

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 64.086 - DF (2015/0234797-0)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : KRISHNAMON ALVES DOS PASSOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

EMENTA

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

juízo 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.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

KRISHNAMON ALVES DOS PASSOS estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios** no HC n. 2015002016889-0.

Depreende-se dos autos que o recorrente – denunciado como incurso no art. 121, *caput*, c/c o art. 14, II, do Código Penal – foi citado por edital, não havendo comparecido em juízo, tampouco constituído advogado.

Consta, ainda, que o Juízo de primeiro grau decretou a suspensão do processo e do prazo prescricional, deferindo a produção antecipada de provas.

Irresignada, a Defensoria Pública impetrou o habeas corpus originário, ocasião em que o Tribunal local denegou a ordem.

Superior Tribunal de Justiça

Nesta impugnação – submetida ao crivo da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça com o propósito de uniformizar entendimentos divergentes das duas turmas que a integram – alega a Defensoria Pública, em suma, a ausência de fundamento concreto para a produção antecipada de provas, incidindo a Súmula n. 455 do STJ, bem como o fato de a Corte local ter suplementado a fundamentação deficiente do *decisum* de primeira instância, no âmbito de ação exclusiva para a tutela da liberdade.

A defesa requer o provimento do recurso, para reformar o acórdão exarado pelo Tribunal de origem.

Os autos foram enviados ao Ministério Público Federal, que oficiou pelo não provimento do recurso (fls. 246-249).

O relator, Ministro Nefi Cordeiro, deu provimento ao recurso para anular a decisão que determinou a produção antecipada de provas, sob o argumento de que a "justificativa de diferenciação no caso de testemunha que atue como policial não destoa da inadmitida regra geral da impossibilidade de antecipar prova oral por presunção de esquecimento pelo tempo, expressada pela Súmula 455 do STJ".

Pedi vista dos autos para melhor análise da controvérsia.

Passo ao exame do recurso.

I. Contextualização

A Juíza de 1ª instância determinou a antecipação da produção de provas sob os seguintes fundamentos:

[...]

Decreto a suspensão do processo e do curso do prazo prescricional na forma do art. 366 do CPP.

Muito embora o STJ tenha editado o enunciado 455 da sua respectiva Súmula, restringindo as hipóteses de antecipação da prova, **não há se negar existir entendimento pacífico de que se a testemunha for policial, o juiz poderá autorizar que ela seja ouvida de forma antecipada, sendo isso considerado prova urgente. Segundo tal posição, 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**

Superior Tribunal de Justiça

ocorrem, ou pela própria similitude dos fatos, sem que isso configure violação à garantia da ampla defesa do acusado, caso a defesa técnica repute necessária a repetição do seu depoimento por ocasião da retomada do curso da ação penal (STJ. 5ª Turma. RHC 51.232-DF, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 2/10/2014 - Info 549).

Ante o exposto, determino a realização da antecipação de prova, mediante designação de data para audiência de instrução e julgamento, quando será procedida à oitiva das testemunhas [...]. Nomeio a Defensoria Pública para patrocínio do interesse do acusado.

Expeçam-se as diligências necessárias.

Intimem-se e requisitem-se.

Sobradinho/DF, 29 de abril de 2015.

Ana Letícia Martins Santini

Juíza de Direito. (fl. 156)

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios fundamentou a denegação do habeas corpus originário da seguinte forma:

[...]

Extrai-se dos autos que o paciente foi denunciado porque no dia 02 de dezembro de 2014, por volta de 20h, nas proximidades da Caixa D'água da Caesb, Fercal, Sobradinho/DF, teria desferido disparos de arma de fogo contra Gleyson Gomes Mascarenhas e Gabriel Marino Meirelles, com intuito de ceifar-lhes a vida, não obtendo êxito por circunstâncias alheias a sua vontade.

[...]

Quanto à produção antecipada de provas, conforme informações prestadas pelo magistrado *a quo*, a denúncia foi recebida em 30.01.2015. Na mesma data, foi decretada a prisão preventiva do paciente para garantia da ordem pública e segurança da aplicação da lei penal, não tendo sido a ordem cumprida, porquanto o acusado encontra-se em local incerto e não sabido.

Citado por edital, o paciente não atendeu ao chamamento jurisdicional. Diante disso, por decisão de 29.04.2015, o processo e o curso do prazo prescricional foram suspensos, e determinada a produção antecipada de provas, nos seguintes termos:

[...]

Conforme preceitua a Súmula 455 do STJ, "a decisão que determina a produção antecipada de provas com base no artigo 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando o mero decurso do tempo."

Superior Tribunal de Justiça

O que não se pode admitir é a produção antecipada da prova sem a necessária fundamentação justificando a urgência da medida, requisito estabelecido no artigo 366 do CPP.

Na hipótese, a decisão vergastada está devidamente fundamentada, com argumentos, a meu ver, bastante convincentes, conforme acima transcrito.

Conquanto também lastreada no decurso do tempo, a magistrada justificou a urgência da prova com base em elementos concretos, haja vista serem as testemunhas agentes de polícia, cuja própria atividade contribui para o esquecimento de fatos e das circunstâncias da infração penal, havendo, portanto, possibilidade real de perecimento da prova.

Neste contexto, insta consignar ser inquestionável que o decurso do tempo prejudica a eficácia da produção de prova testemunhal, haja vista os **efeitos danosos do tempo na memória das pessoas**, ainda mais como no caso em questão em que o fato ocorreu há quase 08 (oito) meses - 02/12/2014, e as **testemunhas são policiais, e, responsáveis por inúmeras investigações criminais específicas, relacionadas com homicídio, podendo, portanto, não se recordarem de detalhes importantes com o decorrer do tempo.**

Não se trata de mera presunção do que pode ocorrer com as testemunhas, mas constatação irrefutável.

Na linha do precedente do STJ, citado pela MM. Juíza prolatora da decisão, colaciono os seguintes, deste E. Tribunal de Justiça:
[...]

Ademais, certo é que o acusado já registra contra si uma condenação por homicídio qualificado (fl. 156) e está respondendo a outras ações penais por roubos circunstanciados (fls. 155 e 158), encontrando-se uma delas, inclusive, suspensa, com base no artigo 366 do Código de Processo Penal (fl. 158).

Não bastasse, possui dois mandados de prisão preventiva em aberto, conforme notícia a ocorrência policial de fls. 29/32.

Tais circunstâncias denotam descaso com a justiça e a intenção de não comparecer para se submeter à instrução do processo, que não pode ficar eternamente sobrestada aguardando que o réu decida o momento próprio para tanto, certamente após o decurso de longo tempo, quando a prova se esvair.

Ressalta-se, ainda, que comparecendo para responder pela imputação a ele atribuída, o acusado poderá requerer a novas diligências, não havendo que se falar, portanto, de ofensa ao princípio da ampla defesa e contraditório como aduz a defesa.

Sendo assim, não vislumbrando qualquer constrangimento ilegal, **DENEGO** a ordem.

É como voto. (fls. 203-206)

II. Inexistência de constrangimento ilegal

Dos trechos anteriormente transcritos, **não constato** o apontado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o recorrente.

Consoante o disposto no art. 366 do Código de Processo Penal, "Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312".

Do dispositivo anteriormente mencionado, pode-se concluir que, na hipótese de ser desconhecido o paradeiro do acusado após a sua citação por edital, fica o Juiz autorizado a determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes, visando justamente resguardar a efetividade da prestação jurisdicional, diante da possibilidade de perecimento da prova em razão do decurso do prazo que o processo permanecerá suspenso.

Se, de um lado, pondera-se que a produção antecipada de provas poderia representar prejuízo à ampla defesa, visto que não oportunizaria ao acusado o exercício da autodefesa, não se desconhece que, cuidando-se de prova testemunhal, evidencia-se certa urgência em sua colheita, haja vista o possível esquecimento dos fatos pelos depoentes durante o período em que o processo permanece, por força da norma referida, sobrestado.

II.I. A memória humana e o esquecimento

É indubitoso que a memória humana é suscetível de falhas com o decurso do tempo, não se podendo, pois, esperar que as testemunhas que irão depor sobre os fatos objeto da imputação conservem em sua mente os detalhes sobre aquilo que eventualmente sabem, enquanto o acusado permanece alheio à persecução penal deflagrada em seu desfavor.

Conforme observam Aury Lopes Jr. e Cristina Carla Di Gesu, "o delito, sem dúvida, gera uma emoção para aquele que o testemunha ou que dele é vítima. Contudo, pelo que se pode observar, a tendência da mente humana é guardar apenas a emoção do acontecimento, deixando no esquecimento

justamente o que seria mais importante a ser relatado no processo, ou seja, a memória cognitiva, provida de detalhes técnicos e despida de contaminação (emoção, subjetivismo ou juízo de valor)" (*Prova Penal e Falsas Memórias: Em Busca da Redução de Danos*. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 175, jun/2007, p. 14).

A psicologia diferencia a *falsa memória* da *mentira*, visto que, na primeira, a pessoa verdadeiramente acredita que viveu aquele fato, enquanto que, no segundo caso, há consciência de que a narrativa não aconteceu (PAYNE, D. G., ELIE C. J., BLACKWELL, J. M., & NEUSCHATZ, J.. Memory illusions: recalling, recognizing and recollecting events that never occurred. *Journal of Memory and Language*, 35, 1996, 261-285).

Nesse ramo do conhecimento, a memória é conceituada como "o meio pelo qual uma pessoa recorre às suas experiências passadas a fim de usar essas informações no presente; refer[indo]-se a um processo de mecanismos dinâmicos associados à retenção e recuperação da informação" (STERNBERG, R. J.. *Psicologia cognitiva*. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 2000, p. 204).

Todavia, esse mecanismo não é isento de erros, visto que **mesmo um fato lembrado pode ser distorcido**. É o que a ciência denomina de "falsas memórias", definidas como **lembranças de eventos não ocorridos, de situações não presenciadas, de lugares jamais vistos ou de lembranças distorcidas** (ROEDIGER, H. L. III., & MCDERMOTT, K. B.. Distortions of memory. In E. Tulving, & F. I. M. Craik, *The Oxford Handbook of Memory*, Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 149-162 e STEIN, L. M., & PERGHER, G. K.. Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, 14, 2001, 353-366). Ou, ainda, conceituadas como **lembranças para além da experiência direta, na qual se inserem interpretações ou inferências**, que podem, inclusive, refutar a própria experiência (REYNA, V. F., & LLOYD, F.. F. Theories of false memory in children and adults. *Learning and Individual Differences*, 9, 1997, 95-123).

Essas memórias podem até mesmo, consoante já provado em estudos empíricos, **decorrer da convergência de lembranças verdadeiras e de sugestões vindas de outras pessoas**, tornando a pessoa suscetível a esquecer a fonte da informação, bem como a não perceber a origem da informação suggestionada quando se é interrogado de maneira evocativa (LOFTUS, E. F.. Memory malleability: Constructivist and fuzzy-trace explanations. *Learning and Individual Differences*, 7, 2005, 133-137). Aliás, **não é porque o registro das memórias é expresso com confiança, detalhe e emoção, que necessariamente**

o evento tenha ocorrido tal como narrado (LOFTUS, E. F.. Make believe memories. *American Psychologist*, 277, 2003, 867-873).

Loftus e Palmer, ao estudarem a recordação de testemunhas oculares, observaram o "Efeito da Falsa Informação" (*Misinformation Effects*), no qual, imediatamente depois do evento, é apresentada uma informação coerente – mas falsa – para, em seguida, testar a memória. Verificaram que os participantes do estudo apresentaram um aumento nos índices de reconhecimento falso e uma diminuição nos de verdadeiro (LOFTUS, E. F.. Creating false memories. *Scientific American*, 1997, 70-75). Portanto, as falsas memórias tanto podem se originar espontaneamente como podem ser implantadas. As espontâneas são criadas internamente no indivíduo como resultado do processo normal de compreensão do evento, enquanto as sugestionadas dizem respeito às lembranças resultantes de um estímulo externo, intencional ou não, cujo conteúdo não pertence ao evento vivido, embora seja coerente com o fato. Fato é que há inúmeros estudos demonstrando que **a memória pode, ao longo do tempo, se fragmentar e por fim, se tornar inacessível quando comparada à essência do evento**. Ao mesmo tempo, **as falsas memórias podem ser mais resistentes do que as verdadeiras**, com relatos mais vívidos em testes de recordação (REYNA, V. F., & LLOYD, F. F. Theories of false memory in children and adults. *Learning and Individual Differences*, 9, 1997, 95-123).

Desse modo, é natural sustentar que "as contaminações a que está sujeita a prova penal podem ser minimizadas através da **colheita da prova em um prazo razoável**, objetivando-se suavizar a influência do tempo (esquecimento) na memória", bem como "a gravação das entrevistas realizadas na fase pré-processual, [...], [o que] permite ao juiz o acesso a um completo registro eletrônico da entrevista" (LOPES JR, Aury; DI GESU, Cristina Carla. *Prova penal e falsas memórias*: em busca da redução de danos. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 175, p. 14-16, jun. 2007).

Nesse mesmo sentido, Nereu José Giacomolli e Cristina Carla Di Gesu enfatizam o fato de o transcurso do tempo ser fundamental para o esquecimento, sobretudo pela forma de retenção da memória, a qual não permite "que se busque em uma 'gaveta' do cérebro a recordação tal e qual ela foi apreendida", bem como pelo fato de a memória conservar "tão-somente aquilo que é reconstruído", motivo pelo qual **defendem a necessidade de assegurar o menor intervalo de tempo entre o fato delituoso e as declarações das vítimas e das testemunhas, para que seja menor a possibilidade de haver esquecimento e de contaminação de influências externas, in verbis**:

[...]

Com efeito, **o transcurso do tempo é fundamental ao esquecimento, pois além de os detalhes dos acontecimentos desvanecerem-se no tempo, a forma de retenção da memória é bastante complexa, não permitindo que se busque em uma "gaveta" do cérebro a recordação tal e qual ela foi apreendida.** E, a cada evocação da lembrança, esta acaba sendo modificada. A memória opera efetivamente a partir do presente, tal como o paradoxo apontado por Ost e confirmado por Virilio, **conservando-se na memória tão-somente aquilo que é reconstruído**, a velocidade e a instantaneidade dos acontecimentos, aliada ao decurso do tempo, não permitiriam a recordação, isto é, a fixação dos fatos na memória. Por isso, a prova há de ser colhida em um prazo razoável.

[...] Destarte, diante da conflituosa relação entre tempo/memória e esquecimento, respondemos afirmativamente ao questionamento antes proposto, **no sentido de a coleta da prova em um prazo razoável aumentar sua confiabilidade, ou, pelo menos, minimizar os danos em relação à falsificação da lembrança.** Para isso, pensamos em uma equação simples: **quanto menor o intervalo de tempo entre o fato delituoso e as declarações das vítimas e das testemunhas, menor será a possibilidade de haver esquecimento e menor a possibilidade de influências externas.**

[...] (GIACOMOLLI, Nereu José e DI GESU, Cristina Carla. As falsas memórias na reconstrução dos fatos pelas testemunhas no processo penal. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília-DF, 20 a 22 de novembro de 2008. p. 4.346)

O problema da indução de falsas memórias é ainda maior, considerando-se que, no Brasil, os operadores jurídicos

adotam, para inquirir vítimas e testemunhas, a denominada "entrevista standart", que se subdivide em duas etapas: narrativa e interrogativa. A fase narrativa caracteriza-se por perguntas abertas, tais como "o que aconteceu?", restando minimizado o risco de indução da resposta por parte do entrevistador, em que pese não haja riqueza de detalhes. **Na fase interrogativa, porém, há a formulação de perguntas abertas, fechadas e identificadoras, havendo, nessas duas últimas hipóteses, intensa probabilidade de contaminação da memória,** haja vista que quanto mais se restringe a pergunta, maior a probabilidade de sugestão, e, portando, de indução da resposta.

(LOPES JR, Aury; DI GESU, Cristina Carla. *Prova Penal e Falsas Memórias*, p. 169-171)

Essas limitações **são consideradas tão sérias pelos psicólogos**, que recentes estudos têm desenvolvido a denominada "**entrevista cognitiva**": "um conjunto de estratégias para melhorar a recuperação de informações em situações de crime, baseando-a em cinco etapas fundamentadas em diversos estudos sobre a memória":

na primeira etapa, busca-se a reinstalação do contexto de codificação, ou seja, o contexto no qual o episódio aconteceu; na segunda etapa, incentiva-se a testemunha a falar sobre tudo o que presenciou, independentemente do grau de certeza que tenha em relação a essa informação; na terceira, encoraja-se a pessoa a fazer diversas evocações da lembrança; na quarta, solicita-se que a pessoa evoque a informação em ordens diferentes, partindo-se de um pressuposto de que tal variação ocorre igualmente no conjunto de informações a que se tem acesso, fazendo com que novas informações surjam; por fim, o quinto passo consiste em pedir às pessoas que procurem relatar o episódio que presenciaram com base em outras perspectivas, como de uma outra testemunha que também estivesse no local (ALBUQUERQUE, Pedro Barbas de; SANTOS, Jorge Almeida. "Jura dizer a verdade?": Traições e fidelidades dos processos mnésicos. *Psicologia: teoria, investigação e prática*, 1999, p. 257-266)

Aliás, Fisher e Geiselman defendem que a inquirição através da **entrevista cognitiva deve ser realizada no momento mais próximo possível da ocorrência do fato para evitar o esquecimento** (FISHER, R.P.; GEISELMAN, R.E.; MCCAULEY, M.R. Improving eyewitness testimony with the cognitive interview. In: D. ROSS, J.S. READ; M. TOGLIA (Eds.). *Adult eyewitness testimony: current trends and developments*. London: Cambridge University Press, 1994, p. 45-269).

Portanto, diante do contexto apresentado, fica claro que o atual estágio de conhecimento científico sobre a questão de fundo **nos permite analisá-la com outro olhar, diferente do momento e dos dados considerados por ocasião da edição da Súmula n. 455 do STJ**.

Com efeito, a partir das limitações da mente humana relatadas pelos inúmeros estudos transcritos, seria o caso de se interpretar a Súmula n. 455 do STJ *cum grano salis*, a fim de se compreender pela idoneidade da fundamentação da produção antecipada de provas lastreada em circunstâncias que agravam as limitações normais da memória humana, como, por exemplo, o trabalho policial, em que a testemunha corre sério risco de confundir fatos em decorrência da sobreposição de eventos, que, de corriqueiros e cotidianos, tendem a perder sua importância no registro mnemônico dos agentes da segurança, sobretudo quando os fatos se assemelham, variando de um caso a outro por pequenos detalhes, como, por exemplo, a quantidade ou a natureza da droga apreendida em poder do acusado, em crimes de tráfico de entorpecentes.

II.II. A compatibilidade da decisão que determina a produção antecipada de provas lastreada nas peculiaridades da atividade policial com a súmula n. 455 do STJ

Assim, eventualmente se mostrará indispensável a antecipação da prova testemunhal com arrimo no art. 366 do Código de Processo Penal – mormente quando se constata que a data dos fatos narrados na denúncia já se distancia de forma proeminente –, de maneira a não se perderem detalhes relevantes para o deslinde da causa e não se comprometer um dos objetivos da persecução penal, qual seja, a busca da verdade, atividade que, muito embora não tenha a pretensão de alcançar a plenitude da compreensão sobre o que ocorreu no passado, deve ser voltada, teleologicamente, à reconstrução histórica dos fatos em caráter aproximativo.

Decerto que 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 autorizaria, por si só, a produção antecipada de provas, sendo mister fundamentá-la concretamente, sob pena de ofensa à garantia do devido processo legal. É que, muito embora esse esquecimento seja passível de concretização, não poderia ser utilizado como mera conjectura, desvinculado de elementos objetivamente deduzidos.

Confira-se, a propósito, o disposto na Súmula n. 455 deste Superior Tribunal: "A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo".

Contudo, forçoso repetir que o enunciado na súmula anteriormente mencionada deve ser interpretado criteriosamente. Tenho que, na

verdade, a prova testemunhal é, se comparada a outros meios de prova, mais urgente, de maneira que a tardança em coletá-la compromete, definitivamente, a prestação jurisdicional, com reflexos nos fins a que se destina a jurisdição penal.

Na espécie, verifico que o Juízo singular, ao determinar a produção antecipada da prova oral – oitiva das testemunhas arroladas pela acusação – salientou: "não há se negar existir entendimento pacífico de que se a testemunha for policial, o juiz poderá autorizar que ela seja ouvida de forma antecipada, sendo isso considerado prova urgente. Segundo tal posição, **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, caso a defesa técnica repute necessária a repetição do seu depoimento por ocasião da retomada do curso da ação penal**" (fl. 156).

A Corte local, por sua vez, sem suplementar a fundamentação monocrática, mas reforçando o que já dissera o órgão jurisdicional de primeiro grau, enfatizou que "Conquanto também lastreada no decurso do tempo, a magistrada justificou a urgência da prova com base em elementos concretos, haja vista serem as testemunhas agentes de polícia, **cuja própria atividade contribui para o esquecimento de fatos e das circunstâncias da infração penal**, havendo, portanto, possibilidade real de perecimento da prova" (fl. 204).

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

Bem observa Heráclito Mossin:

[...] se, por um lado, a suspensão do processo tende a favorecer o réu ausente, não permitindo seu julgamento à revelia, de outro não poderá ser prejudicada a instrução do processo, quando houver a necessidade de produção de prova considerada urgente, que, não sendo coletada de imediato, não poderá sê-lo em outra oportunidade, uma vez que poderá desaparecer. Embora a norma processual penal tenha tendência para limitar a produção da prova às situações consideradas urgentes, a verdade é que se torna aconselhável a coleta dos elementos probatórios, quaisquer que sejam eles, uma vez que, ficando suspenso o prazo prescricional, não se sabe quando o processo terá seu prosseguimento normal, fazendo presumir que toda a prova a ser

Superior Tribunal de Justiça

colacionada na instrução criminal tem caráter imprescindível, pois pode desaparecer com o decurso do tempo. (In: *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 1998. 3. v. p. 89)

O processo penal não deve pender para nenhum dos lados envolvidos na lide, como se ele existisse unicamente para a proteção dos direitos do acusado ou, de outro lado, dos direitos da sociedade. Em verdade, o exercício da jurisdição penal reclama o equilíbrio entre, de um lado, os justos anseios da sociedade por um grau maior de eficiência do sistema punitivo, com a diminuição do nível de morosidade dos processos e de impunidade dos autores de condutas criminosas e, de outro, a não menos cara aspiração de que a atividade repressora do Estado jamais se afaste das conquistas civilizatórias que qualificam e condicionam aquela atividade como formal e substancialmente legítima.

O processo penal permite ao Estado exercitar seu *jus puniendi* de modo civilizado e eficaz, devendo as regras pertinentes sempre 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).

Assim se posiciona Claus Roxin, ao asseverar que **o direito penal serve simultaneamente para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime**. Protege, portanto, o indivíduo de uma repressão desmesurada do Estado, mas protege igualmente a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo (In: *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993. p. 76).

Daí o porquê – invocando o pensamento de Ingo Sarlet – de se propor uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, que não somente legitima eventuais e necessárias restrições às liberdades públicas do indivíduo, em nome de um interesse comunitário prevalente, mas também a própria limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais – preservando-se, evidentemente, o núcleo essencial de cada direito – que passam a ter, como contraponto, correspondentes deveres fundamentais (In: *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 146).

Superior Tribunal de Justiça

No caso em exame, como em muitos outros, a não produção da prova equivaleria a praticamente condenar o processo – como meio de obter a verdade (processualmente válida) dos fatos – à inutilidade, haja vista ser inexorável o esquecimento dos fatos por parte das testemunhas (na espécie, agentes de polícia) ou mesmo o desaparecimento ou não localização delas com o passar dos anos (por mobilidade de endereço).

Releva destacar que 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 provimento jurisdicional. Para tanto, previu três alternativas, uma cogente e duas facultativas, a acompanhar a norma principal (suspensão do processo), 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 material, 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.

Também se mostra evidente que, após alguns anos passados desde os fatos que se apuram em um processo penal, é pouco provável que as eventuais testemunhas do delito consigam, se ainda estiverem vivas ou se localizadas, recordar-se de detalhes já muito distantes no tempo. Logo, mesmo se preservadas a prova pericial ou a documental eventualmente já colhidas antes da suspensão do processo, serão insuficientes, muitas das vezes, para firmar a convicção judicial acerca do fato objeto da ação penal.

Vale lembrar que, entre os objetivos perseguidos pelo legislador, com a edição da Lei n. 9.271/1996, destaca-se o compromisso com o "[...] aperfeiçoamento da prestação jurisdicional penal, proporcionando-lhe maior **celeridade, racionalidade e eficácia**, o que também trará reflexos na **redução da impunidade**" (grifos próprios) (Mensagem do Poder Legislativo n. 1.269, de 29/12/1994).

Superior Tribunal de Justiça

Aliás, em caso semelhante, em que as testemunhas arroladas na denúncia eram policiais militares (basicamente os responsáveis pela prisão do acusado), este Superior Tribunal asseverou que a própria atividade dessas testemunhas "contribui, por si só, para o esquecimento das circunstâncias que cercam a apuração da suposta autoria de cada infração penal. Isto se deve não só em razão das semelhanças que cercam essas infrações penais, como também pela frequência de sua ocorrência no cotidiano de nossa sociedade" (RHC n. 30.482/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5º T., DJe 29/6/2012).

Confirmam-se, ainda, os seguintes precedentes da Quinta e da Sexta Turmas do STJ:

[...]

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 - A necessidade da medida encontra-se devidamente fundamentada no fato de que **o decurso do tempo poderá influir na memória da única testemunha, policial militar, responsável pelo atendimento de inúmeras ocorrências policiais.**

Writ denegado. (HC n. 59.537/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., DJ 27/11/2006)

[...]

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

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

3. Na hipótese vertente, a não produção da prova equivaleria a praticamente condenar o processo - como meio de obter a verdade dos fatos - à inutilidade, haja vista ser inexorável o esquecimento dos fatos por parte das testemunhas arroladas, por

Superior Tribunal de Justiça

serem policiais que se deparam com inúmeros casos similares ao longo de suas carreiras, circunstâncias que, naturalmente, dificulta a reconstrução precisa dos fatos. A imprevisível duração da suspensão do processo prejudica o encontro da verdade material, em face da dificuldade de se reunirem provas idôneas a lastrear a narrativa constante da peça acusatória, ou mesmo a versão apresentada pelo réu.

5. Não há constrangimento ilegal quando verificado que o Juiz singular fundamentou, de maneira concreta, a produção antecipada da prova testemunhal no fato de todas as testemunhas serem policiais federais, "agentes que diariamente se deparam com situações semelhantes a dos autos, que estão envolvidos nos mais diversos tipos de investigação".

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

7. Recurso em habeas corpus a que se nega provimento.

(RHC n. 30.592/CE, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 1º/7/2014)

[...]

I - Consoante dispõe a Súmula n. 455/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." II - Na hipótese, contudo, as peculiaridades do caso, notadamente o decurso de 8 (oito) anos da eventual prática do delito, e o fato de uma das testemunhas ser investigador de polícia, cujo ofício e rotina poderiam levar ao esquecimento dos fatos específicos do processo, justificaram a determinação da produção antecipada de provas, não havendo se falar em violação à Súmula n. 455/STJ.

Recurso ordinário desprovido. **(RHC n. 51.631/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., DJe 7/4/2015)**

[...]

1. A antecipação da produção de prova, com base no art. 366 do Código de Processo Penal, encontra-se, no caso em exame, concretamente fundamentada em razão do decurso do tempo aliado à condição e policial militar das testemunhas, circunstância fática relevante que autoriza a medida

antecipatória e que não implica ofensa ao teor do Enunciado n. 455 da Súmula do STJ.

2. Ademais, não há que se falar em prejuízo à defesa, na medida em que o ato será realizado na presença de defensor público e, caso o réu compareça ao processo, poderá pedir a repetição da oitiva de testemunhas ou quaisquer outras provas que julgar necessárias.

3. Recurso ordinário desprovido.

(RHC n. 51.861/AL, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., DJe 19/5/2016)

[...]

1. A antecipação da produção de prova, com base no art. 366 do Código de Processo Penal, encontra-se, no caso em exame, concretamente fundamentada em razão do decurso do tempo aliado à condição de policial militar de uma das testemunhas, circunstância fática relevante que autoriza a medida antecipatória e que não implica ofensa ao teor do Enunciado n. 455 da Súmula do STJ.

2. Em relação às demais testemunhas, também há motivação concreta a justificar a oitiva antecipada, uma vez que as instâncias ordinárias embasaram-se na dificuldade de localização, por não possuírem vínculo com a vítima ou com o acusado, especialmente porque constam dos autos apenas os endereços profissionais e não residenciais.

3. De toda sorte, justificada a antecipação da oitiva da testemunha policial militar, as demais também poderão ser ouvidas antecipadamente em audiência una, em prestígio à unidade da prova na formação do convencimento do julgador, que melhor condição terá de avaliar a veracidade das informações prestadas, além de atender à inovação legislativa trazida pela Lei n. 11.719/2008 (art. 400, § 2º, do Código de Processo Penal). Acrescente-se, ainda, que, em princípio, a concentração dos atos de coleta de prova em audiência una enseja maior celeridade no trâmite processual.

4. Outrossim, a oitiva antecipada de todas as testemunhas concretiza o princípio da identidade física do juiz, previsto no § 2º do art. 399 do Código de Processo Penal, introduzido pela aludida Lei n. 11.719/2008. Embora não seja absoluto, o referido princípio, ao estabelecer que o magistrado que presidiu a instrução criminal será o mesmo a proferir a sentença, objetiva conferir ao julgador maior juízo de certeza, o que

se dá, notadamente, quando se trata de coleta de depoimentos testemunhais, como ocorre na espécie.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC n. 346.603/DF, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, Rel. p/ Acórdão Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**, 6ª T., DJe 9/6/2016)

De mais a mais, não se pode olvidar que **a realização antecipada de provas não traz prejuízo para a defesa**, visto que, além de o ato ser realizado na presença de defensor nomeado, o comparecimento eventual do réu – e a conseqüente retomada do curso processual – lhe permitirá requerer a produção das provas que julgar necessárias para sua defesa e, ante argumentos idôneos, poderá até mesmo lograr a repetição da prova produzida antecipadamente.

Isso significa que a produção antecipada de provas urgentes, com propósito puramente conservativo e cautelar, não esgota a plena e efetiva realização do direito probatório do acusado, o que somente se verificará com a retomada a marcha processual, presente o acusado e seu defensor.

III. Dispositivo

À vista do exposto, **nego provimento** ao recurso em habeas corpus.