



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Registro: 2024.0000539703

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Habeas Corpus Criminal nº 2109049-05.2024.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é impetrante MARIA CLAUDIA DE SEIXAS e Paciente -----.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem para cassar a respeitável decisão combatida na parte em que determinou a produção antecipada de prova oral. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente), AMABLE LOPEZ SOTO E SÉRGIO MAZINA MARTINS.

São Paulo, 18 de junho de 2024.

PAULO ROSSI
RELATOR
 Assinatura Eletrônica

2

Habeas Corpus Criminal nº 2109049-05.2024.8.26.0000
Comarca de Ribeirão Preto - 4ª Vara Criminal
Impetrante: Maria Claudia de Seixas
Paciente: -----
TJSP - 12ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL
VOTO Nº 48.805

HABEAS CORPUS – Apropriação Indébita Majorada
 – Art. 168, § 1º, III, do CP - Citação por edital –
 Processo suspenso nos termos do artigo 366, do CPP -
 Produção antecipada de prova oral -



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

INADMISSIBILIDADE - Não demonstrada urgência concreta _ Inteligência da Súmula nº 455 do STJ: “*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*”.

Ordem concedida.

Vistos.

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado em favor de -----, com pedido liminar, apontando o MM. Juiz da 4ª Vara Criminal da Comarca de Ribeirão Preto como autoridade coatora, nos autos da ação penal nº 0014232-13.2012.8.26.0320.

Aduz a impetrante que o paciente foi denunciado como incurso no artigo 168, § 1º, inciso III, do Código Penal, sendo determinada sua citação, contudo, diante das tentativas fracassadas, a autoridade impetrada recebeu a denúncia e determinou a suspensão do processo e do

3

prazo prescricional, nos termos do artigo 366 do Código de Processo Penal.

Sustenta que após requerimento do Ministério Público, foi determinada a produção antecipada de prova oral, que ocorreu em audiência realizada no dia 23/09/2019.

Posteriormente, o Ministério Público tomou



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

conhecimento que o paciente estava residindo no exterior, motivo pelo qual foi expedida carta rogatória, que foi cumprida e juntada aos autos em março de 2024.

Alega constrangimento ilegal decorrente da produção antecipada da prova oral pela autoridade impetrada, mediante decisão carente de fundamentação concreta, que argumentou o risco de esquecimento em ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Afirma que o motivo invocado não se enquadra nas hipóteses que autorizam a medida, uma vez que baseada apenas do decurso do tempo, não demonstrando sua imprescindibilidade e urgência.

Requer o deferimento da medida liminar, para sobrestamento do feito e, no mérito, a concessão da ordem, para que sejam declarados nulos todos os atos praticados antes da citação do paciente (fls. 1/9).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 62/63).

Prestadas informações pela autoridade judiciária, apontada como coatora (fls. 67/70), pronunciou-se a Douta Procuradoria Geral de Justiça, pelo não conhecimento da impetração ou por sua denegação

4

(fls. 73/77).

Este, em síntese, é o relatório.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Verte das informações prestadas pela digna autoridade judiciária em 24 de abril de 2024, *in verbis*:

“O paciente foi denunciado em 04 de outubro de 2017 por suposta infração ao disposto no artigo 168, § 1º, inciso III, do Código Penal.

“Consta da denúncia (fls. 125/127) que no dia 28 de fevereiro de 2012, em horário incerto, na Av. -----, o paciente apropriou-se de da quantia R\$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais), de quais tinha a posse e detenção, em razão de sua profissão, deixando de repassá-los a “-----”. Segundo restou apurado, o paciente ----- foi internado, por seus familiares, na clínica de recuperação de dependentes químicos denominada “-----”, situada na Cidade de Limeira, por indicação do denunciado, na condição de psicólogo. Na ocasião, os familiares do paciente efetuaram o pagamento da internação em 10 (dez) cheques, todos pré-datados, do Banco Itaú: -----; de titularidade de ----- e -----, cada qual no valor de R\$ 900,00, que foram entregues ao paciente para posteriormente serem repassados à clínica. Ocorre, todavia, que os cheques não foram repassados pelo paciente à clínica. Em contato com a família do paciente, o representante da clínica constatou que os três primeiros cheques foram debitados e compensados na conta particular do paciente. Após a ocorrência, os demais cheques foram sustados.

“Em 09 de outubro de 2017 foi determinada a citação do paciente (fls. 128), não tendo o mesmo sido localizado em nenhum dos endereços constantes dos autos (fls. 130, 142, 152, 168). Determinou-se, então, a citação do paciente por edital (fls. 174).

“Decorrido o prazo do edital, os autos foram encaminhados à

5

Defensoria Pública, que requereu a suspensão do processo nos termos do artigo 366 do Código de Processo Penal (fls. 181).



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

“Por decisão proferida em 10 de maio de 2019 a denúncia foi recebida, decretou-se a revelia do paciente e declarou-se a suspensão do processo e do prazo prescricional, nos termos do artigo supra citado (fls. 182).

“Aos 13 de maio de 2019 o Ministério Público requereu a produção antecipada da prova oral, dado o risco de efetivo perdimento (fls. 188).

“O pedido foi deferido por decisão de 14 de maio de 2019, de seguinte teor (fls. 191/192):

“É conveniente e oportuna a produção antecipada da prova de acusação, conforme requer o MP. Este juízo entende que a prova testemunha da acusação tem caráter urgente porque as testemunhas, com o decorrer do tempo, poderão se esquecer dos fatos, mudarem de endereço/cidade, ou outras situações, o que prejudicaria a prestação jurisdicional e a busca da verdade real. Dizer que a prova testemunhal é urgente somente nos casos de doenças graves, viagem ao exterior, guerra ou estado de calamidade pública, embora tais situações fáticas se adaptem de melhor forma ao tempo "urgência", porque haveria a iminência da perda da prova, S.M.J, não estão em consonância com a realidade brasileira, porque é sabido que o Ministério Público e a polícia judiciária não possuem meios ou recursos para fazerem um acompanhamento constante ou periódica das testemunhas de um crime, quando o processo está suspenso. Determino, então, a produção antecipada da prova de acusação para 23/09/2019, às 13:45 horas”.

“Expediu-se carta precatória à comarca de Limeira para inquirição da vítima e testemunha de acusação, cuja audiência ocorreu em 17 de setembro de 2019 (fls. 201/207).

“O processo e o prazo prescricional permaneceram suspensos, havendo novas tentativas de citação do paciente, todas infrutíferas.

6

“Em 25 de outubro de 2022 o Ministério Público forneceu o



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

endereço do paciente em Lisboa, Portugal (fls. 222), oportunidade em foi expedida carta rogatória para sua citação (fls. 226).

“O paciente foi citado pessoalmente (fls. 310).

“Em 09 de abril de 2024 foi proferida decisão que revogou a suspensão do processo e do prazo prescricional em razão da citação pessoal do paciente e determinou-se a intimação da Defensoria Pública para requerer o que de direito (fls. 321).

“Em 12 de abril de 2024 o paciente constituiu advogada nos autos e requereu prazo para apresentação de resposta à acusação (fls. 327/328), o que foi deferido (fls. 331).

“Os autos aguardam a apresentação da resposta no prazo legal.”
(fls. 67/70).

Insurge-se a defensora impetrante contra essa medida, alegando que a antecipação da prova só se justifica em casos excepcionais.

A ordem comporta concessão.

Com efeito, para justificar a antecipação da prova em relação ao paciente, embasou-se o MM. Juiz *a quo* em fundamentação genérica, sem apontar motivo concreto indicativo da necessidade e urgência da tomada da prova oral.

Aliás, a antecipação de oitiva de testemunhas, sob o argumento de que, com o passar do tempo, possam aquelas se esquecer dos fatos que teriam presenciado ou mudar de endereço, não se enquadra nos casos de natureza urgente, a possibilitar a antecipação da prova oral, nos termos do artigo 366, do Código de Processo Penal.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

É elementar que eventual necessidade de tomada da prova oral, decorre de circunstâncias peculiares, concretas, a serem explicitadas caso a caso.

Obviamente a medida foi autorizada com vistas a evitar o perecimento da prova oral, posto que, com o decurso do tempo e a imprevisibilidade do momento em que o feito retomaria seu curso haveria possibilidade de prejuízo irreparável à busca da verdade real, objetivo último do esforço processual.

In casu, da leitura da decisão guerreada, bem como das demais peças processuais colacionadas aos autos, não se vislumbra nenhuma situação concreta de urgência ou causadora de risco sério de perecimento da prova com o decorrer do tempo.

O que a Lei nº 9.271/96, que alterou a redação do indigitado dispositivo, pretendeu foi evitar que o momento mais importante do processo, o da colheita dos elementos probatórios, fosse realizado na ausência do acusado, sem que tivesse ele contato pessoal com o defensor, sem que tivesse possibilidade de lhe ministrar informações a respeito das pessoas arroladas na denúncia, sem que tivesse como requisitar diligências na época própria, sem que tivesse, enfim, efetiva atuação na fase instrutória.

Afirmar-se a perene urgência da prova testemunhal, é fazer tabula rasa do caráter excepcional da colheita adiantada de depoimentos, consagrada na nova redação do art. 366 do Código de Processo Penal, que limita a possibilidade do "*juiz determinar a produção antecipada*" apenas e tão-somente às "*provas consideradas urgentes...*".



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

E essa declarada urgência, longe de ser presumida, é expressamente delimitada pelo art. 225 do CPP, que define como prova oral urgente aquela em que a que: *“Se qualquer testemunha houver de ausentarse, 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”*.

Fora dessas hipóteses, não se há cogitar de prova testemunha de natureza urgente. Do contrário, a suspensão do processo se transformaria numa verdadeira farsa. Afinal, sendo a prova oral quase sempre a única que se colhe no decorrer da instrução criminal, se sua colheita antecipada for determinada em todas as hipóteses, todas as cautelas que inspiraram a norma de suspensão do processo se tornariam inócuas.

Sobre o tema, coaduno com o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça que entende que a produção antecipada de provas não é medida automática, obrigatória em se tratando da suspensão prevista no art. 366, CPP.

Assim, a decisão acerca da prova no art. 366, CPP, não está sujeita à total discricionariedade do juiz, devendo ser admitidas apenas aquelas provas consideradas urgentes, como as elencadas no art. 225, CPP, e mais, deve ser designada por decisão judicial devidamente motivada.

Como já se realçou, pretendeu o legislador a observância do contraditório na colheita das provas, o que, evidentemente, somente será possível com a presença do acusado ao ato judicial.

Aliás, como já observou o Supremo Tribunal Federal,

9



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

em aresto da lavra do eminente Ministro **César Peluso**, *"entre o risco natural de perda da qualidade da prova por obra do tempo e a funda lesão à garantia da produção das provas sob o regime do contraditório, reverenciou, como não podia deixar de ser, a cláusula constitucional, que, conformando o 'due process of law', tutela o acusado. Não tinha alternativa, aí, o legislador subalterno"* (Habeas Corpus nº 85.824/SP, j . 5.8.08).

A propósito da matéria, em artigo sobre CITAÇÃO POR EDITAL E SUSPENSÃO DO PROCESSO CRIMINAL, o Des. Alberto Vilas Boas, deste Tribunal, ao tempo Procurador de Justiça, destacou:

"Na realidade, sempre se observou que o processo penal envolvendo réu revel citado por edital criava um significativo desequilíbrio entre acusação e defesa, especialmente numa das etapas primordiais da relação processual - a produção de provas - na qual o defensor público ou dativo, sem qualquer possibilidade de manter contato com o acusado, cumpria o simbólico ritual de pleitear a oitiva das testemunhas de acusação, e, em seguida, oferecer alegações finais que, em muitas das vezes, eram destituídas de qualquer significado jurídico".

E enfatizou:

"Por outro lado, se é necessário garantir a efetiva igualdade entre as partes no âmbito do processo criminal, como efetivo respeito aos postulados da ampla defesa e do contraditório, certo é que a regra do art. 366, CPP, não objetivou instituir um prêmio ao acusado que, deliberadamente, põe-se em fuga ou intencionalmente oculta-se para evitar tomar conhecimento da acusação penal.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

“A imediata contrapartida à formalização da ausência do réu ao chamado judicial é a suspensão não somente do curso do processo penal condenatório, mas também do prazo prescricional, de vez que, pendente a relação processual há que se buscar resguardar, de forma equânime, os interesses coletivos postos em conflito (punitivo e a preservação da liberdade jurídica do agente), evitando-se sacrifício indevido de um sobre o outro quando ocorre o início da marcha procedimental.” (Cf. RJ nº 242 - DEZ/1997, pág. 38).

A respeito do tema, confira-se também a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PROCESSO SUSPENSO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA TESTEMUNHAL. CARÁTER URGENTE. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. 1. A produção ANTECIPADA de provas está adstrita àquelas consideradas de natureza urgente pelo Juízo processante, consoante sua prudente avaliação, no caso concreto. Precedentes da Quinta Turma do STJ. 2. A afirmação de que a passagem do tempo propicia um inevitável esquecimento dos fatos, como se deu na espécie, não é suficiente, por si só, para a produção antecipada da prova testemunhal. Ressalte-se que, se considerada como verdade absoluta tal argumentação, implicaria a obrigatoriedade da produção antecipada da prova testemunhal em todos os casos de suspensão do processo, na medida em que seria reputada de antemão e inexoravelmente de caráter urgente, retirando do Juiz a possibilidade de avaliá-la no caso concreto. 3. Ordem concedida." (HC 31.920/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ de 29/11/04).



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Ainda.

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 3º, IN FINE, DO CÓDIGO PENAL. SUSPENSÃO PROCESSUAL DO ART. 366 DO CPP. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS SEM A DEVIDA MOTIVAÇÃO. I - O decisum que determina a produção ANTECIPADA de provas com base no art. 366 do CPP, deve ser concretamente fundamentado (Precedentes das Turmas e da 3ª Seção). II - O art. 366 deve ser interpretado considerando-se o disposto no art. 225 do CPP. A hipótese do art. 92 do CPP, totalmente diversa da suspensão, por não trazer, em regra, probabilidade de prejuízo para o réu, presente, não pode ser tomada como referencial. Writ concedido.” (HC 43.525/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ de 10/4/06).

A decisão hostilizada encontra-se em descompasso com o enunciado da súmula nº 455 do Colendo Superior Tribunal de Justiça: ***“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”***.

Não obstante a mitigação do enunciado sumular supracitado, pela Terceira Seção do STJ, ao julgar o RHC 64.086/DF, dispondo que: *“as testemunhas, cuja natureza da atividade profissional seja marcada pelo contato diário com fatos criminosos semelhantes, devem ser ouvidas com a máxima urgência possível”*, não se aplica ao caso em tela, pois as testemunhas ouvidas previamente são o representante e o auxiliar administrativo da empresa vítima, “----”.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Portanto, a decisão que determina a produção antecipada de prova, quando revel o acusado, deve conter fundamentação concreta e idônea a justificar a necessidade e urgência da medida, o que na hipótese *sub examine* não ocorreu.

3 - Ante o exposto, concede-se a ordem para cassar a respeitável decisão combatida na parte em que determinou a produção antecipada de prova oral.

PAULO ANTONIO ROSSI
RELATOR