



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 54.563 - RO (2014/0329666-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE : NILSON CHENEN SOARES FURTADO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. MOTIVAÇÃO. OCORRÊNCIA. FALIBILIDADE DA MEMÓRIA HUMANA. RELEVANTE TRANSCURSO DE TEMPO DESDE A DATA DOS FATOS. SÚMULA 455 DO STJ. INAPLICABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. DESPROVIMENTO DO RECLAMO.

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

2. Nos termos do enunciado 455 da Súmula desta Corte 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"*.

3. Não há como negar o concreto risco de perecimento da prova testemunhal tendo em vista a alta probabilidade de esquecimento dos fatos distanciados do tempo de sua prática, sendo que detalhes relevantes ao deslinde dos fatos narrados na incoativa poderão ser perdidos com o decurso do tempo à causa da revelia do acusado.

4. O deferimento da realização da produção antecipada de provas não traz qualquer prejuízo para a defesa, já que, além do ato ser realizado na presença de defensor nomeado, caso o acusado compareça ao processo futuramente, poderá requerer a produção das provas que entender necessárias para a comprovação da tese defensiva.

5. Na hipótese vertente, o temor na demora da realização de audiência de instrução se justifica em face do lapso temporal transcorrido entre a data dos fatos e o deferimento da produção antecipada de provas, havendo o risco efetivo de que detalhes relevantes se percam na memória dos depoentes, o que legitima a medida adotada. Precedente.

6. Recurso improvido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de maio de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 54.563 - RO (2014/0329666-0)

RECORRENTE : NILSON CHENEN SOARES FURTADO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por NILSON CHENEN SOARES FURTADO contra acórdão proferido pela 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que denegou a ordem no HC n. 0048933-48.2014.4.01.0000/RO.

Noticiam os autos que o recorrente foi denunciado pela suposta prática do delito previsto no artigo 33, combinado com o artigo 40, inciso I, ambos da Lei 11.343/2006, combinados com o artigo 14, inciso II, do Código Penal.

Diante da suspensão do processo e do prazo prescricional, o Ministério Público requereu a produção antecipada de provas, o que foi deferido pelo magistrado singular.

Contra tal decisão, a defesa impetrou prévio *writ* na origem, cuja ordem foi denegada.

Sustenta a defensora do recorrente que a prova testemunhal não seria urgente, razão pela qual não haveria necessidade de ser produzida antecipadamente.

Entende que a produção antecipada da prova teria sido determinada com base no receio de um possível esquecimento, o que não configuraria fundamento idôneo para o deferimento da medida, consoante o disposto no enunciado 455 da Súmula desta Corte Superior de Justiça.

Requer o provimento do reclamo para que seja anulada a decisão que determinou a produção antecipada da prova, desentranhando-se dos autos todos os depoimentos que foram ou venham a ser colhidos.

Contra-arrazoada a irresignação (e-STJ fls. 82/88), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 99/100, manifestou-se pelo desprovimento do inconformismo.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 54.563 - RO (2014/0329666-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste *habeas corpus* pretende-se, em síntese, a anulação da produção antecipada de provas deferida na origem.

Ao promover a alteração no artigo 366 do Código de Processo Penal, 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, nos seguintes termos:

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.

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

Em primeira análise, a colheita da prova por antecipação pode representar uma mitigação à garantia constitucional à ampla defesa, já que, por óbvio, não será oportunizado ao acusado o exercício da autodefesa, pela 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.

Todavia, em se tratando de prova testemunhal, a aplicação ou não do referido instituto ainda é alvo de debates no âmbito doutrinário e jurisprudencial, tendo em vista o possível esquecimento dos fatos pelos depoentes durante o período em que o processo permanece suspenso.

Em casos como o dos autos, sabe-se que esta Corte de Justiça firmou o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendimento de que o decurso do tempo, por si só, não autorizaria 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.

Cumpre ressaltar, inclusive, que o assunto foi sedimentado no enunciado 455 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, que afirma 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"*.

Entretanto, é cediço que a memória humana é suscetível de falhas com o passar do tempo, razão pela qual, por vezes, se faz necessária a antecipação da prova testemunhal com arrimo no artigo 366 do Código de Processo Penal, mormente quando se constata que a data dos fatos narrados na exordial acusatória já se distancia de forma relevante, para que não se comprometa um dos objetivos da persecução penal, qual seja, a busca da verdade dos fatos narrados na denúncia.

Em tais hipóteses, caso a prova testemunhal não seja colhida por antecipação, detalhes relevantes ao deslinde da questão poderão ser perdidos com o decurso do tempo à causa da revelia do acusado, em detrimento do interesse da sociedade em apurar os fatos e submetê-los a julgamento.

Ademais, não se pode atribuir a uma testemunha o encargo de guardar em sua mente os detalhes dos fatos eventualmente presenciados, enquanto o acusado permanece alheio à persecução penal deflagrada em seu desfavor.

Em verdade, *"o esquecimento social é um dos grandes fatores por que muitos acusados são absolvidos, na medida em que o melhor testemunho é aquele colhido quando ainda o fato está bem vivo na memória da testemunha. E isso é tanto mais possível quanto mais perto da data do fato for o momento do testemunho."* (WELTER, Pedro Belmiro e SANTOS, Nilton Kasctin. Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul - AJURIS. A urgência da prova testemunhal no art. 366 do CPP (Lei nº 9.271/96), ano XXV - 1998, março, n. 72, p. 358).

E, a exemplificar a situação acima exposta, os doutrinadores assinalam que:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"(...) boa parte da prova testemunhal pode ser totalmente perdida se não produzida em curto espaço de tempo. Para tanto, colaciona alguns exemplos do cotidiano forense. Transcreva-se parte do arrazoadado: 'Por outro lado, a experiência forense demonstra que inúmeros depoimentos são perdidos em razão do decurso do tempo. Policiais militares e civis, por exemplo, que atendem a inúmeras ocorrências no dia-a-dia e que não raras as vezes são as únicas testemunhas, não podem deixar de ser ouvidas antecipadamente sob pena de despojar o processo do único elemento de prova possível. Em outras situações, detalhes ou percepções poderão ser esquecidas, retirando do depoimento a exatidão necessária para a prova do fato criminoso.'" (p. 357).

Assim, em casos nos quais o período de suspensão do processo já se estende de forma significativa, afigura-se prudente e razoável que a prova testemunhal seja colhida por antecipação, pois corre-se o risco de que o 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.

Sobre o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* inerentes à prova testemunhal, insta destacar o posicionamento doutrinário de Marcellus Polastri Lima:

"Entendemos que, em vista da falibilidade do testemunho humano, este já é impregnado do requisito da urgência, o que não afasta a motivação a respeito em face do caso concreto. Como já visto supra, o art. 92 do CPP, ao determinar outra espécie de suspensão do processo, mais provisória e transitória do que a presente, estabelece que poderá ser produzida, de forma cautelar, a inquirição das testemunhas e outras provas urgentes. Assim, o CPP, ao se referir à prova testemunhal e outras provas urgentes, reconhece a natureza urgente, a priori, daquela, pois, como conclui Tourinho:

se com a simples suspensão do processo, em face de uma questão prejudicial, cuja solução no cível não dura mais que três ou quatro anos, o legislador determinou a ouvida das testemunhas e de outras provas de natureza urgente, de concluir, pois, a nosso juízo, que, em se tratando de réu que não atendeu à citação editalícia nem constituiu advogado, não deve o juiz limitar-se a inquirir as testemunhas que estejam enfermas ou idosas. E se o réu comparecer dez ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quinze anos depois? As testemunhas seriam capazes de relatar pormenores? Não poderiam morrer neste espaço de tempo? Mudar de endereço sem que se possa localizá-las?

Tal não retira o caráter cautelar da medida, e nem mesmo afasta um dos seus requisitos, o que ocorre é que, em se tratando de prova testemunhal, o fumus boni iures e o periculum in mora sempre estarão presentes, seja em vista da suspensão indefinida, seja em razão da falibilidade da pessoa humana". (Manual de Processo Penal. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 638 e 639).

Nesse sentido, cita-se ainda julgado do Supremo Tribunal Federal, no qual se consignou que *"a produção antecipada de provas afigura-se necessária sempre que houver possibilidade de que o tempo possa afetar a aferição da verdade real. 4. Em crimes para cujo deslinde se revela imprescindível prova testemunhal, não se afigura desarrazoada a decisão que a considera urgente para os fins do art. 366 do CPP. 5. Ordem de habeas corpus indeferida."* (HC 82157, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 19/11/2002, DJ 19-12-2002 PP-00129 EMENT VOL-02096-04 PP-00670)

Ademais, ressalta-se que o deferimento da realização da produção antecipada de provas não traz qualquer prejuízo para a defesa, já que, além do ato ser realizado na presença de defensor nomeado, caso o acusado compareça ao processo futuramente, poderá requerer a produção das provas que julgar necessárias para a comprovação da tese defensiva, inclusive a repetição da prova produzida por antecipação, caso apresente argumentos idôneos.

Até porque, a produção antecipada de prova testemunhal autorizada pelo artigo 366 do Estatuto Processual possui caráter de medida cautelar que visa à segurança da prova, com efeito meramente conservativo, não se tratando, portanto, da efetiva realização do direito probatório, que será assegurado após o término da suspensão do processo, na presença do acusado e de seu defensor constituído.

Sobre o assunto, destaca-se a lição de Vinicius de Toledo Piza Peluso:

"E, dentre as provas a serem antecipadamente produzidas, inegavelmente a prova testemunhal é a mais importante, não em razão de sua inexistente preponderância probatória, mas, sim, por ser a prova mais comum e de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

argo uso e, conseqüentemente a mais produzida, 'pois dificilmente, e só em hipóteses excepcionais, provam-se as infrações com outros elementos de prova (...) Assim, a prova testemunhal é uma necessidade, e nesta reside seu fundamento'.

Na hipótese da suspensão do processo determinada pelo art. 366 do CPP, a 'produção antecipada' da prova oral tem o nítido caráter de medida cautelar incidental as perpetuam rei memoriam, que visa à segurança da prova, tão somente documentando algum fato cujo desaparecimento seja provável, para que posteriormente, possa ser utilizado como prova, preservando, assim, a sua futura produção do perigo que a ameaça.

*Não se trata, pois, de verdadeira produção antecipada de prova como ocorre, v.g., nos casos definidos no art. 225 do CPP, mas sim de mera assecuração cautelar de prova, com efeito puramente conservativo, não implicando na plena e efetiva realização do direito probatório" (Boletim IBCCrim. **Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art. 366 do CPP)**. ano 16, n. 72, maio-junho de 2008, p.195).*

Assim, o fato de o togado singular deferir a produção de provas em razão da limitação da memória humana e o comprometimento da busca da verdade dos fatos em razão de considerável período de suspensão do processo não induz qualquer prejuízo à parte, sendo, portanto, motivação idônea e apta à determinação da medida.

Na hipótese em apreço, o magistrado singular determinou a produção antecipada de provas porque *"além dos fatos terem sido praticados há mais de 5 (cinco) anos, o processo por vir a ficar sobrestado por um longo tempo, em razão da suspensão, mormente se não foi decretada a prisão preventiva do acusado evadido, comprometendo, por conseguinte, a busca da verdade real"* (e-STJ fls. 18/19).

Por sua vez, a Corte Estadual entendeu que *"a antecipação da oitiva das testemunhas, na hipótese dos autos em que os supostos fatos delitivos remontam ao ano de 2009, consubstancia medida necessária para evitar o perecimento da prova, porquanto, ao tempo do restabelecimento do curso processual, é provável que as testemunhas arroladas na denúncia deixem de prestar informações relevantes ao deslinde dos fatos, em razão do esquecimento natural advindo do decurso do tempo"* (e-STJ fl. 59).

Dos referidos pronunciamentos judiciais, não se extrai qualquer



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegalidade na oitiva antecipada das testemunhas arroladas, já que suposto delito narrado na denúncia ocorreu em 2008 (e-STJ fl. 2), isto é, aproximadamente 6 (seis) anos antes do provimento judicial atacado, correndo-se enorme risco de que detalhes relevantes do caso se percam na memória dos testigos, circunstância que legitima a medida adotada.

Em casos semelhantes, assim tem se orientado a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, a exemplo do seguinte julgado:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. REVELIA. CITAÇÃO POR EDITAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. URGÊNCIA DEMONSTRADA DE FORMA FUNDAMENTADA. SÚMULA 455 DO STJ. NÃO INCIDÊNCIA NO CASO CONCRETO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, a não ser em hipóteses excepcionais, quando a ilegalidade apontada for flagrante, situação em que a ordem deve ser concedida de ofício.

2. Decretada a suspensão do processo, em decorrência da revelia do réu, o magistrado poderá determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes, nos termos do art. 366 da Lei Processual Penal, competindo ao julgador avaliar, dentro de sua discricionariedade vinculada, a conveniência da adoção dessa medida excepcional.

3. No caso, o paciente foi denunciado pela prática dos crimes de ameaça e de vias de fato, ocorridos no âmbito de violência doméstica. Como é sabido, esses delitos são cometidos, na maioria das vezes, sem deixar um conjunto probatório robusto, sendo bem maior o risco concreto de perecimento das informações necessárias ao êxito da persecução penal.

4. Diante disso, quase dois anos após os fatos, o juiz de primeiro grau determinou a produção antecipada das provas de forma fundamentada, ressaltando que a procrastinação na coleta dos depoimentos contribuiria para o detrimento da verdade real.

5. De registrar que, em casos análogos, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que "não se pode afirmar que a decisão impugnada implique constrangimento ilegal ao direito de locomoção do paciente, sanável via habeas corpus. Caso o acusado compareça ao processo, poderá, com observância ao princípio do contraditório, sustentar suas teses e produzir provas de suas alegações, as quais serão devidamente examinadas. Nada impede, inclusive, que a defesa, mediante argumento idôneo, postule a repetição da prova produzida".

(HC 119406/SP, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, DJe- 22-04-2014).

6. Habeas corpus não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 310.214/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 09/04/2015)

Ante o exposto, **nega-se provimento** ao recurso.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0329666-0

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 54.563 / RO

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00489334820144010000 17538920134014100 20140081003 48933482014010000

EM MESA

JULGADO: 12/05/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : NILSON CHENEN SOARES FURTADO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

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, negou provimento ao recurso."

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.