

26/02/2013

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 114.519 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
PACTE.(S) : **ANDERSON DA SILVA FERREIRA**
IMPTE.(S) : **DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO
FEDERAL E TERRITÓRIOS**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

EMENTA

Habeas corpus substitutivo de recurso extraordinário. Inadequação da via eleita ao caso concreto. Precedente da Primeira Turma. Flexibilização circunscrita às hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia. Ocorrência. Produção antecipada de prova. Ausência de circunstância excepcional que justifique a antecipação da produção da prova testemunhal (art. 225 do Código de Processo Penal). *Writ* extinto, em face da inadequação da via eleita. Ordem concedida de ofício.

1. Impetração manejada em substituição ao recurso extraordinário, a qual esbarra em decisão da Primeira Turma, que, em sessão extraordinária datada de 16/10/12, assentou, quando do julgamento do HC nº 110.055/MG, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, a inadmissibilidade do **habeas corpus**.

2. Nada impede, entretanto, que esta Suprema Corte, quando do manejo inadequado do **habeas corpus** como substitutivo, analise a questão de ofício nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, o que é o caso.

3. De acordo com a jurisprudência desta Suprema Corte, tem-se entendido que toda a antecipação de prova realizada nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal está adstrita à fundamentação da necessidade concreta desse ato.

4. Não tendo sido aventada, na espécie, nenhuma circunstância excepcional que justificasse a antecipação da produção da prova

HC 114519 / DF

testemunhal prevista no art. 225 do Código de Processo Penal, penso que deva ser reconhecida a ilegalidade da colheita antecipada da prova oral na hipótese em exame.

5. **Habeas corpus** extinto, por inadequação da via eleita. Ordem concedida de ofício.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar extinta a ordem de **habeas corpus**, por inadequação da via processual. Acordam, ademais, os Ministros, verificado empate na votação, em conceder a ordem de ofício, nos termos do voto do Relator. Votaram pela não concessão da ordem de ofício os Senhores Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux, Presidente.

Brasília, 26 de fevereiro de 2013.

MINISTRO DIAS TOFFOLI
Relator

26/02/2013

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 114.519 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
PACTE.(S) : ANDERSON DA SILVA FERREIRA
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO
FEDERAL E TERRITÓRIOS
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Distrito Federal em favor de Anderson da Silva Ferreira. Aponta a impetrante como autoridade coatora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao RHC nº 30.488/DF impetrado àquela Corte, Relator o Ministro **Jorge Mussi**.

Sustenta a impetrante, em síntese, o constrangimento ilegal imposto ao paciente, tendo em vista que o Juízo de piso, ao determinar a produção antecipada de provas, o fez sem apresentar fundamentação que comprovasse a urgência exigida no art. 366 do Código de Processo Penal.

Aduz a defesa que,

“(…) de acordo com o art. 366 do Código de Processo Penal, é possível que o juiz determine a produção antecipada de provas consideradas urgentes na hipótese de o acusado ser citado por edital e não comparecer nem constituir advogado, quando então o processo ficará suspenso. Contudo, desde que faça de forma motivada, de modo que não se constate sua necessidade apenas em razão do decurso do tempo.

Ocorre que, a r. decisão não se fundamentou em razões objetivas, não adentrando concretamente na urgência da medida excepcional, referindo-se apenas ao fator tempo como sendo o maior inimigo da prova oral, não sendo suficiente para justificar a produção da prova deferida, exigindo-se a

HC 114519 / DF

demonstração de fatos concretos a justificarem a produção antecipada da prova” (fl. 3 da inicial).

Requer, liminarmente, a concessão da ordem para que “seja reconhecida a nulidade da prova produzida antecipadamente, determinando seu desentranhamento (...)” (fl. 5 da inicial).

Indeferi o pedido de liminar e, por estar a impetração devidamente instruída com as peças necessárias à perfeita compreensão da controvérsia, dispensei o pedido de informações.

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. **Mario José Gisi**, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

26/02/2013

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 114.519 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Conforme relatado, volta-se esta impetração contra ato da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao RHC nº 30.488/DF interposto àquela Corte, Relator o Ministro **Jorge Mussi**.

Narra a impetrante, na inicial, que:

“(…)

O Paciente, citado por edital, não compareceu ao interrogatório perante o juízo singular, razão pela qual o Mm. Juiz determinou a suspensão do processo e do prazo de prescrição. Determinou, ainda, a produção antecipada de provas, a pedido do representante do Ministério Público.

Todavia, a determinação não foi acompanhada de fundamentação que comprovasse a urgência exigida pelo artigo 366 do Código de Processo Penal. Por essa razão foi impetrado **habeas corpus** em favor do Paciente, tendo a colenda 1ª Turma Criminal do Egrégio TJDFT admitido e denegado a ordem.

Dessa decisão, foi impetrado habeas corpus junto ao Superior Tribunal de Justiça. Ocorre que, antes do julgamento do mérito, o Mm. Juízo singular realizou audiência para produção antecipada de provas, tendo a Defesa impugnado a realização do ato, em razão de ser ilícita a prova produzida antecipadamente, conforme prevê a súmula 455 do STJ e, ainda, por haver um recurso ordinário em **habeas corpus** pendente de julgamento. No entanto, a Mm. Juíza rejeitou a impugnação e determinou a oitiva das testemunhas.

Nessa toada, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do recurso ordinário em habeas corpus, também decidiu de forma contrária ao que dispõe a súmula 455 do STJ (...)” (fl. 2 da inicial).

HC 114519 / DF

Transcrevo a ementa do acórdão ora questionado:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. ART. 366 DO CPP. PROVA TESTEMUNHAL. MEDIDA CAUTELAR. CARÁTER URGENTE. FALIBILIDADE DA MEMÓRIA HUMANA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Não obstante o enunciado nº 455 da Súmula desta Corte de Justiça disponha 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’, a natureza urgente ensejadora da produção antecipada de provas, nos termos do citado artigo, é inerente à prova testemunhal, tendo em vista a falibilidade da memória humana, motivo pelo qual deve ser colhida o quanto antes para não comprometer um dos objetivos da persecução penal, qual seja, a busca da verdade dos fatos narrados na denúncia.

2. 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 da questão poderão ser perdidos com o decurso do tempo à causa da revelia do acusado.

3. 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 para o ato, caso o acusado compareça ao processo futuramente, poderá requerer a produção das provas que entender necessárias para a comprovação da tese defensiva.

4. Na hipótese vertente, o temor na demora da produção de prova se justificou, além da condição de policial militar da testemunha, pelo fato de que o suposto delito narrado na

HC 114519 / DF

denúncia ocorreu em 2009, isto é, quase 1 (um) ano antes de proferida a decisão que deferiu a produção antecipada de provas, correndo-se enorme risco de que detalhes relevantes do caso se perdessem na memória das testemunhas, motivo que legitima a medida antecipatória.

5. Recurso não provido”.

Essa é a razão pela qual se insurge a impetrante neste **writ**.

De início, destaco que há óbice jurídico-processual ao conhecimento do presente **habeas corpus**, pois a impetração foi manejada em substituição ao recurso extraordinário, o que esbarra em decisão da Primeira Turma.

Vão nesse sentido as palavras do eminente Ministro **Marco Aurélio** ao julgar o HC nº 110.055/MG:

“Essa óptica há de ser observada, também, no que o acórdão impugnado foi formalizado pelo Superior Tribunal de Justiça em recurso ordinário constitucional em **habeas corpus**. De duas, uma: ou há, no acórdão proferido, quadro a ensejar a interposição de recurso extraordinário, ou não há. Descabe a volta a estágio anterior, que é o do ajuizamento originário do **habeas corpus**.

No mais, ante os parâmetros fáticos e legais, não existe campo para a concessão da ordem de ofício. Extingo o processo sem o julgamento do mérito” (Primeira Turma, DJe de 9/11/12).

Ressalvo meu entendimento pessoal, já consignado naquele julgamento, pelo cabimento do **habeas corpus** substitutivo em casos como este. Contudo, adoto o entendimento do colegiado e o aplico à espécie.

Nada impede, entretanto, que esta Suprema Corte, quando do manejo inadequado do **habeas corpus** como substitutivo, analise a questão de ofício nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia.

Esse é o caso dos autos.

HC 114519 / DF

Esta Suprema Corte tem entendido que toda a antecipação de prova realizada nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal está adstrita à fundamentação da necessidade concreta desse ato.

A conveniência quanto à realização da antecipação da prova limita-se às hipóteses previstas no art. 225 do mesmo **codex**, dando-se, quanto ao citado dispositivo, contudo, alguma discricionariedade ao magistrado para justificá-la, de modo a demonstrar, no caso concreto, a efetiva necessidade da antecipação e o perigo de dano à instrução processual futura caso a prova não seja coligida de imediato.

Nesse sentido:

“Habeas corpus. Processual penal. Produção antecipada de provas. Art. 366 do CPP. Fundamentação. Constrangimento ilegal não-caracterizado. 1. Cabe ao Juiz da causa decidir sobre a necessidade da produção antecipada da prova testemunhal, podendo utilizar-se dessa faculdade quando a situação dos autos assim recomendar, como no caso em apreço, especialmente por tratar-se de ato que decorre do poder geral de cautela do Magistrado (art. 366 do CPP). 2. **Habeas corpus** denegado” (HC nº 93.157/SP, Primeira Turma, redator do acórdão o Ministro **Menezes Direito**, DJe de 14/11/08).

Pois bem, veja-se o Juízo de piso ao deferir a antecipação da prova, assim a justificou:

“(…)

Defiro, outrossim, a produção antecipada de provas testemunhais, em face do risco de perecerem com o transcurso do tempo, caso transferidas para data futura e incerta.

Ademais, em crimes onde as testemunhas são policiais, por participarem de diversas ocorrências idênticas e transcorrido lapso temporal além do razoável, é reiterada a alegação de que eles não tem como detalhar aquele que está sendo instruído.

Esclareço, ainda, que a antecipação de prova, por vezes,

HC 114519 / DF

permite vislumbrar hipóteses de atipicidade, inexistência do fato, excludente da ilicitude, ausência de prova de autoria, entre outras, conduzindo-se, dessa forma, à extinção de feitos sem resolução de mérito, evitando-se a suspensão infrutífera do processo (o que beneficia o réu, muitas vezes com revogação de prisão preventiva e recolhimento de mandados).

Nada obstante, se for o caso, todas as provas poderão ser renovadas futuramente com a eventual apresentação do réu em juízo.

(...)” (fl. 3 do anexo 4).

No caso em comento, não restou evidenciada a necessidade de antecipação da produção da prova nos termos exigidos pela legislação processual penal e pela jurisprudência desta Suprema Corte, tendo aquele Juízo se valido de fundamento genérico e despido de concreta motivação, a inviabilizar a pretendida antecipação probatória.

Nesse sentido:

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. 1. A decisão que determina a produção antecipada da prova testemunhal deve atender aos pressupostos legais exigidos pela norma processual vigente (‘Art. 255. Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento’). 2. Firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que ‘[s]e o acusado, citado por edital, não comparece nem constitui advogado, pode o juiz, suspenso o processo, determinar produção antecipada de prova testemunhal, apenas quando esta seja urgente nos termos do art. 225 do Código de Processo Penal’. Precedentes. 3. Ordem concedida” (HC nº 96.325/SP, Primeira Turma, da

HC 114519 / DF

relatoria da Min. **Cármem Lúcia**, DJe de 21/8/09);

“AÇÃO PENAL. Processo suspenso. Prova. Produção antecipada. Inquirição de testemunhas. Inadmissibilidade. Revelia. Réu revel citado por edital. Não comparecimento por si nem por advogado constituído. Prova não urgente por natureza. Deferimento em grau de recurso. Ofensa ao princípio do contraditório (art. 5º, LV, da CF). Recurso provido. Inteligência dos arts. 92, 93 e 366 cc. 225, todos do CPP. Se o acusado, citado por edital, não comparece nem constitui advogado, pode o juiz, suspenso o processo, determinar produção antecipada de prova testemunhal, apenas quando esta seja urgente nos termos do art. 225 do Código de Processo Penal” (RHC nº 83.709/SP, Segunda Turma, da relatoria do Min. **Joaquim Barbosa**, DJ de 1º/7/05);

“RECURSO ORDINÁRIO EM **HABEAS CORPUS**. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE OITIVA DE TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE. INDEFERIMENTO. O artigo 366 do Código de Processo Penal prevê a possibilidade da produção antecipada de provas e o artigo 225, ao dispor especificamente sobre a prova testemunhal, fornece os parâmetros que autorizam a antecipação da oitiva de testemunhas. O juiz não está vinculado a fórmulas genéricas, válidas para todo e qualquer caso, como o esquecimento pelo decurso do tempo e a possibilidade de mudança de domicílio, ora invocados pelo Ministério Público estadual. Recurso ordinário em **habeas corpus** a que se dá provimento para restabelecer a decisão que indeferiu a produção antecipada da oitiva de testemunha” (RHC nº 95.311/SP, Segunda Turma, da relatoria do Min. **Eros Grau**, DJ de 1º/4/05).

Nos citados arestos, adotou-se o entendimento de que o fundamento do pedido – possibilidade de a testemunha se esquecer de detalhes importantes dos fatos em decorrência do decurso do tempo – não

HC 114519 / DF

atenderia aos pressupostos legais exigidos pela norma vigente para a adoção dessa medida excepcional, exatamente como se dá no caso concreto.

Aliás, nesse sentido já me manifestei ao julgar o HC nº 109.726/SP, de **minha relatoria**:

“**Habeas corpus**. Constitucional. Processual penal. Produção antecipada de prova. Alegação de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. **Writ** concedido. 1. ‘No mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo’. Súmula nº 701 do STF. 2. A decisão que determina a produção antecipada da prova testemunhal deve atender aos pressupostos legais exigidos pela norma processual vigente – CPP, art. 225. 3. Firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que ‘[s]e o acusado, citado por edital, não comparece nem constitui advogado, pode o juiz, suspenso o processo, determinar produção antecipada de prova testemunhal, apenas quando esta seja urgente nos termos do art. 225 do Código de Processo Penal’. Precedentes. 4. Ordem concedida” (Primeira Turma, DJe de 29/11/11).

Portanto, na linha desse raciocínio, não tendo sido aventada na espécie nenhuma circunstância excepcional que justificasse a antecipação da produção da prova testemunhal prevista no art. 225 do Código de Processo Penal, penso que deva ser reconhecida a ilegalidade da colheita antecipada da prova oral na hipótese em exame.

Com essas considerações, declaro extinta a impetração, por inadequação da via eleita. Entretanto, de ofício, concedo ordem de **habeas corpus** para reconhecer a nulidade da prova produzida antecipadamente, determinando seu desentranhamento.

É como voto.

26/02/2013

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 114.519 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Tendo, Presidente, a placitar a antecipação da coleta da prova oral ante o fato de o acusado estar em lugar incerto e não sabido, e o processo ficar sobrestado. É uma situação concreta que, a meu ver, se enquadra no artigo 366 do Código de Processo Penal no que versa que o juiz pode antecipar a produção de prova tida como urgente. Urgente, para mim, tem significado maior, abrangendo a perda no tempo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

O fato é esse. Embora eles tenham dito ser policiais - e não o eram.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Fico na extinção.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

O tempo vai passar, e a testemunha vai esquecer os fatos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A testemunha esquecendo dos fatos. Por isso, o Juiz quis ouvir imediatamente, e, a meu ver, poderia fazê-lo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - E, de alguma sorte, eu estava aqui verificando que o **periculum in mora** não é para o direito à liberdade de ir e vir; é o **periculum in mora** para o processo, para a formação da prova do processo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Apuração da verdade real.

Apenas extingo e não vislumbro campo para a concessão de ofício.

26/02/2013

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 114.519 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Eu acompanho a divergência. Já votei nesse sentido aqui.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 114.519

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

PACTE.(S) : ANDERSON DA SILVA FERREIRA

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Por unanimidade, a Turma julgou extinta a ordem de *habeas corpus* por inadequação da via processual. Por empate na votação, concedeu a ordem, de ofício, nos termos do voto do Relator. Votaram pela não concessão da ordem, de ofício, os Senhores Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux, Presidente. 1ª Turma, 26.2.2013.

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli e Rosa Weber.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Mathias.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma