



VIVIANA MISSAGIA MATTOS DE CASTRO

**A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA TESTEMUNHAL
NA HIPÓTESE DE SUSPENSÃO DO PROCESSO CONFORME
DISPOSIÇÃO DO ARTIGO 366, DO CÓDIGO DE PROCESSO
PENAL**

**BRASÍLIA
2011**

VIVIANA MISSAGIA MATTOS DE CASTRO

**A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA TESTEMUNHAL
NA HIPÓTESE DE SUSPENSÃO DO PROCESSO CONFORME
DISPOSIÇÃO DO ARTIGO 366, DO CÓDIGO DE PROCESSO
PENAL**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília

Orientador: Professor Mestre Georges Carlos
Fredderico Moreira Seigneur

**BRASÍLIA
2011**

CASTRO, Viviana Missagia Mattos de

A produção antecipada de prova testemunhal na hipótese de suspensão do processo conforme disposição do artigo 366, do Código de Processo Penal/ Viviana Missagia Mattos de Castro. Brasília: UniCEUB, 2011.

57 fls.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB.

Orientador: Prof. Msc Georges Carlos Fredderico Moreira Seigneur

Dedico este trabalho aos meus pais, à minha irmã e à Gabi, pelas horas de convívio sacrificadas, pelo incentivo, carinho e amor; ao meu orientador Georges, pela paciência, compreensão e auxílio; e aos amigos em quem encontrei a força e o apoio necessários para seguir em frente.

RESUMO

O presente estudo trata da possibilidade da produção antecipada da prova testemunhal nas hipóteses em que o processo estiver suspenso em decorrência do não comparecimento do réu após citação por edital. Apesar da expressa previsão legal, tal medida deve ser tomada com cautela, sob pena de restarem violados direitos constitucionalmente assegurados, haja vista tratar-se de um aparente conflito entre o interesse estatal, como o de punir o indivíduo autor de delito, e interesses individuais.

Palavras-chave: Processo Penal. Citação Editalícia. Processo Suspenso. Antecipação de Provas. Prova Testemunhal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 PRINCÍPIOLOGIA	10
1.1 Devido Processo Legal	11
1.2 Isonomia	16
1.3 Contraditório	20
1.4 Ampla Defesa	24
2 POSSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL EM PROCESSO SUSPENSO EM RAZÃO DA CITAÇÃO EDITALÍCIA DO RÉU E SEU NÃO COMPARECIMENTO	29
2.1 Citação	29
2.1.1 <i>Citação por edital</i>	34
2.1.2 <i>Um paralelo entre a hipótes de citação ficta antes de 1997 e a citação ficta atual</i>	35
2.1.3 <i>Efeitos da citação por edital</i>	39
2.2 Antecipação de prova testemunhal	41
2.2.1 <i>A natureza jurídica da antecipação de prova testemunhal</i>	42
2.2.2 <i>Requisitos para a produção da prova testemunhal antecipada</i>	44
2.2.3 <i>Necessidade da fundamentação da decisão que concede a produção antecipada da prova testemunhal</i>	49
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	54

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa analisa a possibilidade de se ter uma antecipação da produção de prova testemunhal, quando ocorrer a suspensão do processo e do prazo prescricional em razão do não comparecimento do réu após regular citação editalícia.

Primeiramente, cumpre salientar que a Constituição Federal assegura a todas as pessoas o direito ao contraditório e à ampla defesa nos processos em que forem parte.

Entretanto, o artigo 366, do Código de Processo Penal, até 1996, permitia que os processos em que os acusados citados por edital não comparecessem, seguissem à sua revelia, com a nomeação de um defensor dativo que, por vezes, não passava do comparecimento aos atos instrutórios do processo, haja vista a ausência de informações relevantes sobre a imputação feita ao acusado que pudessem permitir uma contribuição efetiva à causa.

A partir de 1996, com o advento da lei 9.271 que trouxe nova redação ao supracitado artigo, surgiu a previsão da suspensão do processo, com a correspondente suspensão do prazo prescricional, quando o acusado citado por edital não comparecer ou constituir advogado para defender seus interesses.

Desta forma, os princípios constitucionais ficam preservados, vez que não mais ocorre a afronta de outrora.

A nova redação supramencionada trouxe ainda a possibilidade de o magistrado determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes, bem como a

prisão cautelar, nas hipóteses em que estiverem preenchidos os requisitos do artigo 312, do Código de Processo Penal.

O presente estudo tem por objetivo analisar a forma como se dá esta produção antecipada de provas, em especial a prova testemunhal, tendo em vista ser uma das mais corriqueiras no Processo Penal e, sem dúvida, uma das que mais traz divergências quanto à sua urgência.

O tema será analisado com base na doutrina, tendo em vista que cada autor tenta criar sua forma de solucionar o problema, e jurisprudência, uma vez que a pesquisa trará o entendimento sumulado das cortes superiores sobre alguns dos aspectos abordados.

No primeiro capítulo serão analisados alguns dos princípios constitucionais mais relevantes para o estudo em questão, como o devido processo legal, a isonomia, o contraditório e a ampla defesa. Isto porque, diante da possibilidade de se autorizar a prova antecipada em processo suspenso pelo fato de o réu não haver comparecido, surge a dúvida de que se estariam retomando os problemas anteriores à lei 9.271/96, em que não se respeitavam os princípios acima destacados.

No segundo capítulo será abordado o tema da citação ficta e seus desdobramentos, tais como a suspensão do processo e a suspensão do prazo prescricional. Outro ponto tratado neste capítulo é a da produção antecipada da prova testemunhal. Aqui se analisará a natureza jurídica deste procedimento, a fim de esclarecer se há ou não violação aos princípios constitucionais, bem como os requisitos que devem ser cumpridos para que tal medida seja possível, além da necessidade de fundamentação da decisão que a autorizar.

Pretende-se, portanto, analisar o disposto do artigo 366 do Código de Processo Penal, verificando a hipótese de antecipação de prova testemunhal quando o processo e o prazo prescricional estiverem suspensos em razão da citação do réu por edital e seu não comparecimento em juízo e nem constituição de advogado.

1 PRINCIPIOLOGIA

Os princípios jurídicos se dão a partir de uma operação de síntese crítica, em que são fixados os preceitos fundamentais que darão forma e caráter aos sistemas processuais.¹

Princípio jurídico tem por significado um postulado que se irradia por todo o sistema de normas e fornece um padrão de interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo, de modo a estabelecer uma meta maior a ser seguida.²

É certo que alguns princípios básicos são comuns a vários sistemas, mas é possível que hajam outros que tenham vigência em determinados ordenamentos.³ Assim, cada ramo do Direito possui princípios que lhe são próprios, podendo ter previsão legal expressa ou implícita, sendo que estes são os resultantes da conjugação de vários dispositivos de lei, de acordo com a cultura jurídica formada ao longo dos anos.⁴

Certos princípios trazem em si sérias conotações éticas, sociais e políticas, e valem como sendo algo externo ao sistema processual, funcionando como verdadeiro sustentáculo legitimador.⁵

¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. et. al. *Teoria Geral do Processo*. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 56.

² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 80.

³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. et. al. *Teoria Geral do Processo*. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 56.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 80.

⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. et. al. *Teoria Geral do Processo*. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 56.

Alguns princípios gerais têm aplicação distinta nos diferentes campos processuais, apresentando feições por vezes ambivalentes. Outros princípios, por sua vez, têm aplicação idêntica nos ramos do direito processual. Aqui, vale ressaltar que todas as disciplinas processuais se embasam nos princípios constitucionais, em que encontram a plataforma que permite a elaboração de uma teoria geral do processo.⁶

O processo penal, como não poderia deixar de ser, é erguido por princípios que, em sua maioria, estão previstos na Constituição Federal, quer de maneira explícita, quer de maneira implícita, sendo que alguns deles são vinculados à pessoa humana e outros à relação processual, não servindo estes exclusivamente ao réu, mas também ao órgão acusatório.⁷

1.1 Devido processo legal

O princípio do devido processo legal teve origem no Direito Inglês que, desde a Magna Carta, promulgada em 1215, previa seus fundamentos, ainda que de maneira indireta. O termo “devido processo legal” - em inglês, *due process of law* - foi utilizado em uma lei inglesa no ano de 1254.⁸

Em complemento a este fato, Alexandre Freitas Câmara leciona que

na Magna Carta assegurou-se, primeiro aos barões, e depois a todo o povo do Reino Unido, que só se poderia submeter alguém a julgamento se este fosse realizado pelos pares daquele que estivesse sendo julgado, e ainda que um súdito do reino só poderia ser submetido às leis de seu país, o que significava dizer que uma pessoa só poderia ser submetida a uma lei que se originasse da sua sociedade, e que por ela fosse tida por razoável. (...) A garantia do devido processo legal surgiu como sendo de índole

⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. et. al. *Teoria Geral do Processo*. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 57.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 80.

⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 7. ed. Salvador: Podivm, 2007. p. 27.

exclusivamente processual, mas, depois, passou a ter também um aspecto de direito material (...). Assim é que o devido processo legal substancial (ou material) deve ser entendido como uma garantia ao trinômio “vida-liberdade-propriedade”, através da qual se assegura que a sociedade só seja submetida a leis razoáveis, as quais devem atender aos anseios da sociedade, demonstrando assim sua finalidade social⁹.

É sabido, ainda, que alguns estados norte-americanos, relacionavam-no à proteção a vida, liberdade e propriedade, antes mesmo de ser acolhido pela Constituição Americana pelas Emendas V e XIV, respectivamente

Nenhuma pessoa será detida para responder por crime capital ou hediondo, a menos que apresentada ou indiciada por um grande Júri, exceto em casos levantados perante as forças terrestres e navais, ou milícia, quando um efetivo serviço em tempo de guerra ou perigo público; nem será pessoa alguma sujeita à mesma ofensa, colocando duplamente em risco sua vida ou parte do corpo; nem ser compelida em qualquer caso criminal a ser testemunha contra si mesmo, nem ser privada da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo; nem a propriedade privada ser tomada para uso público sem justa compensação.¹⁰

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitos à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado fará ou executará qualquer lei restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem processo legal regular, nem negará qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis.¹¹

No Brasil, o princípio do devido processo legal sempre foi observado, ainda que sem expressa disposição legal. Com a Constituição Federal de 1988, foi adotado explicitamente e hoje está elevado a dogma constitucional.¹²

Assim é que, na redação do inciso LIV, artigo 5º, se vê: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.¹³

⁹ FREITAS, Alexandre Câmara. *Lições de Direito Processual Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 34-35.

¹⁰ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 22.

¹¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. v.. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 262.

¹² BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. V. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 262.

¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 12 maio 2011.

Demais disso, vale ressaltar que com a Emenda Constitucional n. 45, de 08.12.2004, a Constituição Federal foi alterada, explicitando que a garantia do devido processo deve assegurar a todos a “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.¹⁴

Entende-se o devido processo legal como um princípio em que se aglutinam os demais, propiciando às partes a plena defesa dos interesses que estão em conflito, sem que os direitos individuais de cada uma delas sejam lesados.¹⁵

Nesse sentido, Carlos Augusto de Assis expõe que o devido processo legal “é o conjunto de princípios e regras, combinados de forma harmônica e dirigidos a qualquer dos Poderes do Estado, que propiciam e favorecem a plena consecução do escopo de *acesso à ordem jurídica justa*”.¹⁶

Ainda sobre a ideia de que o devido processo legal é causa de todos os demais, Humberto Theodoro Junior afirma que

Nesse âmbito de comprometimento com o “justo”, com a “correção”, com a “efetividade” e a “presteza” da prestação jurisdicional, o *due process of law* realiza, entre outras, a função de um superprincípio, coordenando e delimitando todos os demais princípios que informam tanto o processo como o procedimento. Inspira e torna realizável a *proporcionalidade* e *razoabilidade* que deve prevalecer na vigência e harmonização de todos os princípios do direito processual de nosso tempo.¹⁷

¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 12 maio 2011.

¹⁵ FREITAS, Alexandre Câmara. *Lições de Direito Processual Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 34-35.

¹⁶ ASSIS, Carlos Augusto. *A antecipação da tutela* (à luz da garantia constitucional do devido processo legal). São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 67.

¹⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 24

Imperioso se faz ressaltar, ainda, que o devido processo legal protege duplamente o indivíduo, assegurando-lhe proteção formal e material.¹⁸

No que diz respeito à proteção formal, tem-se que esta constitui “[...] basicamente, o direito a ser processado e a processar de acordo com normas previamente estabelecidas para tanto [...]”.¹⁹

Relativamente à proteção material, sabe-se que esta é a dimensão substancial do devido processo legal, e tem relação com o princípio da proporcionalidade, que pode ser entendido como meio de controlar a atividade legislativa, estando sujeito a um parâmetro de razoabilidade.²⁰

Acerca do princípio da proporcionalidade, Fredie Didier Junior afirma tratar-se “[...] de princípio que torna possível a justiça do caso concreto, flexibilizando a rigidez das disposições normativas abstratas”²¹ e salienta que a dogmática jurídica deve “[...] balizar a atividade jurisdicional de ponderação, para que esta não redunde em subjetivismos ou arbitrariedades”.²²

À este respeito, Guilherme de Souza Nucci ensina que

Materialmente, o princípio liga-se ao Direito Penal, significando que ninguém deve ser processado senão por crime previamente previsto e definido em lei, bem como fazendo valer outros princípios penais, que constituem autênticas garantias contra acusações infundadas do Estado. Processualmente, vincula-se ao procedimento e à ampla possibilidade de o

¹⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 24

¹⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 7. ed. Bahia: Podivm, 2007. p. 37

²⁰ ASSIS, Carlos Augusto. *A Antecipação de Tutela (à luz da garantia constitucional do devido processo legal)*. São Paulo: Malheiros, 2001. p.67.

²¹ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 7. ed. Bahia: Podivm, 2007. p. 34.

²² DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 7. ed. Bahia: Podivm, 2007. p. 34

réu produzir provas, apresentar alegações, demonstrar, enfim, ao juiz a sua inocência, bem como de o órgão acusatório, representando a sociedade, convencer o magistrado, pelos meios legais, da validade da sua pretensão punitiva.²³

Pode-se dizer, portanto, que este princípio constitui um aglomerado de garantias constitucionais, que asseguram às partes o exercício de seus direitos processuais (direitos públicos subjetivos) e salvaguardam o próprio processo, tendo em vista o exercício legítimo da jurisdição.²⁴

Alexandre Freitas Câmara, complementa tal ideia ao afirmar que o devido processo legal é “um processo justo, isto é, um processo em que seja assegurado um tratamento isonômico, num contraditório equilibrado, em que se busque um resultado efetivo, adaptado aos princípios e postulados da instrumentalidade do processo”.²⁵

Acerca da supracitada expressão “processo justo”, vale ressaltar a lição de Vincenzo Vigoritti, que defende que o termo “devido” não pode ser simplesmente tido como “regular”, tendo em vista que tal adjetivo não esgota todo o sentido da garantia, mas sim pelo termo “justo”, senão vejamos

A tradução para a língua italiana da expressão *due process of law* apresenta alguma dificuldade. O termo *due*, no qual está contida toda a força da expressão, é um fiel apelo à consciência do homem, para a consecução de uma justiça superior, baseada em sua natureza e em sua razão. Por isso, não pode ser traduzido literalmente por adjetivos como ‘regular’ ou ‘correto’, que exprimem somente uma exigência de legalidade e que não exaurem o conteúdo da garantia. Deve sim, verdadeiramente, ser traduzido pelo termo ‘justo’, único que pode exprimir com eficácia o conteúdo ético do termo *due*.²⁶

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 96.

²⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. et. al. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 88.

²⁵ FREITAS, Alexandre Câmara. *Lições de Direito Processual Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 40.

²⁶ VIGORITTI, Vincenzo *apud* ASSIS, Carlos Augusto. *A antecipação da tutela* (à luz da garantia constitucional do devido processo legal). São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 53. “*La traduzione italiana*

Por fim, pode-se concluir dizendo que o devido processo legal não deve ser visto como simples procedimento de juízo. Para além disso, sua função é preparar e proporcionar provimento jurisdicional de acordo com as garantias constitucionais, que deve respeitar e observar os princípios do contraditório e da ampla defesa, decorrentes, obrigatoriamente, da garantia constitucional do princípio da igualdade.²⁷

1.2 Princípio da isonomia

Por estar intimamente ligado a uma ideia de processo justo, se confundindo, por vezes com a própria ideia de justiça, o princípio da isonomia é, sem dúvida, um dos corolários do princípio do devido processo legal.²⁸

O princípio da isonomia, “[...] já se achava consagrado na Carta Imperial de 1824, ao consignar que a lei seria igual para todos, quer protegesse ou castigasse (art. 179, n. 13), regra repetida em 1891, numa singular expressão: todos são iguais perante a lei (art. 72, §2º)”²⁹, e foi instuído no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, assegurando a todos a igualdade perante a lei, sem qualquer tipo distinção, *vebis*

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade [...]³⁰

dell'espressione due process of law presenta alcuna difficoltà. Il termine due, in cui è racchiusa tutta la forza dell'espressione, è un appello fiducioso alla coscienza dell'uomo, ad una giustizia superiore fondata sulla natura e sulla ragione. Per questo non può tradursi con aggettivi come 'regolare' o 'correto', che esprimono solo un'esigenza di legalità che non esaurisce il contenuto della garanzia, ma verrà tradoto col termine 'giusto', l'unico che possa rendere con efficacia il contenuto etico del termine due”.

²⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 50.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 25

²⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 50.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 25

²⁹ ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional: Princípios Constitucionais do Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 39

³⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 12 maio 2011.

A igualdade perante a lei é a base para que se afirme a igualdade das partes perante o juiz.³¹ Esta igualdade tem grande relevância tendo em vista que a partir da garantia de que o tratamento dado às será o mesmo, evita-se que uma delas não possa defender-se, por razões que sejam alheias à sua vontade.³²

Ocorre que a igualdade de que trata o dispositivo supramencionado, não pode ser interpretada e aplicada de modo absoluto, sendo necessário que se façam compensações jurídicas em favor daqueles que merecem proteção especial, no mesmo sentido do conceito de justiça distributiva de Aristóteles e do princípio geral do direito vindo do direito romano.³³

Neste sentido, Carlos Augusto de Assis afirma que “[...] a igualdade consiste em tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de sua desigualdade [...]”³⁴, e cita Ruy Barbosa, que assegura que “A regra da igualdade não consiste senão em quinhão desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualavam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira igualdade”³⁵.

Em complemento a esta ideia, Alexandre Freitas Câmara, ensina que

“[...] o princípio da isonomia só estará sendo adequadamente respeitado no momento em que se garantir aos sujeitos do processo que estes ingressarão no mesmo em igualdade de armas, ou seja, em condições equilibradas. [...] Somente assim ter-se-á assegurado a igualdade substancial [...] que

³¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. et. al. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 59.

³² ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional: Princípios Constitucionais do Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 39

³³ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 1.v. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 63.

³⁴ ASSIS, Carlos Augusto. *A antecipação da tutela* (à luz da garantia constitucional do devido processo legal). São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p.47-48

³⁵ BARBOSA, Ruy *apud* ASSIS, Carlos Augusto. *A antecipação da tutela* (à luz da garantia constitucional do devido processo legal). São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 54.

corresponde a uma exigência do processo justo, garantido pela cláusula *due process of law*".³⁶

Segundo Ada Pellegrini Grinover, o conceito primitivo de igualdade, que se limitava a determinar que lei não estabelecesse qualquer diferença entre os indivíduos, deu lugar a uma conceituação positiva da isonomia, realçando o conceito realista, que busca a igualdade proporcional. Ao relativizar a aplicação do princípio da isonomia conferindo tratamento igual aos substancialmente iguais, tem-se uma aparente quebra do princípio, dentro e fora do processo, obedecendo “[...] exatamente ao princípio da igualdade real e proporcional, que impõe tratamento desigual aos desiguais, justamente para que, supridas as diferenças, se atinja a igualdade substancial”.³⁷

Complementando o raciocínio, Cândido Rangel Dinamarco sustenta que a igualdade entre as partes fica a encargo do legislador e do juiz, que devem cuidar para não criar desigualdades e para neutralizar as que possam vir a existir. As desigualdades, resultantes de fatores externos ao processo, devem ser compensadas com medidas adequadas para que se atinja a supracitada igualdade substancial.³⁸

Mister ressaltar que, apesar de as diferenças deverem ser neutralizadas, é indispensável que sejam seguidos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, a fim de se evitar abusos e garantir a efetiva aplicação do princípio da isonomia. Luiz Guilherme Marinoni, respaldando esta ideia, assim leciona

³⁶ FREITAS, Alexandre Câmara. *Lições de Direito Processual Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 41-43.

³⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. et. al. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 60.

³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 1. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 208-209.

O que conta é que as diferenças eventuais de tratamento sejam justificáveis racionalmente, à luz de critérios de reciprocidade, e de modo a evitar, seja como for, que haja um desequilíbrio global em prejuízo a uma das partes.³⁹

Por fim, vale lembrar que no processo penal o *favor rei* é o responsável por atenuar as desigualdades entre Estado e acusado, garantindo a este prevalente proteção no contraste com a pretensão punitiva estatal.⁴⁰

No entendimento de Fernando da Costa Tourinho Filho, esta proteção que se dá ao acusado é decorrente do fato de o Estado ter quebrado a paridade de armas na fase pré-processual. Isto porque, por ser o detentor do direito de punir, durante a fase do inquérito o indiciado

[...] só faz jus aos direitos constitucionais de respeito à sua integridade, de não se submeter a tratamento desumano ou degradante, de não ser levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança, de, à exceção do flagrante, não ser preso senão por ordem escrita e fundamentada da Autoridade Judiciária competente. [...] A estrutura inquisitória do inquérito não lhe confere quaisquer outros direitos.⁴¹

Em razão do exposto é que são conferidas certas vantagens ao acusado, garantindo um maior equilíbrio com a parte que acusa.

Pode-se concluir, portanto, que a afirmação constitucional de que “todos são iguais perante a lei” é uma ficção jurídica, posto que, tendo em vista que os indivíduos são diferentes e que as diferenças precisam ser respeitadas, não há que se falar em igualdade entre as pessoas. Para que se possa atender ao princípio normativo deve-se interpretá-lo

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 256

⁴⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. et. al. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 60.

⁴¹ TOURINHO FILHO, Fernando Costa. *Processo Penal*. v. 1. 31. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.20.

adequadamente, cabendo ao Estado assegurar tratamento que equilibre as desigualdades, garantindo a igualdade substancial, que é uma exigência do devido processo legal.⁴²

1.3 Princípio do Contraditório

Como visto, em razão do princípio da isonomia as partes que compõem a lide são tidas como iguais e, por isso, têm iguais poderes e direitos. A mais relevante consequência deste tratamento igualitário se revela por meio do princípio contraditório, já que este determina que a pessoa perante a qual será proferida a decisão deve ser ouvida, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo.⁴³

A Constituição Federal assegura aos litigantes e aos acusados o contraditório e a ampla defesa, em seu artigo 5º, LV, que trás a seguinte redação: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.⁴⁴

Tal dispositivo busca garantir que os sujeitos do processo sejam cientificados de todos os atos e termos que venham a ocorrer durante o período em que perdurar o conflito, a fim de que possam se manifestar sobre tais acontecimentos.⁴⁵ Vicente Greco Filho define o contraditório como sendo um meio que permite a ampla defesa,

⁴² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. 1. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 43.

⁴³ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 27-28.

⁴⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 12 maio 2011.

⁴⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. 1. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 50.

consistindo na possibilidade de contrariar a acusação, de requerer a produção das provas entendidas como pertinentes, bem como acompanhar a sua produção.⁴⁶

Em suma, segundo Alexandre de Moraes, o contraditório leva à condução dialética do processo, o que implica dizer que a todo ato que venha a ser produzindo pela acusação, poderá ser apresentada defesa, que forneça, por exemplo, uma interpretação jurídica diferente da que foi feita pela parte autora.⁴⁷

Em razão do exposto, no processo penal, se tiver havido algum feito em que a defesa tenha sido desidiosa, incorreta ou insuficiente tecnicamente, deve haver a anulação deste feito e a nomeação de outro defensor.⁴⁸

O princípio do contraditório, especialmente no que diz respeito às provas, constitui verdadeiro requisito de validade do processo, já que a sua não-observância pode gerar inclusive a nulidade absoluta, quando em prejuízo do acusado.⁴⁹

Neste sentido tem-se o entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal, *verbis*: “Súmula nº 523 – No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.⁵⁰

Acerca do direito de manifestação, vale ressaltar que este constitui uma faculdade prevista na legislação processual e, portanto, não precisa, necessariamente, efetivar-

⁴⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 1. v. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.58

⁴⁷ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 100.

⁴⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 124-125.

⁴⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 124-125.

⁵⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_501_600> Acesso em: 12 maio 2011.

se em todos os casos, sendo possível que o réu deixe de exercê-las voluntariamente quando entender serem desnecessárias.⁵¹

Ademais, este direito pode ser relativizado de acordo com o maior ou menor grau de disponibilidade do direito material que se esteja discutindo. Em um procedimento penal, por exemplo, por se discutir a liberdade de um indivíduo, não é possível que este disponha do direito de defesa, devendo lhe ser nomeado um defensor caso ele não queira se manifestar no processo.⁵²

Neste sentido, Cândido Rangel Dinamarco observa que “[...] à medida que se caminha na direção da absoluta indisponibilidade de direitos no plano jurídico-material, tanto mais efetivo há de ser o contraditório, não se tolerando que as omissões da parte possam conduzir o processo por caminhos que acarretem a perda do direito”.⁵³

O contraditório, tido por alguns como pressuposto do regime democrático, eis que equilibrado e dialógico⁵⁴, garante a instituição legal de formas que permitam a participação dos litigantes no processo, bem como a participação efetiva do próprio magistrado na preparação do julgamento. Ou seja, este princípio assegura direito às partes e fixa deveres ao juiz.⁵⁵

No que diz respeito à participação ativa do magistrado na instrução, José Roberto Bedaque, leciona que para que possa haver um contraditório efetivo e equilibrado, imperioso que haja o combate com paridade de armas, pelo que se faz necessário o

⁵¹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 1. v. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 58.

⁵² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. 1. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 50-51.

⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 171.

⁵⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 7. ed. Bahia: Podivm, 2007. p. 46

⁵⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 1. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 208-209.

aproveitamento desta paridade por todos, independentemente das desigualdades econômicas ou sociais.⁵⁶

Por este motivo, sendo ou não o direito disponível, deve haver participação efetiva do juiz na instrução para que seja possível a garantia de um contraditório equilibrado de fato.⁵⁷

O magistrado deve, assim, colocar-se entre as partes, de forma equidistante, dando a elas “[...] a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes [...] o juiz pode corporificar a *síntese*, em um processo dialético”.⁵⁸

Esta possibilidade de influenciar na decisão do magistrado é o que Fredie Didier Junior chamou de elemento substancial da garantia ao contraditório, que consiste, portanto, na necessidade de se permitir à parte, além do direito de ser ouvida, o poder de influência.⁵⁹

Como já afirmado, o princípio do contraditório, assim como o da igualdade, está entre os mais importantes corolários do devido processo legal. Isto porque para que se possa ter um processo justo é imperiosa a garantia ao contraditório.⁶⁰

⁵⁶ BEDAQUE, José Roberto. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 78.

⁵⁷ BEDAQUE, José Roberto. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 78.

⁵⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. et al. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 61.

⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1. v. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 208-209.

⁶⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 1. v. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 49.

O direito de resposta é permitido a partir da citação mas, vale salientar, não se exaure na contestação e se estende a outros atos processuais relativos à defesa.⁶¹

Em suma, o contraditório não se limita a garantir às partes a participação no processo, mas envolve também o princípio da *par conditio* ou da paridade de armas, buscando uma efetiva igualdade processual, através do direito de resposta com a mesma intensidade e extensão.⁶²

No processo penal, pode-se dizer que, somente assim, será possível a obtenção de um equilíbrio na relação estabelecida entre o direito à liberdade e à manutenção do estado de inocência do acusado e a pretensão punitiva do Estado. E isto porque, por ser cláusula de garantia instituída a fim de proteger o cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra sustentação no interesse que tem o poder público de realizar um processo justo e equitativo, para a imposição de sanções penais.⁶³

1.4 Princípio da ampla defesa

Segundo o princípio da ampla defesa, o réu tem o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender do que estiver sendo imputado pela acusação⁶⁴, conforme preceitua o artigo 5º, LV, da Constituição Federal (“aos litigantes, em processo

⁶¹ ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional: Princípios Constitucionais do Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: RT, 1997. p. 48

⁶² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 39.

⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 84.

⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 82.

judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes”).⁶⁵

A ampla defesa confere ao réu a possibilidade de contraditar a acusação, por meio da previsão legal de termos processuais que permitem a eficiência da defesa. Isto não implica, no entanto, oportunidade ou prazos ilimitados, ou seja, a eficácia da defesa depende da atividade do réu, e não das limitações legais.⁶⁶

Em que pese a afirmação de alguns no sentido de que a ampla defesa seria apenas o outro lado do contraditório, tratam-se, segundo Eugênio Pacelli de Oliveira, de princípios distintos, uma vez que o contraditório não pode ir além da garantia de participação, ou seja, a defesa tem garantida a possibilidade de impugnar toda e qualquer alegação que seja contrária ao seu interesse, “[...] sem, todavia, maiores indagações acerca da concreta efetividade com que se exerce aludida impugnação”.⁶⁷

De acordo com Guilherme de Souza Nucci, a ampla defesa garante ao réu direitos exclusivos, como a possibilidade de ajuizar revisão criminal. Permite também a verificação da eficiência da defesa pelo magistrado, que poderá desconstituir o advogado nomeado pelo réu, fazendo com que ele escolha outro ou nomeando um defensor dativo.⁶⁸

Eugênio Pacelli de Oliveira complementa esta ideia, afirmando que ao réu é dado, também, o direito ao aproveitamento de todas provas obtidas, ainda que ilicitamente. A ressalva é importante porque, em regra, as provas ilícitas são inadmissíveis e devem ser desentranhadas do processo. No entanto, o princípio da ampla defesa, como garantia

⁶⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 12 maio 2011.

⁶⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 1. v. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 56.

⁶⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 40.

⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 82.

individual instituída no interesse do acusado, se desdobra a fim de abarcar toda e qualquer modalidade de prova situada no ordenamento jurídico, inclusive as que são vedadas à acusação.⁶⁹

O princípio da ampla defesa vai além da garantia de participação conferida pelo contraditório, impondo que tal participação seja efetiva, sob pena de restar configurada uma nulidade.⁷⁰

Vicente Greco Filho leciona que a ampla defesa se traduz em algumas soluções técnicas, dentre as quais podem ser citadas a adoção do sistema acusatório, a apresentação formal da acusação, a citação regular e o exercício da defesa técnica.⁷¹

O sistema acusatório consiste na separação entre o órgão acusador e o órgão julgador, ou seja, a ação penal é promovida pelo Ministério Público, no caso de a ação ser pública, ou pelo ofendido, quando tratar-se de ação penal privada, de forma que o juiz pode manter-se equidistante da acusação e da defesa, garantindo-se uma decisão imparcial.⁷²

A apresentação formal da acusação, consiste no fato de que esta deva ser formulada de modo a permitir que o réu se contraponha a seus termos⁷³. Neste sentido é a redação do artigo 41, do Código de Processo Penal, *verbis*

Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.⁷⁴

⁶⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 40.

⁷⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 40.

⁷¹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*.1. v. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 56.

⁷² GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*.1. v. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 56-57.

⁷³ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*.1. v. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.57.

⁷⁴ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del3689.htm>> Acesso em: 12 maio 2011.

Entende Ada Pellegrini Grinover que, no processo penal, tanto a defesa técnica quanto a autodefesa, com a possibilidade que é a dada ao acusado de ser submetido a um interrogatório, são tidas como indispensáveis.⁷⁵

A autodefesa é a possibilidade que o réu tem de desenvolvimento de qualquer ato ou forma de atuação em prol dos interesses de sua defesa⁷⁶ e consiste em um direito que o acusado tem de ser ouvido, conforme preceitua o artigo 8º, do Pacto de São José da Costa Rica, *verbis*

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.⁷⁷

Vale ressaltar que ao contrário da defesa técnica, que é indispensável, a autodefesa configura um direito disponível, haja vista que o réu pode optar pelo silêncio.⁷⁸

A defesa técnica, tida como um corolário do princípio geral da ampla defesa, exige a participação de um defensor em todos os atos do processo⁷⁹, seja o réu presente ou revel, queira ele ou não queira⁸⁰, conforme preceitua o artigo 261, do Código de

⁷⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. et. al. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 62.

⁷⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 40.

⁷⁷ PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. Pacto de São José da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 12 maio 2011.

⁷⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. et. al. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 62.

⁷⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 41.

⁸⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 1. v. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.58.

Processo Penal: “Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.⁸¹

Nesta esteira, tem-se a Súmula n. 705, do Supremo Tribunal Federal, que dispõe: “A renúncia do réu ao direito de apelação, manifestada sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta”.⁸²

Cabe ressaltar, ainda, que cada litigante deve ter ciência dos atos praticados pelo juiz e pelo adversário, para que possam efetivar o contraditório e a ampla defesa. Esta ciência dos atos processuais pode ser dada pela citação e pela intimação.⁸³

Impende salientar, a ausência de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto contra rejeição da denúncia, é causa de nulidade, ainda que tenha havido nomeação de defensor dativo, nos termos da Súmula n. 707, do Supremo Tribunal Federal.⁸⁴

Ademais, tendo em vista que a regra no processo penal é que a citação deva ser feita pessoalmente, a não observância desta premissa também gerará a nulidade do processo. Vale dizer, admite-se a título de exceção a citação por edital, que dar-se-á quando o réu não puder ser encontrado.⁸⁵

⁸¹ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del3689.htm>> Acesso em: 12 maio 2011.

⁸² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800> Acesso em: 12 maio 2011.

⁸³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. et. al. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.62.

⁸⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800> Acesso em: 12 maio 2011.

⁸⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 1. v. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.57.

2 POSSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL EM PROCESSO SUSPENSO EM RAZÃO DA CITAÇÃO EDITALÍCIA DO RÉU E SEU NÃO COMPARECIMENTO

Conforme preconiza o já mencionado artigo 366, do Código de Processo Penal, para que possa haver a suspensão do processo e do prazo prescricional, é preciso que o réu tenha sido citado por edital, e que ele não compareça e nem constitua advogado.

Em sendo assim faz-se necessária a análise acerca do instituto da citação ficta por edital e seus desdobramentos, bem como a respeito das medidas antecipatórias da prova testemunhal.

2.1 Citação

Citação é o ato pelo qual é dado conhecimento ao réu de que há uma acusação contra ele, imputando-lhe a prática de uma infração penal, chamando-o a vir em juízo e garantindo-lhe a oportunidade de defender-se pessoalmente por intermédio de defesa técnica.⁸⁶

Conforme dispõem os artigos 352, IV e 394, ambos do Código de Processo Penal, o réu é chamado a comparecer em juízo, com dia e hora previamente designados, sendo que o juiz pode determinar, inclusive, seja ele conduzido coercitivamente à sua presença a fim de que seja interrogado, nos termos do artigo 260 do supracitado diploma legal.⁸⁷

⁸⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 641.

⁸⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 168.

O autor da ação invoca a tutela jurisdicional, mas a relação processual, só se completará e estará em condições de preparar o provimento judicial quando houver o chamamento do réu a júízo⁸⁸, momento em que haverá, de imediato, a triangularização da relação processual entre o autor, o juiz e o réu.⁸⁹

É certo que se trata de uma garantia individual, imprescindível, haja vista que é através da citação que se leva a conhecimento do réu a existência da ação intentada contra ele, garantindo-se a ampla defesa e o contraditório.⁹⁰

Segundo Guilherme de Souza Nucci, a citação é corolário do devido processo legal, que é desenvolvido funcionalmente pela ampla defesa e pelo contraditório, previstos no artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal. Isto porque a citação é o instrumento mais evidente do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista que se não houvesse a ciência da ação penal, qualquer manifestação do réu seria inviabilizada.⁹¹

Com isto tem-se que a eventual afronta a tais princípios, em razão de qualquer vício que haja em relação à citação, gerará nulidade absoluta⁹², conforme preceitua o artigo 564, III, e, do Código de Processo Penal

⁸⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. et. al. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.61.

⁸⁹ FULLER, Paulo Henrique Aranda. et. al. *Processo Penal*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 166.

⁹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 170-171.

⁹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 641.

⁹² FULLER, Paulo Henrique Aranda. et. al. *Processo Penal*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 166.

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa.⁹³

Em que pese a falta de citação dar ensejo à nulidade absoluta, esta poderá ser sanada na eventualidade de o réu comparecer em juízo antes de ter havido a instrução criminal.⁹⁴

A citação tem por modalidades a citação real ou pessoal, e a ficta ou presumida.⁹⁵

A citação real é aquela feita na pessoa do réu, e ocorrerá sempre que este se encontrar em local certo e sabido na comarca do juízo processante⁹⁶, sendo que, após determinação do juiz para que se proceda à citação, o mandado será cumprido por oficial de justiça.⁹⁷

Vale lembrar que tal modalidade de citação comporta algumas possibilidades peculiares, como é o caso do réu militar, que é citado na pessoa de seu superior); ou do funcionário público, que, apesar de ser citado pessoalmente, tem seu superior hierárquico comunicado⁹⁸, conforme exigência dos artigos 358 e 359, do Código de Processo Penal, respectivamente.

⁹³ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del3689.htm>> Acesso em: 12 maio 2011.

⁹⁴ FULLER, Paulo Henrique Aranda. et. al. *Processo Penal*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 166.

⁹⁵ FULLER, Paulo Henrique Aranda. et. al. *Processo Penal*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 166.

⁹⁶ FULLER, Paulo Henrique Aranda. et. al. *Processo Penal*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 166.

⁹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 168.

⁹⁸ FULLER, Paulo Henrique Aranda. et. al. *Processo Penal*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 166.

Na hipótese de o réu residir em comarca diversa da do juízo processante, a citação será por carta precatória (artigo 353, do Código de Processo Penal). Se for hipótese de réu residente em outro país, haverá citação por carta rogatória, permanecendo suspenso o prazo prescricional enquanto não houver seu cumprimento (artigo 368, do Código de Processo Penal).⁹⁹

De toda sorte, se o réu for validamente citado mas não comparecer a juízo, ele será considerado revel e o processo seguirá sem a sua presença. O mesmo ocorrerá se ele mudar de residência sem que comunique o local em que possa ser encontrado à autoridade processante.¹⁰⁰

A segunda forma de citação, chamada de ficta ou presumida, recebe este nome por não ser realizada pessoalmente, havendo apenas uma presunção de que o réu dela tenha tomado conhecimento.¹⁰¹ Poderá se dar por hora certa ou por edital.

A primeira situação busca garantir o andamento normal do processo nas hipóteses em que a citação pessoal não se aperfeiçoa por culpa do réu, que procura se esconder ou fugir da citação,¹⁰² nos termos do artigo 362, do Código de Processo Penal

Art. 362. Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação por hora certa [...] Parágrafo único. Completada a citação com hora certa, se o acusado não comparecer, ser-lhe-á nomeado defensor dativo.¹⁰³

⁹⁹ FULLER, Paulo Henrique Aranda. et. al. *Processo Penal*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 166.

¹⁰⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 172.

¹⁰¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 641.

¹⁰² FULLER, Paulo Henrique Aranda. et. al. *Processo Penal*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 167.

¹⁰³ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del3689.htm>> Acesso em: 12 maio 2011.

Conforme previsto no Código de Processo Civil, tendo o oficial de justiça procurado o réu por três vezes em seu domicílio ou residência, sem que o tenha encontrado, e percebendo que possa haver suspeita de ocultação, ele pode intimar qualquer pessoa da família ou da vizinhança, informando que retornará no dia seguinte para proceder à citação, na hora que designar.¹⁰⁴

Assim, no dia e hora que tiverem sido designados, o oficial de justiça comparecerá ao domicílio ou residência do réu sendo que, se este não estiver presente, após informar-se acerca do motivo da ausência, dará a citação por feita, deixando contrafé com a pessoa da família ou da vizinhança, dependendo do caso, declarando-lhe o nome.¹⁰⁵

Depois que tiver sido feita a citação por hora certa, será eviada carta, telegrama ou radiograma ao réu, dando-lhe ciência de todo o ocorrido.¹⁰⁶

Roberto Delmanto Junior leciona que tal modalidade de citação acaba trazendo a possibilidade de que haja processo sem o conhecimento da acusação, com a nomeação de defensor dativo, valendo-se de critérios subjetivos do oficial de justiça de que o réu tem ciência da acusação.¹⁰⁷

Já a citação por edital é aquela que ocorre nos casos em que o réu não for encontrado¹⁰⁸ por qualquer razão, hipótese em que haverá publicação na imprensa oficial, em jornal de grande circulação ou afixação do edital no átrio do fórum, pelo prazo de 15 (quinze)

¹⁰⁴ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>> Acesso em: 12 maio 2011.

¹⁰⁵ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>> Acesso em: 12 maio 2011.

¹⁰⁶ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>> Acesso em: 12 maio 2011.

¹⁰⁷ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Inatividade no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 155.

¹⁰⁸ FULLER, Paulo Henrique Aranda. et. al. *Processo Penal*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 168.

dias, admitindo-se a possibilidade de que o réu, ou pessoa a ele ligada, leia e tome ciência da acusação.¹⁰⁹

2.1.1 *Citação por edital*

Como já afirmado, a citação ficta é também chamada de citação presumida, haja vista não ser feita na pessoa no réu, mas sim por intermédio da imprensa e pela afixação do edital à porta do edifício em que funciona o juízo.¹¹⁰

Para que seja tomada a providência de citar o réu por edital, é indispensável que se procure o acusado em todos os endereços que houver nos autos, inclusive os constantes do inquérito. Deve haver a expedição de ofícios de localização e devem ainda ser ouvidas as eventuais referências feitas por vizinhos ou parentes de onde o réu possa ser encontrado. Só após o esgotamento de todas as vias de procura é que caberá a citação editalícia.¹¹¹

O edital deve conter o nome do juiz que o determinar, o nome do réu ou seus sinais característicos, sua residência, profissão, acaso constem do processo, a finalidade para a qual é feita a citação, o juízo, o dia, a hora e o local a que o réu deva comparecer, bem como o prazo, a ser contado do dia da publicação do edital na imprensa ou de sua fixação. Deve haver a afixação do edital no átrio do fórum e publicação pela imprensa oficial, nas localidades em que houver, sendo desnecessária a publicação na imprensa comum, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.¹¹²

¹⁰⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 655.

¹¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 186.

¹¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 646.

¹¹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 647-648.

Vale ressaltar que se não circular na comarca diário oficial e se não houver verba para a publicação em jornal local, esta formalidade fica dispensada.¹¹³

Conforme dispõe a Súmula 366, do Supremo Tribunal Federal, a citação feita por edital não será nula se houver a indicação apenas do dispositivo da lei penal, sem que haja a transcrição da denúncia ou da queixa, ou não resuma os fatos em que se baseia.¹¹⁴

Tendo em vista que não se pode ter a certeza de que o réu tomou conhecimento da citação, motivo pelo qual se diz ser presumida. Pode-se apenas inferir que ele tenha tomado conhecimento daquele ato processual por intermédio do qual buscou-se dar ciência da acusação contra ele intentada e chamá-lo a comparecer em juízo para ser interrogado e para se ver processar até o final do julgamento.¹¹⁵

Em razão da dúvida sobre o efetivo conhecimento do réu acerca de sua citação, caso ele não atenda ao chamado e nem constitua defensor, o processo e o curso da prescrição devem ficar suspensos e juiz deve limitar-se a nomear um patrono e determinar, nos casos de urgência, a produção antecipada das provas e a decretação da prisão preventiva.¹¹⁶

2.1.2 *Um paralelo entre a hipótese de citação ficta antes de 1997 e a citação ficta atual*

O atual Código de Processo Penal começou a vigorar em janeiro de 1942 prevendo como modalidades de citação a feita por mandado, por precatória, por edital e por carta rogatória. No contexto da citação por edital, o processo seguia à revelia do acusado que

¹¹³ FULLER, Paulo Henrique Aranda. et. al. *Processo Penal*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 169.

¹¹⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400> Acesso em: 12 maio 2011.

¹¹⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 186.

¹¹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 186.

deixasse de comparecer para a prática de qualquer ato de que tenha sido citado inicialmente ou intimado. Neste caso, era imprescindível a nomeação de defensor dativo.¹¹⁷

Ou seja, pela redação anterior, se o réu citado por edital não comparecesse ao interrogatório, autorizava-se o prosseguimento do processo à sua *revelia*, bastando apenas que fosse nomeado um defensor dativo para o acompanhamento da ação.¹¹⁸

Eugênio Oliveira Pacelli adverte que em processo penal a revelia tem como única consequência a não intimação da sentença, e se dá nos termos do artigo 367 do Código de Processo Penal, que dispõe que para o reconhecimento da revelia, basta que não haja, após citação válida, o comparecimento a qualquer ato relevante do processo, tais como os atos instrutórios, em que se possibilita ao réu o exercício do contraditório e da ampla defesa.¹¹⁹

Discutia-se a constitucionalidade do dispositivo no tocante à citação editalícia, tendo em vista que criava uma ficção jurídica que apenas atendia aos interesses estatais, e lesava o princípio do devido processo legal.¹²⁰

A fim de evitar violação aos direitos dos acusados, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembleia-Geral da ONU, assegurou ao réu o direito de ser informado acerca de acusação contra ele intentada. Da mesma forma, a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, incorporada ao nosso ordenamento pelo Decreto n. 678, de 1992, assegura a necessidade de comunicação do acusado.¹²¹

¹¹⁷ NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. *Da citação por edital do acusado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 97.

¹¹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 541.

¹¹⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 541.

¹²⁰ NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. *Da citação por edital do acusado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 98.

¹²¹ NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. *Da citação por edital do acusado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 98.

Atentando para os graves efeitos decorrentes da citação ficta, e seguindo a tendência mundial, a Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996, reformou setorialmente o Código de Processo Penal, dando novo tratamento ao acusado citado por edital e por carta rogatória, hipótese em que suspende-se a prescrição até o seu cumprimento.¹²²

Como dito, a supramencionada lei reformulou a regulamentação da citação por edital ao prever a suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, quando o acusado citado por edital, não comparecer ao interrogatório e nem constituir advogado para defender de seus interesses.¹²³

A nova redação trazida pelo artigo 366, do Código de Processo Penal, foi construída sob o pressuposto da ineficácia prática de toda citação ficta. A nova regra é mais benéfica, tendo em vista que exige a participação efetiva do acusado no processo, de modo a redimensionar o princípio da ampla defesa.¹²⁴

A defesa dativa exercida nos casos de citação por edital nos processos anteriores à Lei 9.271/96, em regra não passava do simples comparecimento aos atos instrutórios, sem que houvesse uma contribuição efetiva à causa defensiva, haja vista a ausência de informações relevantes sobre os fatos imputados aos acusados, que normalmente eram de conhecimento exclusivo destes.¹²⁵

Impende destacar, ainda, que apesar de a lei não fixar limite máximo para a suspensão da prescrição, não se pode entender que esta não tenha um limite máximo, sob pena

¹²² NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. *Da citação por edital do acusado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 99-100.

¹²³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 542.

¹²⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 542.

¹²⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 542.

de se ampliar o rol dos crimes imprescritíveis, previstos no artigo 5º, XLII e XLIV, da Constituição Federal.¹²⁶

A este respeito a doutrina era divergente, sendo que o entendimento majoritário era de que o prazo da suspensão equivaleria ao máximo lapso temporal do crime, verificado com base em sua pena em abstrato. A outra tese defendida na doutrina, sendo, no entanto, minoritária, era de que o prazo da suspensão equivaleria ao máximo lapso prescricional previsto em lei, ou seja, 20 (vinte) anos.¹²⁷

Aqui, cabe salientar que o Supremo Tribunal Federal, julgando o RE 460971/07, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, "[...] entendeu que a indeterminação do prazo de suspensão da prescrição, em razão da citação por edital, não constitui causa de imprescritibilidade e, por tal razão, não deve obedecer qualquer prazo".¹²⁸

Seguindo o mesmo raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 415, que traz o seguinte teor: "O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada".¹²⁹

Guilherme de Souza Nucci ensina que a fim de se evitar que o processo fique paralisado indefinidamente, tem sido editadas normas administrativas, que obrigam a busca do paradeiro do réu dentro de determinados períodos, pelo que se faz necessária a

¹²⁶ FULLER, Paulo Henrique Aranda. et. al. *Processo Penal*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 169.

¹²⁷ FULLER, Paulo Henrique Aranda. et. al. *Processo Penal*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 170.

¹²⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Turma., RE n. 460.971/RS. Relator Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, DJU 30 mar. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416344>> Acesso em: 21 abr. 2007.

¹²⁹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=95162> Acesso em 12 maio 2011.

atualização da folha de antecedentes e a manutenção do processo em lugar próprio, no ofício judicial, mas não arquivado.¹³⁰

Em suma, pode-se afirmar que a revelia continua a existir, mas apenas para o acusado que tenha ciência da acusação e não pratica os atos processuais relevantes. No caso de não comparecimento do acusado, este será tido como ausente¹³¹, deverá o juiz determinar a suspensão do processo, impondo a lei, como consequência, a suspensão também do prazo prescricional.¹³²

2.1.3 *Efeitos da citação editalícia*

Como visto, quando o réu for citado por edital e não comparecer e nem constituir advogado, não será processado enquanto durar sua ausência, em razão da suspensão do processo e do prazo prescricional, sendo possível a produção antecipada das provas consideradas urgente e a decretação da prisão preventiva.¹³³

A suspensão do prazo de prescrição, por ser decorrente de expressa previsão legal, não precisa ser declarada pelo juiz, sendo consequência da suspensão do processo e se justifica somente em razão dela.¹³⁴

Tendo em vista que a prescrição penal tem por base o controle das atividades persecutórias penais, como na hipótese de que se trata o Estado está impedido de

¹³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 648-649.

¹³¹ NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. *Da citação por edital do acusado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 100-106.

¹³² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 543.

¹³³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 648.

¹³⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 543.

promover a ação penal, não poderia haver outra solução que não fosse a suspensão do prazo prescricional.¹³⁵

Ressalva-se, no entanto, a possibilidade de se praticar atos instrutórios de natureza urgente, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas, sendo imprescindível a presença do Ministério Público e de um defensor dativo. Eugenio Pacelli Oliveira ressalta que se a nomeação for para a prática de um ato certo e determinado, o mais adequado é que fale em designação de um defensor *ad hoc*.¹³⁶

Assim, havendo provas urgentes a serem produzidas, cujo atraso possa implicar sua perda, aplica-se a exceção prevista, permitindo a realização de tais provas. Certo é que não se deve banalizar tal possibilidade, transformando a exceção em regra. Portanto, somente as provas que sejam de fato perecíveis devem ser efetivadas na ausência do réu, mesmo que haja a nomeação de defensor dativo.¹³⁷

Desta forma, é certo que esta antecipação na colheita da prova não deve ser uma rotina nos casos em que tiver havido a suspensão do processo ante a ausência do réu citado por edital, mas sim uma providência que resulte da avaliação do risco concreto de impossibilidade na obtenção futura das informações que se fazem necessárias na persecução.¹³⁸

¹³⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 543.

¹³⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 543.

¹³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 648.

¹³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 650.

Uma outra possibilidade de ato a ser praticado pelo juiz enquanto o processo estiver suspenso é a decretação da prisão preventiva, quando estiverem presentes os requisitos do artigo 312, do Código de Processo Penal.¹³⁹

Assim, se o magistrado notar que a citação se deu por edital exatamente porque o réu se evadiu do distrito da culpa, é natural que seja possível a decretação da prisão cautelar.¹⁴⁰

A prisão preventiva tem natureza eminentemente cautelar, ou seja, de medida de urgência, razão pela qual não haveria motivo para que se proibisse a decretação da prisão preventiva.¹⁴¹

2.2 Antecipação de prova testemunhal

A redação do artigo 366, do Código de Processo Penal determina que o magistrado pode determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes, no caso de o processo ter sido suspenso em razão do não comparecimento do réu citado por edital.¹⁴²

É certo que dentre as provas urgentes a serem produzidas antecipadamente tem-se que a mais importante é, inegavelmente, a prova testemunhal. Isto se dá, não em razão de sua preponderância probatória, mas sim por ser a mais comum e amplamente utilizada e produzida.¹⁴³

¹³⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 543.

¹⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 650.

¹⁴¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 543.

¹⁴² PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (artigo 366, do CPP). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: maio/jun. 2008, n.72, p.186.

¹⁴³ PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (artigo 366, do CPP). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: maio/jun. 2008, n.72, p.186.

No processo penal, o depoimento de uma testemunha tem natureza jurídica de prova, da mesma forma que a confissão, os documentos e outros elementos.¹⁴⁴

Edgard Magalhães Noronha afirma que a prova testemunhal é máxime no Processo Penal, haja vista tratar-se de prova por excelência. Assegura, ainda, que o depoimento é umas das provas mais antigas e generalizadas, mas que, tendo em vista sua falibilidade, deve merecer cautela do juiz.¹⁴⁵

Em complemento a esta ideia, Guilherme de Souza Nucci leciona que testemunha é quem declara ter tomado conhecimento de um fato, podendo confirmar, ou não, a veracidade do ocorrido, devendo prestar compromisso de imparcialidade e de dizer a verdade.¹⁴⁶

A produção antecipada da prova testemunhal gera algumas controvérsias, conforme se verá adiante.

2.2.1 *Natureza jurídica da antecipação da prova testemunhal*

Na hipótese da suspensão do processo na forma do artigo 366, do Código de Processo Penal, a produção antecipada da prova oral tem caráter de medida cautelar incidental *ad perpetuam rei memoriam*, que tem por objetivo documentar uma prova que tenha grande

¹⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 459.

¹⁴⁵ NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 115.

¹⁴⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 458.

possibilidade de perecimento, garantindo, assim, a sua posterior utilização como prova e preservando sua futura produção do perigo que a ameaça.¹⁴⁷

O que se nota, portanto, é que não se trata de verdadeira produção emergencial e antecipada de prova, como ocorre nas hipóteses do artigo 225, do Código de Processo Penal, mas de mera assecuração cautelar de prova, com efeito puramente conservativo, sem que implique em plena e efetiva realização do direito probatório.¹⁴⁸

Da redação do citado artigo 225, verifica-se haver a possibilidade da antecipação da prova testemunhal sempre que a testemunha tenha que se ausentar, ou sempre que houver risco de que a prova haja perecido ao tempo da instrução criminal, *verbis*

Art. 225. 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.¹⁴⁹

No caso do artigo supracitado, a relação processual penal está completa, haja vista a presença do réu, que foi devidamente citado. Assim, havendo necessidade de antecipação da oitiva de testemunha, haverá o acompanhamento pela parte e seu defensor que, portanto, participarão ativamente na produção da prova. Trata-se de verdadeira produção antecipada, já que todas as partes processuais participam ativamente de sua produção, estando em plena conformidade com os princípios consitucionais do contraditório e da ampla defesa.¹⁵⁰

¹⁴⁷ PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (artigo 366, do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008, n.72, p.186.

¹⁴⁸ PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (artigo 366, do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008, n.72, p.186.

¹⁴⁹ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del3689.htm>> Acesso em: 12 maio 2011.

¹⁵⁰ PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (artigo 366, do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008, n.72, p.186.

Na hipótese do artigo 366, do Código de Processo Penal, por outro lado, a oitiva antecipada das testemunhas ocorrer na ausência do acusado e de seu defensor constituído, pelo que não estes não podem influir no ato processual. Desta forma, tendo em vista que não são observados os princípios constitucionais acima mencionados, o ato processual não pode ser caracterizado como verdadeira produção de prova, mas sim como mero ato processual assecuratório da prova.¹⁵¹

Ademais, se a oitiva precoce da testemunha tivesse caráter de produção antecipada de prova, não faria sentido a edição da lei 9.271/1996, que veio maximizar e otimizar força expansiva e máxima eficácia dos direitos fundamentais dos acusados, garantindo efetividade aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.¹⁵²

2.2.2 *Requisitos para a produção antecipada da prova testemunhal*

A possibilidade de produção antecipada de provas não deve ser banalizada, sendo certo que somente as provas realmente perecíveis precisam ser efetivadas na ausência do réu, ainda que lhe seja nomeado defensor dativo. Não resta dúvida de que dentre as provas que demandam maior controvérsia, está a prova testemunhal.¹⁵³

Quanto à urgência da prova testemunhal, habitam na comunidade jurídica brasileira três entendimentos. O primeiro deles é de que a prova só é tida como urgente nos casos em que a testemunha estiver doente, com idade avançada ou na iminência de se ausentar da Comarca. O segundo entendimento é no sentido de que a prova testemunhal é sempre

¹⁵¹ PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (artigo 366, do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008, n.72, p.186.

¹⁵² PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (artigo 366, do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008, n.72, p.186.

¹⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 649.

urgente. Por fim, a terceira posição defende que deve haver ponderação das circunstâncias no caso concreto.¹⁵⁴

De acordo com Antonio Magalhães Gomes Filho, essa antecipação na colheita da prova não deve ser uma rotina nos processos suspensos diante da ausência do réu citado por edital, devendo ser providência resultante da avaliação do risco concreto de impossibilidade futura da obtenção das informações necessárias ao êxito da persecução.¹⁵⁵

Para que o magistrado possa autorizar a oitiva antecipada da testemunha, o órgão ministerial deve demonstrar de maneira certa e clara a natureza urgente da medida, não sendo bastante, para tanto, a mera alegação de que a prova testemunhal seja sempre urgente.¹⁵⁶

Alegações de que o decurso do tempo poderia acarretar na mitigação, ou a perda completa da memória dos fatos pela testemunha, o que levaria à redução do aspecto qualitativo e ao comprometimento da fidelidade necessária ao esclarecimento da verdade, já foram afastadas pelas Cortes Superiores.¹⁵⁷

O Ministro Cezar Peluso, no julgamento do RHC 83.709/SP, afirma que cumpre ao juiz apurar e discernir as provas reputadas urgentes. Assevera que a prova testemunhal é a mais precária das provas, mas não o é simplesmente pela distância temporal entre o fato e o testemunho em juízo. Segundo ele, as notórias e insuperáveis deficiências da

¹⁵⁴ WELTER, Belmiro Pedro; SANTOS, Nilton Kasctin dos. A Urgência da prova testemunhal no artigo 366 do Código de processo Penal (Lei 9.271/96). Revista dos Tribunais, São Paulo: maio 1998, v.751, p. 467.

¹⁵⁵ LOPES FILHO, Antonio Magalhães. *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 649.

¹⁵⁶ PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (artigo 366, do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008, n.72, p.186.

¹⁵⁷ PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (artigo 366, do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008, n.72, p.186.

capacidade humana de perceber, reter e relatar o passado com fidedignidade são as maiores responsáveis por esta precariedade.¹⁵⁸

Aduz, ainda, que se fosse urgente por natureza, a lógica determinaria que antecedesse sempre à própria instauração do processo, extinguindo-se o cunho de excepcionalidade que tem na produção antecedida e na produção *ad perpetum rei memoriam*.¹⁵⁹

Por fim, conclui dizendo que, entre o risco natural da perda da qualidade de prova por obra do tempo e a grave lesão à garantia da produção das provas sob o regime do contraditório, prevaleceu a cláusula constitucional que, em conformidade com o devido processo legal, tutela o acusado.¹⁶⁰

Na mesma esteira é o entendimento da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça que, ao julgar o HC 191.942 / ES, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, afirmou que a produção antecipada de provas deve se limitar às hipóteses consideradas urgentes pelo Juízo processante, após avaliação prudente do caso concreto. Conforme consta do voto, a simples menção de que a testemunha pode falecer, mudar-se ou esquecer-se dos fatos presenciados, não serve como justificativa. Isto porque, em que pese ser possível a ocorrência de qualquer destas circunstâncias, no momento em que se analisa o pedido de produção antecipada de

¹⁵⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Turma, RHC n. 83.709/SP. Relator Cezar Peluso. Brasília, DF, DJU 1º jul. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102927>> Acesso em: 21 abr. 2011.

¹⁵⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Turma, RHC n. 83.709/SP. Relator Cezar Peluso. Brasília, DF, DJU 1º jul. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102927>> Acesso em: 21 abr. 2011.

¹⁶⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Turma, RHC n. 83.709/SP. Relator Cezar Peluso. Brasília, DF, DJU 1º jul. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102927>> Acesso em: 21 abr. 2011.

provas, é certo não passar de mera conjectura, tendo em vista que está desvinculada de elementos objetivamente deduzidos.¹⁶¹

Ademais, assegura que, acaso fosse considerada verdade absoluta a afirmação de que a passagem do tempo propiciaria um esquecimento inevitável dos fatos, seria imperiosa a obrigatoriedade da produção antecipada da prova testemunhal em todas as hipóteses de suspensão do processo, o que retiraria do Juiz a possibilidade de avaliar o caso concreto.¹⁶²

Corroborando tal entendimento, tem-se o seguinte julgado, também da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO (ART. 366 DO CPP). REVELIA. PRODUÇÃO DE PROVA PESSOAL.

I – Se, fundamentadamente, sem qualquer arbitrariedade, o juiz entender que não é hipótese de produção antecipada da prova pessoal, incabível asseverar ofensa a direito líquido e certo.

II – O art. 366 deve ser interpretado considerando-se o disposto no art. 225 do CPP. A hipótese do art. 92 do CPP, totalmente diversa da suspensão, por não trazer, em regra, probabilidade de prejuízo para o réu, de regra presente, não pode ser tomada como referencial.

Recurso desprovido.¹⁶³

No mesmo sentido é o entendimento da Sexta Turma, do Colendo Superior Tribunal de Justiça

¹⁶¹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5. Turma, HC 191.942/ES. Relatora: Laurita Vaz, Brasília, DF, DJe 04 abr. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201002215501&dt_publicacao=04/04/2011> Acesso em: 09 maio 2011.

¹⁶² BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5. Turma, HC 191.942/ES. Relatora: Laurita Vaz, Brasília, DF, DJe 04 abr. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201002215501&dt_publicacao=04/04/2011> Acesso em: 09 maio 2011.

¹⁶³ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5. Turma, REsp 551.329/SP. Relator: Felix Fischer, Brasília, DF, DJe 08 mar. 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=453479&sReg=200300583247&sData=20040308&formato=PDF> Acesso em: 09 maio 2011.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. REVELIA. ARTIGO 366 DO CPP. SUSPENSÃO DO PROCESSO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. OITIVA DE TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DE RAZÕES QUE JUSTIFIQUEM A URGÊNCIA DA MEDIDA. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. Se se tiver em conta que a memória das pessoas arroladas como testemunhas sempre estará sujeita, com o passar do tempo, ao fenecimento quanto a detalhes e pormenores dos fatos de que tiveram conhecimento, teremos a obrigatoriedade de ouvir antecipadamente, em quaisquer hipóteses, os depoimentos testemunhais, sempre que se determinar a suspensão do processo; a conclusão, está claro, retira a faculdade que a lei expressamente confere ao magistrado, de somente determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes, como aquelas elencadas no artigo 225 do Código de Processo Penal (precedentes do STF e STJ);
2. No caso em exame, o juiz de primeira instância não trouxe aos autos, como razão de decidir, quaisquer outros fatos que comprovassem a urgência demandada pela lei;
3. Recurso a que se dá provimento.¹⁶⁴

Na mesma esteira, tem-se o seguinte julgado, em que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento, *verbis*

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO. ART. 366 DO CPP. PEDIDO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA TESTEMUNHAL. INDEFERIMENTO. POSSIBILIDADE. 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 serve como justificativa do pedido a alusão abstrata e especulativa no sentido de que as testemunhas podem se esquecer dos fatos ou que poderão mudar de endereço ou até vir a falecer durante o tempo em que perdurar a suspensão do processo. Muito embora sejam assertivas passíveis de concretização, não passam, no instante presente, de mera conjectura, já que desvinculadas 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.

¹⁶⁴ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 6. Turma, REsp 17.094/SP. Relator: Hélio Quialha Barbosa, Brasília, DF, DJ 09 maio 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=542889&sReg=200401835383&sData=20050509&formato=PDF> Acesso em: 09 maio 2011.

4. Embargos de Divergência acolhidos para, reformando o acórdão embargado, dar provimento ao agravo regimental interposto e, assim, desprover o recurso especial.¹⁶⁵

Desta forma, cabe à acusação, demonstrar de forma cabal a existência do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, consistente na efetiva possibilidade de que as testemunhas inspirem receio de que, quando da instrução criminal, seja extremamente difícil prestar as informações necessárias para o esclarecimento da verdade.¹⁶⁶

2.2.3 *Necessidade da fundamentação da decisão que concede a produção antecipada da prova testemunhal*

A Constituição Federal, em seu artigo 93, IX, assegura que todas as decisões devem ser fundamentadas, sob pena de serem declaradas nulas, *verbis*

IX - Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.¹⁶⁷

Portanto, após a apreciação do pedido de antecipação das provas feito pela acusação, o magistrado deverá analisar os fatos, sua comprovação e fundamentação, para que possa, então, decidir, de forma fundamentada, pela assecuração, ou não, da prova testemunhal.¹⁶⁸

Ademais, não bastasse a necessidade de fundamentação das decisões, é certo que a antecipação da prova oral é medida excepcional e restritiva de direitos, como o

¹⁶⁵ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 3. Seção, EREsp 469.775/SP. Relatora: Laurita Vaz, Brasília, DF, DJ 02 mar. 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=512781&sReg=200401319241&sData=20050302&formato=PDF> Acesso em: 09 maio 2011.

¹⁶⁶ PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (artigo 366, do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008, n.72, p.186.

¹⁶⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 12 maio 2011.

¹⁶⁸ PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (artigo 366, do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008, n.72, p.186.

direito ao contraditório e à ampla defesa, o que configura um motivo a mais pelo qual a decisão deve ser claramente fundamentada e suficiente para demonstrar a necessidade da medida.¹⁶⁹

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça foi sedimentado na súmula n. 455, que determina 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”.¹⁷⁰

A este respeito, vale destacar o seguinte julgado da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Haroldo Rodrigues

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. SUSPENSÃO DO CURSO DO PROCESSO. ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DAS PROVAS. MEDIDA EXCEPCIONAL. NECESSIDADE DE CONCRETA FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVOS IDÔNEOS. AGRAVO DESPROVIDO.

1 - O Tribunal de origem não apresentou fundamentação idônea que justificasse a adoção da medida, sendo certo que, como regra, tem o réu o direito de acompanhar a produção das provas e exercer o contraditório, permitida a colheita antecipada, sem a sua presença, em situações excepcionais e de comprovada urgência, não sendo suficiente a alegação genérica de que o decurso do tempo comprometeria os depoimentos das testemunhas arroladas.

2 - Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

3 - Agravo regimental a que se nega provimento.¹⁷¹

No mesmo diapasão, é o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, *verbis*

¹⁶⁹ PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (artigo 366, do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008, n.72, p.186.

¹⁷⁰ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=682&tmp.texto=98791> Acesso em: 12 maio 2011.

¹⁷¹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL JUSTIÇA. 6. Turma, AgRg no HC 157253/SP. Relator Haroldo Rodrigues. Brasília, DF, DJU 16 ago. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=979645&sReg=200902445592&sData=20100816&formato=PDF> Acesso em: 21 abr. 2011.

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.¹⁷²

Não resta dúvida, portanto, de que o réu tem o direito a acompanhar a produção das provas, exercendo o contraditório, e que a antecipação probatória é permitida apenas em caráter excepcional e de comprovada urgência. No entanto, não é suficiente a alegação genérica de que o decurso do tempo seja bastante para comprometer o depoimento das testemunhas.¹⁷³

Assim, haja vista tratar-se de uma mitigação à garantia constitucional ao contraditório e à ampla defesa, os elementos de informação eventualmente produzidos antecipadamente, sem a demonstração efetiva da urgência da medida acautelatória, devem ser considerados nulos e desentranhados dos autos.¹⁷⁴

¹⁷² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Turma, RHC nº 85.311/SP. Relator Eros Grau. Brasília, DF, DJU 1º abr. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=382945>> Acesso em: 21 abr. 2011.

¹⁷³ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL JUSTIÇA. 6. Turma, AgRg no HC 157253/SP. Relator Haroldo Rodrigues. Brasília, DF, DJU 16 ago. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=979645&sReg=200902445592&sData=20100816&formato=PDF> Acesso em: 21 abr. 2011.

¹⁷⁴ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL JUSTIÇA. 5. Turma, HC 188.078/SP. Relator Jorge Mussi. Brasília, DF, DJe 25 abr. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1040061&sReg=201001925913&sData=20110425&formato=PDF> Acesso em: 21 abr. 2011.

CONCLUSÃO

O presente trabalho se propôs a analisar a possibilidade da produção antecipada de prova testemunhal quando o processo estiver suspenso em razão do não comparecimento do réu após citação por edital, nos termos do artigo 366, do Código de Processo Penal.

Primeiramente, cabe destacar que antes de 1997, se o réu não comparecesse após ter sido citado por edital, o processo seguiria à sua revelia, bastando que fosse nomeado um defensor dativo.

Tendo em vista a premente violação aos princípios constitucionais processuais, foi editada a Lei 9.271/1996, a fim de se assegurar ao acusado a plena participação no processo, em conformidade com os princípios constitucionais do devido processo legal, da isonomia, do contraditório e da ampla defesa.

No entanto, a antecipação probatória no caso em tela gera um impasse em relação às hipóteses em que a prova testemunhal seria urgente e, portanto passível de ser produzida antecipadamente. Isto porque há quem diga que a prova testemunhal seria sempre urgente, tendo em vista que os fatos vivenciados pela testemunha podem ser apagados de sua memória, ou que ela possa mudar-se ou vir a falecer.

O que se pode verificar, é que tal posicionamento não é passível de aceitação pela maioria da doutrina e pelos Tribunais Superiores, que têm o entendimento de que, para que se possa deferir a produção antecipada de prova testemunhal, faz-se necessária a

comprovação da inequívoca urgência, sob pena de restarem violados os princípios constitucionais processuais supracitados.

A antecipação da prova testemunhal, deve ocorrer, portanto, nos casos de urgência comprovada, pelo que se poderia concluir de forma equivocada, a meu ver, que as hipóteses seriam as mesmas daquelas previstas no artigo 225, do Código de Processo Penal. É certo que o rol deste artigo deve servir como um parâmetro, mas não como uma premissa absoluta.

Um outro entendimento a que se chegou a partir da necessidade de comprovação da urgência, foi o de que as decisões que deferem a produção antecipada da prova testemunhal devem ter fundamentação idônea, haja vista que o objetivo primeiro da suspensão do processo é permitir que o réu exerça o contraditório, e que uma decisão genérica feriria os direitos supramencionados.

Conclui-se, portanto, que a prova produzida antecipadamente sem a comprovação inequívoca de sua urgência é tida como nula, devendo ser desentranhada dos autos, a fim de preservar os direitos do acusado.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Carlos Augusto. *A antecipação da tutela* (à luz da garantia constitucional do devido processo legal). São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços*: Ed. Popular anotada. Fundação Casa de Ruy Barbosa, 1980.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. v. São Paulo: Saraiva, 1989.

BEDAQUE, José Roberto. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>> Acesso em: 12 maio 2011.

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/De13689.htm>> Acesso em: 12 maio 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 12 maio 2011.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 3. Seção, EREsp 469.775/SP. Relatora: Laurita Vaz, Brasília, DF, DJ 02 mar. 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=512781&sReg=200401319241&sData=20050302&formato=PDF> Acesso em: 09 maio 2011.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5. Turma, HC 191.942/ES. Relatora: Laurita Vaz, Brasília, DF, DJe 04 abr. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201002215501&dt_publicacao=04/04/2011> Acesso em: 09 maio 2011.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5. Turma, REsp 551.329/SP. Relator: Felix Fischer, Brasília, DF, DJe 08 mar. 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=453479&sReg=200300583247&sData=20040308&formato=PDF> Acesso em: 09 maio 2011.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 6. Turma, REsp 17.094/SP. Relator: Hélio Qualia Barbosa, Brasília, DF, DJ 09 maio 2005. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=542889&sReg=200401835383&sData=20050509&formato=PDF> Acesso em: 09 maio 2011.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=682&tmp.texto=98791> Acesso em: 12 maio 2011.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=95162> Acesso em 12 maio 2011.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL JUSTIÇA. 6. Turma, AgRg no HC 157253/SP. Relator Haroldo Rodrigues. Brasília, DF, DJU 16 ago. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=979645&sReg=200902445592&sData=20100816&formato=PDF> Acesso em: 21 abr. 2011.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL JUSTIÇA. 5. Turma, HC 188.078/SP. Relator Jorge Mussi. Brasília, DF, DJe 25 abr. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1040061&sReg=201001925913&sData=20110425&formato=PDF> Acesso em: 21 abr. 2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Turma, RHC n. 83.709/SP. Relator Cezar Peluso. Brasília, DF, DJU 1º jul. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102927>> Acesso em: 21 abr. 2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Turma, RHC nº 85.311/SP. Relator Eros Grau. Brasília, DF, DJU 1º abr. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=382945>> Acesso em: 21 abr. 2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Turma., RE n. 460.971/RS. Relator Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, DJU 30 mar. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416344>> Acesso em: 21 abr. 2007.

BRASIL/ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400> Acesso em: 12 maio 2011.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. et. al. *Teoria Geral do Processo*. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Inatividade no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 7. ed. Salvador: Podivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Proecessual Civil*. 1. v. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FREITAS, Alexandre Câmara. *Lições de Direito Processual Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FULLER, Paulo Henrique Aranda. et. al. *Processo Penal*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 1. v. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. *Da citação por edital do acusado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunai. 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12.ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2009.

PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (artigo 366, do CPP). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: maio/jun. 2008, n.72, p.186.

ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional: Princípios Constitucionais do Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. *Processo Penal*. v. 1. 31. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TREDINNICK, André Felipe Alves da Costa. *A revelia e a suspensão do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

WELTER, Belmiro Pedro; SANTOS, Nilton Kasctin dos. A Urgência da prova testemunhal no artigo 366 do Código de processo Penal (Lei 9.271/96). *Revista dos Tribunais*, São Paulo: maio 1998, v.751, p. 467.