecerem os fatos –, a qual, na hipótese dos autos, restou devidamente justificada.

Assim, estando caracterizada a urgência da medida, não há que se falar em constrangimento ilegal.

Da leitura das decisões acima, fica evidente a inovação no fundamento a justificar a realização da prova antecipada, o que é vedado pelo ordenamento legal. Ao que se infere dos autos, as razões para a decisão do magistrado de primeiro grau somente foram conhecidas a partir das informações prestadas posteriormente aos Tribunais que apreciaram os sucessivos *habeas corpus*.

Assim, restou configurada não só a violação ao dever de fundamentar as decisões judiciais como também a ofensa à garantia do contraditório e da ampla defesa do paciente, atentatórios ao postulado da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes:

Recurso ordinário em habeas corpus. Produção antecipada de oitiva de testemunhas. Ausência de demonstração da necessidade. Indeferimento. O

art. 366 do Código de Processo Penal prevê a possibilidade da produção antecipada de provas e o art. 225, ao dispor especificamente sobre a prova testemunhal, fornece os parâmetros que autorizam a antecipação da oitiva de testemunhas. O juiz não está vinculado a fórmulas genéricas, válidas para todo e qualquer caso, como o esquecimento pelo decurso do tempo e a possibilidade de mudança de domicílio, ora invocados pelo Ministério Público estadual. Recurso ordinário em *habeas corpus* a que se dá provimento para restabelecer a decisão que indeferiu a produção antecipada da oitiva de testemunha.

(RHC 85.311/SP, Rel. Min. Eros Grau.)

Ação penal. Processo suspenso. Prova. Produção antecipada. Inquirição de testemunhas. Inadmissibilidade. Revelia. Réu revel citado por edital. Não comparecimento por si nem por advogado constituído. Prova não urgente por natureza.

Deferimento em grau de recurso. Ofensa ao princípio do contraditório (art. 5º, LV, da CF). Recurso provido. Inteligência dos arts. 92, 93 e 366 c/c 225, todos do CPP. Se o Acusado, citado por edital, não comparece nem constitui advogado, pode o juiz, suspenso o processo, determinar produção antecipada de prova testemunhal, apenas quando esta seja urgente nos termos do art. 225 do Código de Processo Penal.

(RHC 83.709/SP, Rel. p/ o ac. Min. Cezar Peluso.)

Isso posto, concedo a ordem requerida.

ESCLARECIMENTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, se me permite uma indagação, por favor?

Ministro Lewandowski, resumindo, a nulidade estaria na ausência de fundamentação.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): A prova antecipada, a meu ver, tem de ser devidamente justificada; e, no caso, não foi.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Porque é isso mesmo. A fundamentação, hoje, até por norma constitucional, é imprescindível. Neste caso, a aplicação tanto do art. 366 quanto do art. 225 dependeria de uma justificativa muito específica que, no caso, inexistiu, e a nulidade estaria basicamente nisso.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Exatamente. Eu até quero dizer o seguinte: refleti muito para deferir essa ordem, mas eu sempre penso que as nossas decisões têm um cunho pedagógico, e tenho receio de que, se

sufragarmos essa tese no sentido da denegação da ordem, possamos indicar aos magistrados que é possível esse automatismo. O Réu não foi encontrado; cita-se por edital; suspende-se o processo, eventualmente, ou não, decreta-se a prisão preventiva; e, logo, se ouve as testemunhas.

Devemos evitar esse automatismo, sinalizando neste *habeas corpus* em sentido distinto.

Então, esse foi o meu raciocínio, Senhor Presidente.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, tenho que a necessidade da produção antecipada de prova está ao alvedrio do juiz. É ele quem pode determinar se há condições urgentes para que isso ocorra. Penso que essa faculdade decorre do próprio art. 366 do Código de Processo Penal.

Eu tenho a sensação também de que estamos exigindo, nesses casos, uma justificação que a própria situação dos autos, naquele momento, recomenda ao juiz que se utilize dessa faculdade e determine a antecipação da prova.

Conforme ressaltou o Ministro **Marco Aurélio**, é um trabalho que ele poderia ter deixado de praticar. No entanto, optou pela necessidade de tal providência. Decidir de forma contrária seria reformar uma decisão que decorre de um ato de diligência, do poder geral de cautela do Magistrado, ainda mais em se tratando de processo penal.

Vou pedir vênias ao Ministro Relator para denegar a ordem.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, eu, quando verifiquei aqui, tinha entendido, Ministro Lewandowski me corrija, que se tratava de um pedido de antecipação de provas com base na disciplina do Código Penal, e o Juiz justificou a necessidade de fazer essa antecipação, considerando até o aspecto do tempo decorrido que poderia resultar em prejuízo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Ele próprio não chegou a lançar as razões. Realmente, não lançou, mas não mencionou apenas uma audiência de instrução e julgamento para oitiva das testemunhas. Aludiu à antecipação da prova. Quer dizer, o questionamento que se faz é este: teria que justificar a realização da audiência? Sabemos que, vivenciada a sobrecarga de processos, a tendência é até mesmo encostar-se aquele no qual o acusado é revel, não tendo sido credenciado advogado. Suspende-se o processo, suspende-se a prescrição, e não se toca a instrução.

Será que podemos partir neste caso – que envolveu crime doloso contra a vida, em que o Acusado deixou o distrito da culpa e não credenciou advogado

- para a exigência de uma fundamentação, ou esta estaria latente na referência à antecipação. Porque, na decisão, lançou-se: "designo a audiência". De quê? De oitiva? Não, de antecipação de provas. Daí a dúvida que o Relator teve.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Eu fiz referência, Ministro, a esse tempo decorrido que consta expressamente do acórdão do STJ.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Disse o Ministro que isso deveria estar, dentro de uma ortodoxia recomendável - entendo que é recomendável -, no ato do próprio Juiz. Não está. Ele só aludiu a um instituto. Que instituto? O da antecipação da prova. Acionou o art. 366 do Código de Processo Penal. Para acionar a cláusula normativa, teria que lançar uma justificativa?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Ou ele já deu o fundamento.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Ou ele implicitamente já disse: tenho que colher a prova testemunhal.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Porque, quando perguntei, Ministro, era a minha preocupação, porque penso ser sempre o problema do juiz criminal, de um lado, garantir os direitos fundamentais e, de outro, garantir os direitos da sociedade.

O juiz fica aqui e tem de garantir as duas coisas. Sem a prova, pode se ter o fracasso do Estado.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): A esta altura, já ouviu as testemunhas.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Sim, exatamente isso, Ministro.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Mas, se ele teve conhecimento da prova, o caso é fronteiroço.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): É fronteiroço, ambíguo.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Reconheço que existem argumentos de ambos os lados. Usei o mesmo raciocínio que utilizamos na prisão preventiva, às vezes o juiz não justifica adequadamente, mas as instâncias superiores, analisando os *habeas corpus*, vão acrescentando argumentos que nós aqui não aceitamos.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Mas aí é a prisão, e a pessoa está presa, apresentada.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Penso que, qualquer que seja o resultado, estamos andando bem. Eu apenas me preocupei com a sinalização que vamos dar.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Eu queria, só para concluir o raciocínio...

Eu entendi, portanto, que o Juiz tratou da antecipação da prova, usando a disciplina do Código.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Referiu-se à antecipação da prova.

O Sr. Ministro Menezes Direito: E isso está ao alvedrio do juiz. O Juiz pode determinar se ele acha que há condições urgentes para que isso ocorra. Eu não vejo nenhuma dificuldade nessa decisão. Eu tenho a sensação também de que estamos exigindo, nesses casos, uma justificação que a própria situação dos autos, naquele momento, recomenda ao Juiz que utilize. É uma faculdade que é atribuída a ele. Ele tem essa faculdade. Ele pode determinar a antecipação da prova.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Procedeu a trabalho que, prazerosamente, poderia deixar de ter.

O Sr. Ministro Menezes Direito: De ter. Exatamente isso. Aí, pelo contrário, para o próprio Juiz vamos reformar uma decisão que decorre de um ato de diligência, de cautela do Juiz, ainda mais em se tratando de processo penal?

Vou pedir vênias ao Relator para denegar a ordem.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, também vou pedir vênias. Pedi o esclarecimento, Ministro, exatamente porque tenho muita preocupação com nulidades quando se referem à ausência de fundamentação, por exemplo, de prisão cautelar, porque nesse caso precisa-se justificar a restrição a uma liberdade, que é direito fundamental. Neste caso, talvez seja até para assegurar que se cumpra a jurisdição, que é dever do Estado.

Então, não vejo, realmente, aqui como estaria em demasia em relação ao direito jurisdicionado.

Por essa razão, vou pedir vênias para acompanhar a divergência.

VOTO

(Confirmação)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Eu concordo plenamente e até de bom grado reformularia, não fosse essa minha preocupação pedagógica.

Quando não se lê o voto integralmente, ficam sempre lacunas e até me penitencio por isso, mas o Ministro Cezar Peluso, que é um grande especialis-

ta, dentre outras matérias, em Direito Penal, tem um caso exatamente idêntico, o RHC 83.709/SP, e diz o seguinte:

Se o Acusado, citado por edital, não comparece nem constitui advogado, pode o juiz, suspenso o processo, determinar produção antecipada de prova testemunhal, apenas quando esta seja urgente, nos termos do art. 225 do Código de Processo Penal.

Na mesma linha, usando a mesma expressão, a mesma idéia, expressando o mesmo conceito, só com palavras distintas, há a decisão do Ministro Eros Grau no RHC 85.311/SP, em uma situação absolutamente idêntica.

Quer dizer, qual foi a preocupação dos dois magistrados, e foi a minha também? Que há a necessidade de um mínimo de justificativa, de fundamentação para evitar o automatismo. Mas reconheço que os votos divergentes têm a sua razão de ser evidentemente. É uma preocupação da qual também fui acometido, ou seja, a de que, no processo penal é preciso um pouco de celeridade. Enfim, mantenho o voto, por enquanto.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, o Ministério Público só está admitindo a produção antecipada da prova com base no art. 366 do Código de Processo Penal?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Não sei se houve requerimento específico, porque, quando se arrola testemunhas na denúncia, o pressuposto é de que não ocorrerá a suspensão do processo pela revelia do acusado e falta de credenciamento de advogado.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Vou fazer o seguinte, Ministro Ricardo Lewandowski, sem maior comprometimento ainda com a tese, vou seguir a divergência. Peço vênia a V. Exa.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Claro, sem dúvida. Eu também estaria inclinado até a alterar o meu voto, mas acho que uma sinalização num voto divergente é importante para os magistrados neste país, ainda que fique vencido.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Peço vênia ao Relator para acompanhar também a divergência. Penso que, tanto no art. 225, quanto no art. 366,

ambos do Código de Processo Penal, há normas que viabilizam, que dão respaldo à atuação do juízo em ouvir testemunhas, principalmente testemunhas presenciais da prática delituosa. Sabemos que a memória é algo precário.

No caso, se simplesmente tivesse sido designada audiência para a oitiva das testemunhas, diria: bem, atuou-se com automatismo, não se atentando para a norma do art. 366. Mas o juízo aludiu, expressamente, à antecipação. Assentou, com a referência à antecipação de provas, a necessidade, como está previsto no citado artigo, de se colher os depoimentos.

Peço vênia para indeferir a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC 93.157/SP – Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Relator para o acórdão: Ministro Menezes Direito. Paciente: Manoel Missias de Oliveira. Impetrante: DPE/SP – Daniela Sollberger Cembranelli. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*; vencido o Ministro Ricardo Lewandowski, Relator. Relator para o acórdão: Menezes Direito.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Ministros Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Compareceram os Ministros Cezar Peluso e Eros Grau, ocupando as cadeiras da Ministra Cármen Lúcia e do Ministro Ricardo Lewandowski, respectivamente, para julgarem processos a eles vinculados. Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 23 de setembro de 2008 – Ricardo Dias Duarte, Coordenador.