



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 138.837 - DF (2009/0111562-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : FERNANDO ANTÔNIO NERES FERRAZ - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : JOAQUIM PESSOA DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIME DE DANO. CITAÇÃO EDITALÍCIA. NÃO COMPARECIMENTO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 366 DO CPP. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. MOTIVAÇÃO. NECESSIDADE. URGÊNCIA DA MEDIDA NÃO DEMONSTRADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A produção antecipada de provas permitida pelo artigo 366 do Código de Processo Penal possui natureza acautelatória e visa o resguardo da efetividade da prestação jurisdicional, diante da possibilidade de perecimento da prova em razão do decurso do tempo no qual o processo permanece suspenso.

2. Por esta razão, a medida é restrita às provas consideradas urgentes, característica que deve estar concretamente comprovada em cada caso por fundamentos que justifiquem a excepcional antecipação.

3. O argumento de que as testemunhas podem esquecer dos fatos com o tempo não se constitui em fundamento idôneo a justificar a adoção da medida, já que não demonstra a necessária urgência.

4. Ordem concedida para cassar a decisão que determinou a produção antecipada de provas, desentranhando-se os elementos de informação produzidos por antecipação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de dezembro de 2009. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 138.837 - DF (2009/0111562-4)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : FERNANDO ANTÔNIO NERES FERRAZ - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : JOAQUIM PESSOA DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário com pedido liminar impetrado em favor de JOAQUIM PESSOA DA SILVA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (HC n. 20090020051637).

Noticiam os autos que o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 163, § 1º, inciso III, do Código Penal. Em razão de não ter sido encontrado para ser citado pessoalmente, tal ato foi realizado via edital, o qual restou infrutífero. Então, o magistrado singular decretou a suspensão do processo, bem como do curso do prazo prescricional, com fulcro no artigo 366 do Código de Processo Penal. Tal decisão deu ensejo ao requerimento, por parte do Ministério Público, da colheita antecipada da prova oral acusatória, o que foi deferido. Contra esta decisão, a defesa insurgiu-se por meio de prévio *writ* perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, cuja ordem foi denegada.

Sustenta o impetrante que tal providência antecipatória deve se dar apenas de forma excepcional, quando se comprove que a possibilidade de perecimento do elemento de prova a ser produzido, o que não se verificaria na hipótese em apreço, já que a autoridade apontada como coatora teria justificado a medida apenas em razão do decurso do tempo.

Pretende, liminarmente, a cassação da decisão que determinou a colheita antecipada de provas, bem como a anulação de eventual prova oral já colhida em antecipação, e, no mérito, a confirmação do pleito liminar.

Instrui a inicial com a documentação de fls. 8 a 21, sendo indeferida a tutela de urgência (fls. 24 e 25) e prestadas as informações pela autoridade impetrada (fls. 30 e 31), oportunidade em que acostou cópia de algumas peças processuais (fls.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

32 e 47).

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 138.837 - DF (2009/0111562-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste *habeas corpus* a impetrante pretende, em síntese, que se reconheça a alegada ilegalidade da produção antecipada de provas em razão da suspensão do processo, nos termos do artigo 366 do Código de Processo Penal.

Inicialmente, da detida análise dos autos, verifica-se que o paciente foi denunciado como incurso nas penas do art. 163, §1º, inciso III, do Código Penal, porque em 14-1-2008, *"arremessou um balde plástico contra o pára-brisa direito do ônibus MERCEDES BENS/COMIL SVELTO, placa JFQ 7798/DF, vindo a trincá-lo, ou seja, causando dano ao veículo, de propriedade da empresa Viação Satélite, concessionária de serviço público do Distrito Federal"* (fls. 8 e 9).

Citado por edital, o paciente não ofereceu resposta à acusação, motivo pelo qual o Juízo da Segunda Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília determinou a suspensão do processo e do curso prescricional, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal, e deferiu a produção antecipada da prova requerida pelo Ministério Público.

Irresignada, a defesa impetrou o *Habeas Corpus* nº 20090020051637, postulando a revogação da mencionada decisão ao argumento de falta de fundamentação, tendo a Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, à unanimidade, denegado a ordem, dando azo ao presente *mandamus*.

No que diz respeito à alegada ilegalidade na antecipação da produção de provas determinada pelo juízo singular, conforme permissivo contido no artigo 366 do Código de Processo Penal, constata-se que razão assiste à impetrante.

Com efeito, ao promover a alteração da redação do citado dispositivo legal, o legislador ordinário conferiu ao magistrado que conduz a ação penal, na hipótese de ser desconhecido o paradeiro do acusado após a sua citação por edital, a possibilidade de determinar a produção antecipada de provas consideradas urgentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Na colheita da prova por antecipação se verifica, portanto, uma mitigação à garantia constitucional à ampla defesa, já que, por óbvio, não será oportunizado ao acusado o exercício da autodefesa, pelo qual se lhe permite estar presente aos atos instrutórios e auxiliar seu defensor, seja nomeado ou constituído, a construir a tese defensiva. Por esta razão é que tal medida é restrita às provas consideradas urgentes, característica que deve estar concretamente comprovada em cada caso por fundamentos que justifiquem a excepcional antecipação.

Nesse sentido, confira-se a lição de Fauzi Hassan Choukr:

"Determinada a suspensão do processo, autoriza expressamente a lei em exame que as provas de caráter urgente poderão ser efetuadas, amparada a sua realização pelo espírito geral do processo cautelar e que já se encontrava disciplinado de certa forma pelo próprio Código de Processo Penal.

(...)

Como se está em sede cautelar é forçoso lembrar que a tutela emergencial tem fundamentos distintos daquela de conhecimento e da executiva. Daí porque a mera suspensão do processo em face da revelia não se constituir em causa autorizadora da determinação da prova antecipada. A suspensão, por si apenas, não constitui situação que gere 'periculum in mora', ainda que o 'fumus boni iuris' possa ser a priori identificado. Assim, na fundamentação da admissibilidade, o julgador não poderá apenas se escorar no decreto suspensivo, vez que este, isoladamente, nada diz em relação à tutela cautelar.

É importante frisar este ponto vez que, se o objetivo da lei é a plena participação do acusado na construção da verdade processual, a prova produzida antecipadamente de forma inadequada pode servir para frustrar o objetivo da lei que é por demais saudável e, na verdade, servir - metaforicamente - apenas como uma cilada processual, onde o réu ausente, ao ser localizado, já encontrará um acervo definido apenas aguardando a valoração final."
(Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 597-598.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na hipótese dos autos, todavia, o magistrado singular cingiu-se a consignar que *"o tempo é o maior inimigo da prova oral, daí a a necessidade e a urgência de ouvir a vítima e as testemunhas arroladas na denúncia. Isso porque, se a produção dessa prova for postergada ao momento em que o denunciado for localizado e comparecer a Juízo, corre-se o risco de que os fatos se percam na memória dessas pessoas, com o prejuízo para a apuração da verdade"* (fls. 10), quedando-se em declinar por quais razões estaria caracterizada a urgência na produção da prova, fundamento que não pode ser tido por idôneo, sob pena de se estar automatizando uma medida que carrega a marca da excepcionalidade.

A propósito, confirmam-se os precedentes desta Corte:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO. ART. 366 DO CPP. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA TESTEMUNHAL. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER DE URGÊNCIA INDEMONSTRADO.

"1. A produção antecipada de provas está adstrita àquelas consideradas de natureza urgente pelo Juízo processante, consoante sua prudente avaliação, no caso concreto.

"2. Não justifica a medida a alusão abstrata e especulativa no sentido de que as testemunhas podem vir a falecer, mudar-se ou se esquecer dos fatos durante o tempo em que perdurar a suspensão do processo. Muito embora seja assertiva passível de concretização, não passa, no instante presente, de mera conjectura, já que desvinculada de elementos objetivamente deduzidos.

"3. A afirmação de que a passagem do tempo propicia um inevitável esquecimento dos fatos, se considerada como verdade absoluta, 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.

"4. Ordem concedida para cassar a decisão, mantida pelo acórdão impugnado, que determinou a produção antecipada de prova".

(HC nº 132.852/DF, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 14-5-2009, DJe 8-6-2009).

Ainda nessa linha extrata-se:

"HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO CURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 366 DO CPP. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA TESTEMUNHAL. NECESSIDADE NÃO DEMONSTRADA. CITAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

POR EDITAL. NÃO-COMPARECIMENTO DO RÉU. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO PRAZO PRESCRICIONAL. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA.

"1. Sujeitam-se à produção antecipada, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal, as provas consideradas urgentes mediante a prudente avaliação no caso concreto, a ser realizada pelo Juízo processante.

"2. A gravidade do delito e o decurso de tempo não justificam a antecipação da prova oral, porquanto a sua urgência não decorre da natureza da prova testemunhal, mas das circunstâncias peculiares a serem analisadas caso a caso, inexistindo direito público subjetivo da acusação à sua produção antecipada.

"(...).

"4. Ordem concedida".

(HC nº 67.672/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, julgado em 28-5-2008, DJe 4-8-2008).

O simples fato da antecipação de produção de provas estar prevista no Código de Processo Penal e o argumento de que as testemunhas podem esquecer dos fatos com o decurso do tempo, por si só, não autorizam a utilização de tal medida cautelar, sendo indispensável a concreta motivação do magistrado que conduz a ação penal, sob pena de ofensa à garantia ao devido processo legal.

Ante o exposto, **concede-se a ordem** para cassar a decisão que determinou a produção antecipada de provas, desentranhando-se os elementos de informação produzidos por antecipação.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0111562-4
MATÉRIA CRIMINAL
Números Origem: 20080110041579 20090020051637

HC 138837 / DF

EM MESA

JULGADO: 03/12/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLÉÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : FERNANDO ANTÔNIO NERES FERRAZ - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : JOAQUIM PESSOA DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Dano

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 03 de dezembro de 2009

LAURO ROCHA REIS
Secretário