

OBS: Na jurisprudência citada, sempre que não houver indicação do tribunal, entenda-se que é do Superior Tribunal de Justiça.

Índices
Ementas – ordem alfabética
Ementas – ordem numérica
Índice do “CD”

Tese 530

CITAÇÃO POR EDITAL – SUSPENSÃO DO PROCESSO – PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS – PECULIARIDADE DAS ATIVIDADES POLICIAIS ALIADA AO DECURSO DE TEMPO – OBSERVÂNCIA À SÚMULA 455/STJ.

A peculiaridade das atividades policiais, caracterizada pelo contato diário com fatos criminosos semelhantes, e a consequente suscetibilidade da memória desses agentes públicos é situação que, aliada ao decurso do tempo, autoriza a produção antecipada de prova.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DA
EGRÉGIA SEÇÃO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO**

Apelação Criminal nº 0006747-89.2015.8.26.0082

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, nos autos de Apelação Criminal nº 0006747-89.2015.8.26.0082, em que figuram como apelantes CAMILA FERNANDA DE ARAUJO RODRIGUES e MARIA JOSÉ DE ARAÚJO RODRIGUES, vem perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal, art. 255, § 2º, do RISTJ e art. 1.029 do Código de Processo Civil, interpor **RECURSO ESPECIAL** para o Colendo **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**, pelos motivos adiante aduzidos:

1 – RESUMO DOS AUTOS

O Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Boituva condenou CAMILA FERNANDA DE ARAUJO RODRIGUES e MARIA JOSÉ DE ARAÚJO RODRIGUES à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1166 dias-multa, à razão mínima, por ter infringido o art. 35 e 40, III e VI, da Lei 11.343/06 (fls. 1873/1888).

Segundo o apurado, nas circunstâncias de tempo e lugar descritas na denúncia de fls. 01 a 11, os acusados associaram-se entre si e com outros indivíduos para praticar, reiteradamente ou não, o crime de tráfico de drogas.

Conforme fls. 930, o curso do processo foi suspenso nos termos do art. 366, CPP, deferindo-se a produção antecipada de provas com base na fundamentação de fls. 912/915 (fls. 891/894 – autos originais).

Inconformado com a fixação da pena, os sentenciados interpuseram recurso de apelação e, após o seu processamento, a douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo seu desprovimento (fls. 1953/1959).

Todavia, a 15ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu acolher a preliminar das apelantes para “*declarar nulo o feito a partir da decisão que deferiu a produção antecipada de prova e os atos que dela decorreram, prejudicada a análise do mérito recursal*”.

Em síntese, entendeu-se incidir a Súmula 455/STJ afirmando que a produção antecipada de provas se baseara somente no decurso do tempo.

Segue transcrito o acórdão (fls. 1961/1968):



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2020.0000403508

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0006747-89.2015.8.26.0082, da Comarca de Boituva, em que são apelantes CAMILA FERNANDA DE ARAUJO RODRIGUES e MARIA JOSÉ DE ARAÚJO RODRIGUES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Acolheram a preliminar arguida pelas apelantes a fim de declarar nulo o feito a partir da decisão que deferiu a produção antecipada de prova e os atos que dela decorreram, prejudicada a análise do mérito recursal**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO SALE JÚNIOR (Presidente), CLÁUDIO MARQUES E GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI.

São Paulo, 5 de junho de 2020.

RICARDO SALE JÚNIOR
Relator
Assinatura Eletrônica

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por RICARDO SALE JUNIOR, liberado nos autos em 05/06/2020 às 15:57 .
Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 0006747-89.2015.8.26.0082 e código 10D3D128.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

15ª Câmara de Direito Criminal

Apelação nº 0006747-89.2015 – Boituva

Apelantes: Camila Fernanda de Araújo e Maria José de Araújo Rodrigues

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

voto nº 20.741

APELAÇÃO CRIMINAL – Associação para o tráfico de drogas – Preliminar de nulidade acolhida – Rés citadas por edital, na forma do artigo 366, do Código de Processo Penal – Juiz que determinou a produção antecipada de provas, consistente na oitiva de testemunhas – Decisão insuficientemente fundamentada – Ofensa à Súmula nº 455 do STJ – Decurso do tempo não consiste fundamentação idônea para a determinação da produção antecipada da prova – Violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório – Acolhida a preliminar, a fim de declarar nulo o feito a partir da decisão que determinou a produção antecipada da prova, prejudicado o exame do mérito recursal.

Trata-se de recursos de apelação interpostos contra a r. sentença de fls. 1873/1888, cujo relatório se adota, que julgou procedente a denúncia para condenar **CAMILA FERNANDA DE ARAÚJO e MARIA JOSÉ DE ARAÚJO RODRIGUES**, devidamente qualificadas nos autos do processo, como incursas nas sanções do artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06, ao cumprimento de 05 (cinco) anos de reclusão, no regime prisional fechado, mais o pagamento de 1166 (mil, cento e sessenta e seis) dias-multa, no mínimo valor legal.

Pretendem, com os presentes recursos (fls.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

1908/1921 e 1924/1938), a reforma da r. sentença recorrida, objetivando, preliminarmente, a nulidade da decisão que deferiu a produção antecipada de provas, determinando que seja refeita a audiência de instrução, com a oitiva das testemunhas de acusação. No mérito, pugnam pela absolvição das rés por insuficiência probatória. Subsidiariamente, postulam o afastamento das causas de aumento de pena, bem como a fixação do regime inicial aberto.

Regularmente processados os recursos interpostos, com o oferecimento das contrarrazões a fls. 1940/1944, vieram os autos a esta Instância, tendo a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo seu não provimento (fls. 1953/1959).

É o relatório.

A preliminar aventada pela defesa das recorrentes merece acolhida, devendo ser decretada a nulidade do feito a partir da decisão que determinou a produção antecipada da prova.

Consoante se observa dos autos, as apelantes não foram localizadas para a citação pessoal, razão pela qual tal ato processual foi realizado por meio de edital, sendo os autos posteriormente desmembrados em relação a elas (fl. 1152/1200).

Observa-se, ainda, que no curso da audiência de instrução e julgamento realizada em 12 de fevereiro de 2014, o MM. Juiz *a quo* deferiu o pedido ministerial e determinou a produção antecipada de provas em relação às rés, consistente no interrogatório

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

dos demais corréus – todos eles presentes na ocasião, menos as apelantes – bem como na oitiva das testemunhas de acusação, sob a seguinte fundamentação:

“Nos termos do artigo 366 do CPP, defiro a produção antecipada de provas em relação às rés citadas por edital, Camila Fernanda de Araújo e Maria José de Araújo. Adoto as razões do Ministério Público, de fls. 891/894, justificando a necessidade da colheita da prova antecipadamente” (fls. 929/930).

A manifestação do órgão ministerial a que alude o MM. Juiz *a quo* assim dispõe:

“(…) Após a citação editalícia e eventual inércia das acusadas, opino favoravelmente quanto à produção antecipada de provas, seguida da suspensão do processo, nos termos do artigo 366, do Código de Processo Penal. Ressalte-se que não se pode admitir que a instrução processual seja prejudicada pela desídia das corrés.

Com efeito, trata-se de crime gravíssimo, equiparado ao hediondo, que traz intranquilidade social, razão pela qual a prova testemunhal deve vir aos autos de imediato, uma vez que tornar-se-á extremamente pernicioso para a marcha processual o seu estancamento, ignorando-se a colheita da prova oral.

Ademais, consoante entendimento majoritário, o interrogatório das acusadas consiste no último ato processual da instrução, oportunidade em que serão formalmente cientificadas da imputação que lhes é atribuída.

Portanto, a colheita da prova nesse momento processual se mostra imprescindível, visando trazer efetividade à aplicação da Lei Penal ao caso concreto, sendo considerada urgente, uma vez que ação policial está permeada de inúmeros detalhes que certamente serão prejudicados com o decurso do tempo, dado o intenso trabalho exercido pelos agentes públicos, notadamente no que tange à apreensão de drogas”

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(fls. 912/913).

Sabe-se que, em se tratando de citação por edital, a qual se revela verdadeira modalidade ficta de citação, grande é a possibilidade de que o acusado desconheça a existência do processo criminal em que figura como réu, razão pela qual fica impossibilitado de exercer plenamente o seu direito de defesa. Por tal razão, determina o artigo 366, do Código de Processo Penal, a suspensão do andamento do processo.

Todavia, perfeitamente possível que existam provas urgentes a produzir, cujo atraso importaria em sua perda, de modo que o legislador abriu uma exceção à regra da suspensão da marcha processual, a fim de que as provas consideradas imprescindíveis e imediatas sejam realizadas, mediante decisão fundamentada do Juiz.

Trata-se, portanto, de medida excepcional, que deve ser fundamentada e restrita às hipóteses em que há relevância e urgência, sob pena de banalizar o instituto.

Consoante valioso ensinamento de Guilherme de Souza Nucci, *“prova considerada urgente deve ser entendida como aquela cuja produção poderá, no momento de sua realização, constatada determinada situação concreta, ter sua efetivação impossibilitada, prejudicada ou de qualquer forma comprometida, como verbi gratia no caso de uma testemunha que esteja gravemente enferma, cabendo ao magistrado, no exercício de seu*

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

prudente arbítrio, determinar a produção das provas consideradas urgentes. O simples passar do tempo não é argumento suficiente para determinação de produção de prova testemunhal, sob o argumento de que a memória das pessoas que deporão em juízo se esmaecerá no caso de demora na produção da prova” (in [Código de Processo Penal](#) Comentado, 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 684).

Ocorre que, no caso concreto, observa-se que a decisão do Juízo de primeiro grau não restou suficientemente fundamentada, na medida em que respaldada tão somente no decurso do tempo, circunstância esta insuficiente para o deferimento da medida de exceção.

Corroborando este entendimento, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 455, a qual dispõe 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”.

Desse modo, tem-se que a produção antecipada de provas pressupõe a existência de risco concreto de perecimento das informações necessárias ao êxito da persecução penal, mas, no caso, o Juiz de primeiro grau não apontou, objetivamente, as razões pelas quais determinou tal medida, sendo certo que o mero decurso do tempo não se revela fundamento

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

idôneo, consoante alhures exposto.

Este é o entendimento já professado por esta
Colenda Turma Julgadora:

“APELAÇÃO. Furto qualificado pelo emprego de fraude e concurso de pessoas. Artigo 155, § 4º, incisos II e IV, do Código Penal. Recurso defensivo. Preliminar de nulidade. Artigo 366 do Código de Processo Penal. Réu citado por edital. Suspensão do processo. Produção antecipada de provas. Oitiva de testemunhas sem a devida fundamentação. Súmula 455, do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Nulidade reconhecida. Preliminar acolhida. RECURSO PROVIDO” (Apelação nº 0027854-87.1998.826.0050, Rel. Des. Camargo Aranha Filho, j. em 08.10.2015).

Ora, é de curial sabença que a presença do acusado e seu defensor constituído na audiência de oitiva de testemunhas é direito do réu e corolário dos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, de modo que a não observância a esta regra está adstrita à hipóteses em que a necessidade da medida urgente resta evidenciada nos autos, o que não se revela presente no caso concreto.

Assim, muito embora tenham sido nomeados defensores dativos para as rés quando da produção da prova, é certo que as acusadas não se viram verdadeiramente representadas, na medida em que sequer tinham conhecimento da ação penal, tampouco puderam se encontrar com os advogados, a fim de discutir a melhor estratégia de defesa, razão pela qual evidente o

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

cerceamento de defesa no caso concreto, sendo certo que o legislador, prevendo tal situação de desconformidade aos princípios do contraditório e ampla defesa, restringiu à possibilidade de produção antecipada da prova a casos excepcionais, cujo perecimento se mostre iminente, mediante fundamentação adequada do julgador, não satisfazendo tal critério limitar-se ao mero decurso do tempo como circunstância urgente para a produção da prova.

É de se ressaltar, ainda, que o depoimento das testemunhas colhido antecipadamente fora decisivo para a condenação das réis, já que, consoante se observa da mídia juntada aos autos, teriam as testemunhas policiais confirmado fatos importantes que incriminaram as apelantes, confirmativos da tese da acusação, as quais sem dúvida foram utilizados como fundamento para a condenação de ambas, em evidente prejuízo às insurgentes, configurando, portanto, inegável cerceamento de defesa.

Pelo exposto, acolhe-se a preliminar arguida pelas apelantes, a fim de declarar nulo o feito a partir da decisão que deferiu a produção antecipada de prova e os atos que dela decorreram, prejudicada a análise do mérito recursal.

Ricardo Sale Júnior
Desembargador Relator

O Ministério Público embargou da decisão, apontando que conforme se verifica da manifestação ministerial (fls. 912/915), cujos fundamentos foram integralmente acolhidos pela decisão de fls. 929/930, o deferimento da produção antecipada de provas foi fundado no **“intenso trabalho exercido pelos agentes policiais, notadamente no que tange à apreensão de drogas”**, já que, no caso concreto, todas as testemunhas acusatórias eram policiais (fls. 10/11). Assim, a decisão **não foi fundada exclusivamente no ‘decurso do tempo’**, mas em situação concreta deste processo que exigia a cautela da antecipação das provas orais. Por isso, requereu fosse considerado tal aspecto também presente na r. decisão anulada, ausência de insurgência da defesa técnica, além da ausência de prejuízos.

Entretanto, a Egrégia Corte Paulista insistiu no entendimento adotado, rejeitando os embargos (fls. 6/14 – apenso):

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Criminal nº 0006747-89.2015.8.26.0082/50000, da Comarca de Boituva, em que é embargante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, Interessados MARIA JOSÉ DE ARAÚJO RODRIGUES e CAMILA FERNANDA DE ARAUJO RODRIGUES, é embargado COLENDIA 15ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Rejeitaram os embargos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO SALE JÚNIOR (Presidente), CLÁUDIO MARQUES E GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI.

São Paulo, 18 de setembro de 2020.

RICARDO SALE JÚNIOR
Relator

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**15ª Câmara de Direito Criminal****Embargos de Declaração nº 0006747-89.2015/50000 – Boituva****Embargante:** Ministério Público do Estado de São Paulo**Embargada:** Colenda 15ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça**Interessadas:** Camila Fernanda de Araújo e Maria José de Araújo Rodrigues

Voto nº 22.538

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Suposta ocorrência de omissão no v. acórdão que acolheu a preliminar suscitada pela defesa das rés, a fim de declarar nulo o feito a partir da decisão que determinou a produção antecipada de prova, ante a ofensa à Súmula nº 455 do STJ – Órgão ministerial defende que não há qualquer nulidade a ser reconhecida, uma vez que a antecipação de prova não se fundou meramente na questão do decurso do tempo - Ausentes requisitos insertos no artigo 619, do Código de Processo Penal – Embargos rejeitados.

Trata-se de Embargos de Declaração opostos pelo Ministério de Público do Estado de São Paulo às fls. 01/03 do apenso, contra o V. Acórdão de fls. 1961/1968, cuja ementa possui o seguinte teor: **“APELAÇÃO CRIMINAL – Associação para o tráfico de drogas – Preliminar de nulidade acolhida – Rés citadas por edital, na forma do artigo 366, do Código de Processo Penal – Juiz que determinou a produção antecipada de provas, consistente na oitiva de testemunhas – Decisão insuficientemente fundamentada – Ofensa à Súmula nº 455 do STJ – Decurso do tempo não consiste fundamentação idônea para a determinação da produção antecipada da prova – Violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório – Acolhida a preliminar, a fim de declarar nulo o feito a**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

partir da decisão que determinou a produção antecipada da prova, prejudicado o exame do mérito recursal”.

Pretende o órgão ministerial, com os presentes embargos declaratórios, que seja sanada a omissão e obscuridade contidas no v. acórdão, tendo em vista que, ao contrário do que constou no *decisum* embargado, a decisão que determinou a produção antecipada de provas não se fundou exclusivamente no critério do decurso do tempo, mas em situação concreta deste processo que exigia tal cautela. Alega, ainda, que a questão se encontrava coberta pelo manto da preclusão, uma vez que a defesa técnica não se insurgiu contra a produção antecipada de provas em audiência, tampouco da decisão que indeferiu o pedido de reconsideração quanto a esta matéria.

É o relatório.

Os presentes embargos não merecem acolhimento.

Inicialmente, há que se constar, que os Embargos de Declaração destinam-se a corrigir ambiguidade, obscuridade ou omissão existentes no v. acórdão, e não reavivar discussão já analisada pelo *decisum*, ou mesmo apresentar questionamento, matéria esta que se destina aos Tribunais Superiores.

O V. Acórdão foi bastante claro em relação à questão apontada, coadunando-se com o princípio do livre convencimento motivado, pois, conforme se observa do teor do

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

acórdão embargado, a pretensão do embargante já foi devidamente enfrentada, conforme se observa da transcrição abaixo:

“(…) Sabe-se que, em se tratando de citação por edital, a qual se revela verdadeira modalidade fictícia de citação, grande é a possibilidade de que o acusado desconheça a existência do processo criminal em que figura como réu, razão pela qual fica impossibilitado de exercer plenamente o seu direito de defesa. Por tal razão, determina o artigo 366, do Código de Processo Penal, a suspensão do andamento do processo.

Todavia, perfeitamente possível que existam provas urgentes a produzir, cujo atraso importaria em sua perda, de modo que o legislador abriu uma exceção à regra da suspensão da marcha processual, a fim de que as provas consideradas imprescindíveis e imediatas sejam realizadas, mediante decisão fundamentada do Juiz.

Trata-se, portanto, de medida excepcional, que deve ser fundamentada e restrita às hipóteses em que há relevância e urgência, sob pena de banalizar o instituto.

Consoante valioso ensinamento de Guilherme de Souza Nucci, “prova considerada urgente deve ser entendida como aquela cuja produção poderá, no momento de sua realização, constatada determinada situação concreta, ter sua efetivação impossibilitada, prejudicada ou de qualquer forma comprometida, como verbi gratia no caso de uma testemunha que esteja gravemente enferma, cabendo ao magistrado, no exercício de seu prudente arbítrio, determinar a produção das provas consideradas urgentes. O simples passar do tempo não é argumento suficiente para determinação de produção de prova testemunhal, sob o argumento de que a memória das pessoas que deporão em juízo se esmaecerá no caso de demora na produção da prova” (in [Código de Processo Penal](#) Comentado, 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 684).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ocorre que, no caso concreto, observa-se que a decisão do Juízo de primeiro grau não restou suficientemente fundamentada, na medida em que respaldada tão somente no decurso do tempo, circunstância esta insuficiente para o deferimento da medida de exceção.

Corroborando este entendimento, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 455, a qual dispõe 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”.

Desse modo, tem-se que a produção antecipada de provas pressupõe a existência de risco concreto de perecimento das informações necessárias ao êxito da persecução penal, mas, no caso, o Juiz de primeiro grau não apontou, objetivamente, as razões pelas quais determinou tal medida, sendo certo que o mero decurso do tempo não se revela fundamento idôneo, consoante alhures exposto.

Este é o entendimento já professado por esta Colenda Turma Julgadora:

“APELAÇÃO. Furto qualificado pelo emprego de fraude e concurso de pessoas. Artigo 155, § 4º, incisos II e IV, do Código Penal. Recurso defensivo. Preliminar de nulidade. Artigo 366 do Código de Processo Penal. Réu citado por edital. Suspensão do processo. Produção antecipada de provas. Oitiva de testemunhas sem a devida fundamentação. Súmula 455, do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Nulidade reconhecida. Preliminar acolhida. RECURSO PROVIDO” (Apelação nº 0027854-87.1998.826.0050, Rel. Des. Camargo Aranha Filho, j. em 08.10.2015).

Ora, é de curial sabença que a presença do acusado e seu defensor constituído na audiência de oitiva de testemunhas é direito do réu e corolário dos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, de

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

modo que a não observância a esta regra está adstrita à hipóteses em que a necessidade da medida urgente resta evidenciada nos autos, o que não se revela presente no caso concreto.

Assim, muito embora tenham sido nomeados defensores dativos para as réis quando da produção da prova, é certo que as acusadas não se viram verdadeiramente representadas, na medida em que sequer tinham conhecimento da ação penal, tampouco puderam se encontrar com os advogados, a fim de discutir a melhor estratégia de defesa, razão pela qual evidente o cerceamento de defesa no caso concreto, sendo certo que o legislador, prevendo tal situação de desconformidade aos princípios do contraditório e ampla defesa, restringiu à possibilidade de produção antecipada da prova a casos excepcionais, cujo perecimento se mostre iminente, mediante fundamentação adequada do julgador, não satisfazendo tal critério limitar-se ao mero decurso do tempo como circunstância urgente para a produção da prova.

É de se ressaltar, ainda, que o depoimento das testemunhas colhido antecipadamente fora decisivo para a condenação das réis, já que, consoante se observa da mídia juntada aos autos, teriam as testemunhas policiais confirmado fatos importantes que incriminaram as apelantes, confirmativos da tese da acusação, as quais sem dúvida foram utilizados como fundamento para a condenação de ambas, em evidente prejuízo às insurgentes, configurando, portanto, inegável cerceamento de defesa” (fls. 1965/1968).

Dessa forma, consoante se observa do trecho acima colacionado, verifica-se que houve embasamento fático e legal, com supedâneo, também, na jurisprudência consolidada das Cortes Superiores, para a anulação do feito, consoante bem fundamentado no v. acórdão ora embargado.

Anote-se, que, ao contrário do que sustenta o

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

órgão ministerial, a fundamentação utilizada pelo MM. Juiz de primeiro grau para deferir a produção antecipada de provas repousou, efetivamente, no mero decurso do tempo, tanto é verdade que o próprio trecho transcrito pelo Ministério Público nos presentes embargos encontra-se incompleto, sendo esta a sua redação, na íntegra:

*“Portanto, a colheita da prova nesse momento processual se mostra imprescindível, visando trazer efetividade à aplicação da Lei Penal ao caso concreto, sendo considerada urgente, uma vez que ação policial está permeada de inúmeros **detalhes que certamente serão prejudicados com o decurso do tempo**, dado o intenso trabalho exercido pelos agentes públicos, notadamente no que tange à apreensão de drogas” (fls. 913) (grifei).*

Dessa forma, percebe-se que a decisão do D. Magistrado sentenciante encontra-se em descompasso com a exegese da Súmula nº 455, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, de modo que corretamente anulada nesta instância recursal.

Por fim, incabível o acolhimento da tese de preclusão da matéria, uma vez que, conforme bem consignado no v. acórdão embargado, apesar de não ter havido insurgência defensiva na audiência em que foi determinada a produção antecipada de prova, é certo que as rés não se achavam verdadeiramente representadas na ocasião, sendo-lhes nomeados defensores dativos, que tomaram conhecimento do processo no próprio ato, sem que tenham se preparado minimamente para atuar no melhor interesse das acusadas.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Outrossim, verifica-se que, após a citação válidas das réis, ambas constituíram advogado, sendo que a defesa técnica de ambas efetivamente se insurgiu contra a decisão que determinou a produção antecipada de provas na primeira oportunidade em que puderam se manifestar nos autos, a afastar, portanto, a tese de preclusão.

Por fim, saliente-se que o prejuízo às réis restou evidenciado nos autos, na medida em que elas foram privadas de acompanhar a produção de provas, assim como a sua defesa, em clara violação, portanto, aos princípios da ampla defesa e do contraditório, sem que tenha havido uma fundamentação idônea para tanto.

No mais, observa-se que os presente embargos não se enquadram em quaisquer das situações previstas no artigo 619, do Código de Processo Penal, sendo nítido o objetivo de dar ao recurso efeito infringente, com o intuito de rediscutir a pretensão para obter a alteração do julgado, o que não se admite.

Nesse sentido, manifestou-se o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“CRIMINAL. ED NO RESP. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. OMISSÃO NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. INOCORRÊNCIA. VÍCIOS NÃO DEMONSTRADOS. EMBARGOS REJEITADOS. I. Persistem as razões do acórdão embargado, o qual foi explícito quanto às razões do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça, no tocante à manutenção das qualificadoras arroladas na sentença de pronúncia. II. Os embargos

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

declaratórios devem ser utilizados para eventual integração do acórdão atacado, em caso de omissão, contradição, obscuridade ou ambiguidade na prestação jurisdicional invocada, hipóteses não verificadas. III. Razões de recurso que, em verdade, não se ocupam em evidenciar a ocorrência de vícios no acórdão embargado e, sim, visam a atacar os fundamentos do julgado com o intuito de lograr a reforma do decisum. IV. Embargos rejeitados” (STJ, ED's no REsp nº 2005/0109278-9, Rel. Min. Gilson Dipp, j. em 06.09.2006) (grifou-se).

Corroborando tal entendimento, assim se posicionou esta Colenda 15ª Câmara:

“Embargos de declaração. Insurgência a acórdão pelo qual se dera provimento à apelação interposta pelo Ministério Público. Seguros os demonstrativos a respeito do crime praticado por esse réu. Apreciação suficiente a respeito do aumento empreendido em decorrência do reconhecimento de duas majorantes (três oitavos), bem ainda da fixação de regime inicial fechado. Não configuração de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão. Embargos de declaração ora opostos que têm caráter infringente. Não ocorrência das situações previstas no artigo 619 do Código de Processo Penal. Embargos rejeitados, portanto” (Apelação nº 0073090 76.2009.8.26.0050/5000, Rel. Encinas Manfré, j. em 12.03.2015).

Assim sendo, rejeitam-se os embargos de declaração, a despeito da tempestividade.

Ricardo Sale Júnior
Desembargador Relator

Assim decidindo, a Egrégia Corte Paulista contrariou e negou vigência ao disposto no art. 366, do Código de Processo Penal, autorizando o presente inconformismo, com base na alínea “a” do inciso III do art. 105 da CF, com a seguinte tese:

A peculiaridade das atividades policiais, caracterizada pelo contato diário com fatos criminosos semelhantes, e a consequente suscetibilidade da memória desses agentes públicos é situação que, aliada ao decurso do tempo, autoriza a produção antecipada de prova.

2 – DA CONTRARIEDADE OU NEGATIVA DE VIGÊNCIA A DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL (art. 366, do Código de Processo Penal)

O art. 366 do Código de Processo Penal está assim redigido:

“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.”

Tem inteira aplicação à hipótese, a lição do saudoso Ministro ALIOMAR BALLEIRO, para quem **“... denega-se vigência de lei não só quando se diz que esta não está em vigor, mas também quando se decide em sentido diametralmente oposto ao que nela está expresso e claro”** (RTJ 48/788).

Ou, no mesmo sentido, “... equivale negar vigência o fato de o julgador negar aplicação a dispositivo específico, único aplicável à

hipótese, quer ignorando-o, quer aplicando outro inadequado” (REsp 63.816, RTJ 51/126).

No caso em tela, indubitável que o v. acórdão recorrido contrariou ou mesmo negou vigência a esse dispositivo de lei federal ao *“declarar nulo o feito a partir da decisão que deferiu a produção antecipada de prova e os atos que dela decorreram”*.

Com efeito, é evidente que todas as decisões devem ser fundamentadas, não sendo diferente a hipótese de deferimento da ‘produção antecipada de provas’.

Também não se desconhece que a súmula 455 do Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA impede o deferimento da colheita antecipada de prova com exclusivo fundamento no decurso do tempo.

No caso concreto, entretanto, conforme se verifica da manifestação de fls. 912/915 (numeração destes autos), cujos fundamentos foram integralmente acolhidos pela decisão de fls. 929/930, o deferimento da produção antecipada de provas foi fundado também no ***“intenso trabalho exercido pelos agentes policiais, notadamente no que tange à apreensão de drogas”***, já que, no caso concreto, todas as testemunhas acusatórias eram policiais (fls. 10/11). Assim, a decisão **não foi fundada exclusivamente no ‘decurso do tempo’**, mas em situação concreta deste processo que exigia a cautela da antecipação das provas orais. Eis o trecho extraído de fls. 912

Portanto, a colheita da prova neste momento processual se mostra imprescindível, visando trazer efetividade à aplicação da Lei Penal ao caso concreto, sendo considerada urgente, uma vez que a ação policial está permeada de inúmeros detalhes que certamente serão prejudicados com o decurso do tempo, dado o intenso trabalho exercido pelos agentes públicos, notadamente no que tange à apreensão de drogas.

Consoante já sedimentado pela Colenda 3ª Seção do E. Superior Tribunal de Justiça, o deferimento da prova antecipada fundada na **peculiaridade das atividades de agentes públicos que atuam em diversas situações semelhantes aliada ao risco pelo ao decurso do tempo**, não descumpra a Súmula 455/STJ. Nesse sentido (destacamos):

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.SUSPENSÃO DO PROCESSO COM BASE NO ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA.POSSIBILIDADE. SÚMULAS 7/STJ E 455/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Nos casos em que o período de suspensão do processo se estende de modo significativo, afigura-se prudente e razoável que a prova testemunhal seja colhida por antecipação, pois se corre o risco de que o longo decurso de 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.

*2. Desse modo, a Terceira Seção deste Pretório, firmou entendimento pela **compatibilidade da decisão que determina a produção antecipada de provas lastreada nas peculiaridades da atividade policial com a Súmula 455/STJ, considerando a suscetibilidade da memória de tais agentes públicos, pois a atuação profissional destes é marcada pelo contato diário com fatos criminosos que apresentam semelhanças em sua dinâmica.***

3. Na espécie, há situação excepcional a lastrear a necessidade de ouvida das testemunhas presenciais, pois os fatos praticados remontam à data de 19/7/2015, havendo o risco de que detalhes relevantes do caso se percam na memória dos policiais.

4. A colheita antecipada de provas não traz qualquer prejuízo para a defesa, uma vez que, além do ato ser realizado na presença de seu defensor, 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, desde que apresente argumentos idôneos.

5. A análise do apelo nobre não demandou a incursão nos elementos fáticos e probatórios dos autos, mas tão-somente a reavaliação jurídica dos fatos expressamente admitidos e delineados no acórdão oburgado.

6. *Agravo regimental a que se nega provimento.*

(AgRg no AREsp 1643240/GO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 13/08/2020)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL (ART. 1º, I, DA LEI Nº 8.137/90). CITAÇÃO POR EDITAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. PROVA TESTEMUNHAL. AUDITOR FISCAL. CONTEMPORIZAÇÃO DA SÚMULA 455/STJ. PRODUÇÃO DE PROVAS RESPALDADA PELO ORDENAMENTO. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

*1. Não se verifica ilegalidade na decisão que autoriza a colheita antecipada da prova testemunhal, utilizando-se de fundamentos concretos, como a real possibilidade de perecimento da prova não apenas pelo decurso do tempo (11 anos), mas **também pela perda da qualidade da prova prestada pelo Auditor Fiscal da Receita Federal, dada a vivência de situações semelhantes no dia a dia.** No mesmo sentido: RHC 64.086/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2016, DJe 9/12/2016.*

2. Se o magistrado processante oportuniza à defesa o direito de repetição da prova caso o acusado compareça ao processo, bem como determina a prévia intimação da Defensoria Pública para o acompanhamento do ato, não há comprovação de efetivo prejuízo ao réu, essencial para declaração de nulidade (princípio pas de nullité sans grief).

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no RHC 128.023/CE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2020, DJe 25/08/2020)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. CONCORDÂNCIA PRÉVIA DA DEFESA: NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. SÚMULA 455/STJ: MITIGAÇÃO QUANDO A TESTEMUNHA A SER OUVIDA ANTECIPADAMENTE EXERCE PROFISSÃO QUE LIDA COTIDIANAMENTE COM UMA SÉRIE DE FATOS SEMELHANTES QUE, COM O DECURSO DO TEMPO, PODEM SE NUBLAR OU ESVANECER EM SUA MEMÓRIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Se o recorrente concordou, anteriormente, com a produção da prova, sua mudança de opinião a respeito do assunto constitui afronta

ao princípio da boa-fé processual e impede o reconhecimento de nulidade, em virtude do brocardo jurídico "nemo potest venire contra factum proprium", que veda o comportamento contraditório.

2. A Terceira Seção desta Corte, flexibilizando o disposto no verbete sumular n. 455 do STJ, tem entendido 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, pela natureza de sua atuação profissional, marcada pelo contato diário com os fatos criminosos que apresentam semelhanças em sua dinâmica, devem ser ouvidas com a possível urgência" (HC 420.160/RS, Min. Rel. RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julg. 02/08/2018, DJe 15/08/2018).

3. No caso concreto, a única testemunha de acusação ouvida (um Agente Fiscal de Rendas) exerce profissão que lida cotidianamente com uma série de fatos tributários semelhantes que, com o decurso do tempo, podem se nublar ou esvanecer em sua memória, o que justifica a sua oitiva com urgência.

4. "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 e, inclusive, conseguir a repetição da prova produzida antecipadamente". (HC 532.843/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 21/02/2020).

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no RHC 101.881/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/05/2020, DJe 18/05/2020)

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 engendrasses 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)

Infere-se dos julgados acima que a clara menção à peculiaridade profissional das atividades policiais, caracterizada pela suscetibilidade da memória desses agentes públicos, decorrente do contato diário com fatos criminosos semelhantes, é situação que, aliada ao tempo, autoriza a produção antecipada de prova.

Por fim, acrescenta-se que não há qualquer espaço para se falar em prejuízo à defesa, já 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 e, inclusive, conseguir a repetição da prova produzida antecipadamente". (HC 532.843/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 21/02/2020).

4. DO PEDIDO

Ante o exposto, demonstrada a contrariedade e negativa de vigência a dispositivo de lei federal, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO aguarda seja **deferido o processamento** do presente **RECURSO ESPECIAL**, a fim de que, submetido à elevada apreciação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, mereça **CONHECIMENTO** e **PROVIMENTO**, para a cassação dos acórdãos de fls. 1961/1968 e de fls. 6/14 (apenso), a fim de que seja considerado válido o deferimento da produção antecipada de provas e os atos que dele decorreram, determinando-se que o E. Tribunal de Justiça analise o mérito recursal.

São Paulo, 22 de setembro de 2020.

MARCUS PATRICK DE OLIVEIRA MANFRIN

PROMOTOR DE JUSTIÇA DESIGNADO

(PORTARIA Nº 6097/2016 – DOESP DE 02.06.2016)¹

¹http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/DO_Estado/2016/DO_02-06-2016.html