



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 52.147 - CE (2016/0256579-7)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
RECORRENTE : ANTONIO AUGUSTO RIBEIRO
RECORRENTE : FRANCISCO CARLOS REBOUÇAS RIBEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM **MANDADO DE SEGURANÇA**. SUSPENSÃO DO PROCESSO. ART. 366 CPP. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. DECISÃO QUE DESAFIA RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. NÃO CONHECIMENTO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. SÚMULA 455/STJ. PREJUÍZO PARA A DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO. DECISÃO FUNDAMENTADA. MANUTENÇÃO RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - A jurisprudência firme desta Corte Superior de Justiça e do col. Pretório Excelso é no sentido de que o objetivo do mandado de segurança é a proteção de direito líquido e certo contra ato abusivo ou ilegal, de autoridade pública, não podendo ser utilizado como sucedâneo recursal, sob pena de desnaturar a sua essência constitucional.

II - Somente é cabível o excepcional instrumento do **writ of mandamus** contra ato judicial eivado de ilegalidade, teratologia ou abuso de poder, do qual decorra irreparável lesão a direito líquido e certo. Inteligência do enunciado da Súmula 267/STF, segundo o qual não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.

III - Nos termos do art. 581, XVI, do CPP, cabe recurso em sentido estrito contra decisão *"que ordenar a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial"*.

IV - *"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"* - Súmula 455/STJ.

V - Caso em que os fatos datam do ano de 2003, havendo notícia nos autos de que os supostos autores deixaram o país e, ainda, que o contador da empresa faleceu.

VI - Não se pode olvidar, ainda, que o auditor responsável pela apuração dos fatos e lavratura do Auto de Infração, por sua atividade, poderá não se recordar de detalhes dos fatos, o que certamente prejudicará efetivamente a instrução criminal.

VII - A **Terceira Seção desta eg. Corte**, em tema submetido à sua apreciação a fim de uniformizar entendimentos divergentes das duas Turmas que a integram, **temperou a aplicação da Súmula nº 455-STJ**, em caso no qual as testemunhas eram policiais militares, considerando a suscetibilidade da memória de tais agentes públicos, em vista de sua atividade, entendimento que tem aplicabilidade no caso concreto.

VIII - A produção antecipada da prova não prejudicará a defesa, porquanto o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ato será acompanhado por defensor constituído e, comparecendo os recorrentes ao feito, poderão requerer a produção de novas provas ou até a repetição daquelas produzidas antecipadamente.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de setembro de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 52.147 - CE (2016/0256579-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por ANTONIO AUGUSTO RIBEIRO e FRANCISCO CARLOS REBOUÇAS RIBEIRO, contra acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado do Ceará**, nos autos do **Mandado de Segurança** n. 0622709-16.2015.8.06.0000.

Depreende-se dos autos que os recorrentes foram denunciados pela prática, em tese, do crime tipificado no art. 1º, V, da Lei n. 8.137/90 c/c art. 71 do Código Penal (crime contra a ordem tributária consistente em negar ou deixar de fornecer, quando obrigatória, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação - em continuidade delitiva), por fatos ocorridos no período de 1º/01/2003 a 31/12/2003. A denúncia foi recebida em 04/06/2013 (fl. 247).

Os recorrentes foram citados por edital (fl. 263), seguindo-se decisão proferida em 07/11/2014, que determinou a suspensão do processo e do prazo prescricional, bem assim a produção antecipada da prova, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal (fl. 267).

Posteriormente o d. Juízo de 1º Grau decretou a prisão preventiva dos recorrentes, por decisão lavrada em 10/03/2015 (fls. 285-287). A ordem não foi cumprida, porquanto os recorrentes não se encontram no território nacional.

Contra a decisão que determinou a suspensão do processo e do prazo prescricional, bem como a produção antecipada de provas, os recorrentes se insurgiram por meio de mandado de segurança, que foi denegado pelo eg. Tribunal **a quo**, consoante se pode aferir da ementa do julgado:

"MANDADO DE SEGURANÇA. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CITAÇÃO POR EDITAL. SUSPENSÃO PROCESSUAL NA FORMA DO ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. POSSIBILIDADE. PROVA TESTEMUNHAL. CARÁTER URGENTE. FALIBILIDADE DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MEMÓRIA HUMANA. RISCO DE NÃO LOCALIZAÇÃO DAS TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MANDADO DE SEGURANÇA CONHECIDO E DENEGADO.

1. No presente caso, diversamente do que afirma o impetrante, a decisão vergastada foi motivada não apenas no decurso de tempo, mas também na urgência de produção de provas, baseada em elemento concreto, qual seja, "a possibilidade de mudança de endereço das testemunhas arroladas na peça delatória" (fls. 267), fator que pode influir decisivamente na descoberta da verdade, uma vez que, no momento em que o feito retomar o seu curso, vale dizer, quando os acusados decidirem comparecer ao processo, tais testemunhas poderão não ser mais encontradas.

2. No caso, a necessidade de produção antecipada da prova foi devidamente fundamentada em razão do risco concreto que a postergação da inquirição das testemunhas poderia acarretar à instrução criminal e ao esclarecimento da verdade, mesmo porque cuida-se de crime continuado praticado no ano de 2003. Precedentes e doutrina.

3. O deferimento da realização da produção antecipada de provas não traz qualquer prejuízo para a defesa, já que, além do ato ter sido realizado na presença do Defensor Público, caso os acusados compareçam ao processo futuramente, poderão requerer a produção das provas que entenderem necessárias para a comprovação das teses defensivas. Aplicação do princípio *pas de nullité sans grief*.

4. Mandado de segurança denegado" (fl. 358).

Daí o presente recurso ordinário, no qual os recorrentes ratificam os argumentos lançados no mandado de segurança originário, alegando que a decisão que determinou a produção antecipada de provas se baseou unicamente no decurso do tempo e na possibilidade de mudança de endereço das testemunhas, os quais são inidôneos, nos termos da Súmula nº 455 deste Superior Tribunal de Justiça.

Sustentam que os demais argumentos utilizados pelo d. Juízo de 1º grau, no sentido de que a "sociedade não suporta mais a sensação de impunidade decorrente a ação penal" e que "se a produção da prova testemunhal for postergada para o momento da prisão ou apresentação espontânea dos acusados, isso contribuirá para o acúmulo de outras ações criminais", tampouco configuram fundamentação adequada para a produção antecipada da prova.

Aduzem que a r. decisão causa gravame ao regular andamento do processo e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afronta o direito à ampla defesa, mesmo que eventual audiência seja acompanhada por Defesa técnica.

Ressaltam, ainda, que uma das testemunhas é servidor público estadual que, portanto, tem domicílio "*necessário ou legal*", onde poderá ser localizado a qualquer tempo.

Requerem o conhecimento e provimento do presente recurso, a fim de reformar o v. acórdão vergastado e conceder a ordem do mandado de segurança, para impedir a produção antecipada da prova ou determinar o desentranhamento daquelas já produzidas.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 52.147 - CE (2016/0256579-7) EMENTA

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO DO PROCESSO. ART. 366 CPP. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. DECISÃO QUE DESAFIA RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. NÃO CONHECIMENTO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. SÚMULA 455/STJ. PREJUÍZO PARA A DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO. DECISÃO FUNDAMENTADA. MANUTENÇÃO RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - A jurisprudência firme desta Corte Superior de Justiça e do col. Pretório Excelso é no sentido de que o objetivo do mandado de segurança é a proteção de direito líquido e certo contra ato abusivo ou ilegal, de autoridade pública, não podendo ser utilizado como sucedâneo recursal, sob pena de desnaturar a sua essência constitucional.

II - Somente é cabível o excepcional instrumento do **writ of mandamus** contra ato judicial eivado de ilegalidade, teratologia ou abuso de poder, do qual decorra irreparável lesão a direito líquido e certo. Inteligência do enunciado da Súmula 267/STF, segundo o qual não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.

III - Nos termos do art. 581, XVI, do CPP, cabe recurso em sentido estrito contra decisão *"que ordenar a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial"*.

IV - *"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"* - Súmula 455/STJ.

V - Caso em que os fatos datam do ano de 2003, havendo notícia nos autos de que os supostos autores deixaram o país e, ainda, que o contador da empresa faleceu.

VI - Não se pode olvidar, ainda, que o auditor responsável pela apuração dos fatos e lavratura do Auto de Infração, por sua atividade, poderá não se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recordar de detalhes dos fatos, o que certamente prejudicará efetivamente a instrução criminal.

VII - A **Terceira Seção** desta **eg. Corte**, em tema submetido à sua apreciação a fim de uniformizar entendimentos divergentes das duas Turmas que a integram, **temperou a aplicação da Súmula nº 455-STJ**, em caso no qual as testemunhas eram policiais militares, considerando a suscetibilidade da memória de tais agentes públicos, em vista de sua atividade, entendimento que tem aplicabilidade no caso concreto.

VIII - A produção antecipada da prova não prejudicará a defesa, porquanto o ato será acompanhado por defensor constituído e, comparecendo os recorrentes ao feito, poderão requerer a produção de novas provas ou até a repetição daquelas produzidas antecipadamente.

Recurso desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Sobre o cabimento de mandado de segurança, a jurisprudência firme desta Corte Superior de Justiça e do col. Pretório Excelso é no sentido de que o seu objetivo é a proteção de direito líquido e certo contra ato abusivo ou ilegal de autoridade pública, não podendo ser utilizado como sucedâneo recursal, sob pena de se desnaturar a sua essência constitucional.

Por isso, somente é cabível o excepcional instrumento do **writ of mandamus** contra ato judicial eivado de ilegalidade, teratologia ou abuso de poder, do qual decorra irreparável lesão a direito líquido e certo do impetrante. Daí o enunciado da **Súmula 267/STF**, segundo o qual **não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição**.

Diante deste contexto, cumpre examinar, inicialmente, o cabimento do presente mandado de segurança contra o ato jurisdicional que negou a produção antecipada de provas.

Consoante entendimento deste Tribunal, à garantia constitucional da ampla



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

defesa e de todos os recursos a ela inerentes, impõe-se a negativa da natureza exaustiva dos casos de cabimento de recurso em sentido estrito.

No caso sob exame, conforme prevê o art. 581, XVI, do Código de Processo Penal, cabe recurso em sentido estrito contra decisão "*que ordenar a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial*".

Com efeito, em se tratando de **decisum** que aplica a regra do art. 366 do Código de Processo Penal, deverá prevalecer, para fins de determinação do recurso cabível, a suspensão do processo, sendo as demais providências de natureza cautelar mera decorrência advinda da natureza da decisão.

De consequência, **conclui-se pelo não cabimento do mandado de segurança contra decisão que indefere a produção antecipada de prova, ao suspender o processo** e o curso do prazo prescricional.

Nesse sentido:

*"Ementa: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JURISDICIONAL. NÃO CABIMENTO DO WRIT. IMPOSIÇÃO DE MULTA. 1. A decisão recorrida está de acordo com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que não cabe mandado de segurança contra ato jurisdicional do Plenário do Supremo Tribunal Federal. 2. Decisões judiciais só podem ser impugnadas em mandado de segurança se forem teratológicas, o que não é o caso dos autos. 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento por manifesta improcedência, aplicando-se multa de 5% (cinco por cento) do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor" (MS n. 30.048 ED, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Roberto Barroso**, DJe de 17/11/2016).*

"Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NÃO CONHECE DE RECURSO. RECOLHIMENTO PRÉVIO DA MULTA APLICADA PELO PLENÁRIO. AUSÊNCIA. WRIT CONTRA ATO JUDICIAL. ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA. INEXISTÊNCIA. NÃO CABIMENTO DA AÇÃO MANDAMENTAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. ERRO MATERIAL. INOCORRÊNCIA. EFEITOS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. ARTS. 1.022 E 1.024 DO CPC/2015. MANIFESTO INTUITO PROTELATÓRIO. MULTA PREVISTA NO ART. 1.026, § 2º, DO CPC/2015. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS COM APLICAÇÃO DE MULTA. 1. A omissão, contradição, obscuridade ou erro material, quando incorrentes, tornam inviável a revisão da decisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 1.022 do CPC/2015. 2. A revisão do julgado, com manifesto caráter infringente, revela-se inadmissível em sede de embargos. Precedentes: ARE 944537 AgR-ED, Rel. Min. Ricardo Lewandowski (Presidente), Tribunal Pleno, DJe 10/08/2016; ARE 755228 AgR-ED-EDv-AgR-ED, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 12/08/2016 e RHC 119325 ED, Rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma, DJe 09/08/2016. 3. A oposição de embargos de declaração com caráter eminentemente protelatório autoriza a imposição de multa, com fundamento no art. 1.026, § 2º, do CPC/2015. 4. Embargos de declaração DESPROVIDOS, com aplicação de multa de 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado da causa" (MS n. 33.397 AgR-ED, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJe de 21-11-2016).*

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. HOMICÍDIO. RÉU FORAGIDO. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO PRAZO PRESCRICIONAL. ALEGADA NECESSIDADE DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA ORAL DIANTE DO DECURSO DO TEMPO. INDEFERIMENTO. SÚMULA 267/STF. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição" (Súmula 267 do STF).

2. Ainda que assim não fosse, "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" (Súmula 455/STJ).

PEDIDO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO, PELO PARQUET FEDERAL, PARA REINÍCIO DA AÇÃO PENAL. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CABIMENTO.

1. In casu, fortes são as dúvidas quanto ao real interesse do réu no reinício da ação penal; ademais, inviável o exame, por este Superior Tribunal de Justiça, da questão apresentada pelo parquet somente nesta Corte, sob pena de configuração da indevida prestação jurisdicional em supressão de instância.

2. "Não havendo manifestação do Tribunal de origem sobre o tema, não pode o Superior Tribunal de Justiça analisá-lo, sob pena de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*indevida supressão de instância. Precedentes do STJ." (HC 85.356/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe 7/12/2009) 3. Agravo regimental não provido" (AgRg no RMS n. 28.359/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 23/3/2012).*

"RECURSO ORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL PENAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA ORAL. INDEFERIMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. INCABIMENTO.

1. Incabe mandado de segurança impetrado contra ato judicial passível de recurso, não sendo a hipótese em que, excepcionalmente, admite-se o remédio heróico, em face de evidente teratologia ou abuso de poder.

2. Firmou-se a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça na compreensão de que não basta à legalidade da antecipação de prova oral a invocação do tempo, como fator do seu provável comprometimento consequente, com ressalva de entendimento contrário do Relator.

*3. Recurso ordinário improvido" (RMS n. 25.980/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Hamilton Carvalhido**, DJe de 22/9/2008).*

"RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PENAL. OITIVA DE TESTEMUNHAS. DEFESA. NEGATIVA. INTIMAÇÃO. ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA UTILIZAÇÃO DA AÇÃO MANDAMENTAL.

Na espécie, cabível seria o ajuizamento da correção parcial, considerando-se a alegação de suposta ilegalidade na condução do trâmite processual, no que se torna inviável a utilização do mandado de segurança. Súmula 267/STF. Precedentes.

*Recurso desprovido" (RMS n. 14.511/PE, **Quinta Turma**, Rel. Min. **José Arnaldo da Fonseca**, DJ de 3/2/2003).*

Ainda que assim não fosse, pretendem os recorrentes, em síntese, seja modificada decisão que decretou a suspensão do processo e do prazo prescricional e, ainda, determinou a produção antecipada de provas.

Com efeito, *"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"*, segundo disposição da Súmula 455 desta Corte de Justiça.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso concreto, os fatos datam de 1º/01/2003 a 31/12/2003, ou seja, a praticamente catorze anos. Há nos autos notícia de que os recorrentes deixaram o país (fls. 227-229) e, ainda, que o contador da empresa faleceu (fl. 113).

Não se pode olvidar, ademais, que o auditor responsável pela apuração dos fatos e lavratura do Auto de Infração que embasa a ação penal, por sua atividade, ou seja, por exercer seu **munus** diário em situações semelhantes, poderá não se recordar de detalhes dos fatos, o que efetivamente prejudicará a instrução criminal.

Ressalte-se que **a Terceira Seção desta Corte**, em tema submetido à sua apreciação a fim de uniformizar entendimentos divergentes das duas Turmas que a integram, **temperou a aplicação da Súmula nº 455-STJ**, em caso no qual as testemunhas eram policiais militares, considerando a suscetibilidade da memória de tais agentes, em razão de sua atividade. Confira-se a ementa do julgado:

"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 exercer 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

penal deficiente).

3. A Lei n. 9.271/1996 - cujo objetivo maior foi o de corrigir a distorção, até então existente em nosso sistema punitivo, de permitir o julgamento à revelia de pessoas não localizadas para serem pessoalmente citadas sobre a existência do processo penal - buscou, todavia, evitar que a nova sistemática introduzida em nosso ordenamento engendrasse 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que, não havendo outros meios de prova disponíveis, as testemunhas, pela natureza de sua atuação profissional, marcada pelo contato diário com fatos criminosos que apresentam semelhanças em sua dinâmica, devem ser ouvidas com a possível urgência.

8. No caso sob análise, o Juízo singular, ao antecipar a oitiva das testemunhas arroladas pela acusação, salientou que, por ser a testemunha policial, sua oitiva deve realizar-se com urgência, pois "... o atuar constante no combate à criminalidade expõe o agente da segurança pública a inúmeras situações conflituosas com o ordenamento jurídico, sendo certo que as peculiaridades de cada uma acabam se perdendo em sua memória, seja pela frequência com que ocorrem, ou pela própria similitude dos fatos, sem que isso configure violação à garantia da ampla defesa do acusado...".

9. A realização antecipada de provas não traz prejuízo ínsito à defesa, visto que, a par de o ato ser realizado na presença de defensor nomeado, nada impede que, retomado eventualmente o curso do processo com o comparecimento do réu, sejam produzidas provas que se julgarem úteis à defesa, não sendo vedada a repetição, se indispensável, da prova produzida antecipadamente.

10. Recurso em Habeas Corpus, afetado à Terceira Seção, desprovido" (RHC n. 64.086/DF, **Terceira Seção**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, Rel. p/ Acórdão Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 9/12/2016).

Constou no v. voto condutor que "*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).*"

Referido entendimento tem plena aplicabilidade no caso dos autos.

Com efeito, considerando o longo tempo decorrido, o fato de os recorrentes sequer se encontrarem no território nacional, bem assim a profissão de uma das principais testemunhas, a não produção da prova equivalerá à total inutilidade do processo, considerando a evidente possibilidade de esquecimento dos fatos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De modo que a decisão se mostra devidamente fundamentada, não apenas no decurso do tempo, mas na probabilidade evidente de que postergação da colheita da prova poderá impedir a efetiva busca da verdade real.

Com efeito, em se tratando de decisão devidamente fundamentada, a ordem de produção antecipada da prova deve ser mantida.

Nesse sentido:

"PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO. ART. 366 DO CPP. RÉ EM LUGAR INCERTO E NÃO SABIDO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. FATO OCORRIDO EM 2004. POSSIBILIDADE REAL DE ESQUECIMENTO. DECISÃO FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. APLICAÇÃO DO ART. 563 DO CPP.

1. Esta Corte tem admitido a produção antecipada da prova testemunhal, na forma prevista no art. 366 do Código de Processo Penal, sempre que houver risco concreto de perecimento de sua colheita em razão da "alta probabilidade de esquecimento dos fatos distanciados do tempo de sua prática" (RHC 54.563/RO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 12/05/2015, DJe 20/05/2015).

2. No caso, o fato narrado na denúncia ocorreu no ano de 2004, ou seja, há mais de 12 (doze) anos, o que autoriza a colheita antecipada das provas, em especial da prova testemunhal, tendo em vista a falibilidade da memória humana.

3. Ademais, "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" (RHC 64.086/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel.p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Terceira Seção, julgado em 23/11/2016, DJe 09/12/2016).

4. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido" (RHC 83.672/MT, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 14/06/2017, grifei).

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

ABORTO. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. PERSECUÇÃO CRIMINAL DEFLAGRADA COM BASE EM PROVA ILÍCITA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. VIA INADEQUADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA.

[...]

PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. MOTIVAÇÃO. OCORRÊNCIA. FALIBILIDADE DA MEMÓRIA HUMANA. RELEVANTE TRANSCURSO DE TEMPO DESDE A DATA DOS FATOS. ENUNCIADO 455 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INAPLICABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

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. Precedentes do STJ e do STF.

6. Consoante informado pelo Juízo singular, a paciente foi pessoalmente citada, tendo sido designada audiência de instrução, o que reforça a inexistência de prejuízos à sua defesa, já que, com a reabertura da fase instrutória, poderá requerer a repetição da prova oral colhida por antecipação. Precedente.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas corpus não conhecido" (HC 339.460/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 28/6/2017, grifei).

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. CARÁTER DE URGÊNCIA DEMONSTRADO. SÚMULA N.º 455 DESTE TRIBUNAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. *A produção antecipada de provas está adstrita àquelas hipóteses consideradas de natureza urgente pelo Juízo processante, consoante sua prudente avaliação em cada caso concreto. Na hipótese em apreço, há justificativa idônea para a aplicação da medida, uma vez que "as testemunhas arroladas na denúncia são policiais militares e, como bem ponderou o il. sentenciante 'há de frisar que as testemunhas são basicamente policiais responsáveis pela prisão, cuja própria atividade 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'". Precedentes.*

2. *Recurso desprovido*" (RHC 30.482/DF, **Quinta Turma**, Rel.^a Min.^a **Laurita Vaz**, DJe 29/6/2012).

Por fim, importa destacar que produção antecipada da prova não configura qualquer prejuízo para a defesa, porquanto a audiência será realizada na presença de defensor constituído e, na eventualidade de os requerentes retornarem para o Brasil e comparecerem ao processo, será permitida a produção de provas de seu interesse ou até a repetição da prova produzida antecipadamente.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso em mandado de segurança.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0256579-7

PROCESSO ELETRÔNICO

RMS 52.147 / CE

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0163283-43.2012.8.06.0001 06227091620158060000 1632834320128060001
6227091620158060000

PAUTA: 12/09/2017

JULGADO: 12/09/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ANTONIO AUGUSTO RIBEIRO
RECORRENTE : FRANCISCO CARLOS REBOUÇAS RIBEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra a Ordem Tributária

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.