



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - FAJS

ISMAEL LUCAS CAMELO DO NASCIMENTO

**A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS COM BASE NO ARTIGO
366, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: uma análise de sua aplicação
em face dos princípios do contraditório e da ampla defesa**

**Brasília
2014**

ISMAEL LUCAS CAMELO DO NASCIMENTO

**A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS COM BASE NO ARTIGO
366, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: uma análise de sua aplicação
em face dos princípios do contraditório e da ampla defesa**

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

Orientador: Professor Mestre Georges Carlos
Fredderico Moreira Seigneur

**Brasília
2014**

Dedico este trabalho à minha família,
especialmente à minha mãe Elizabeth, meu pai
Eulicio, meu irmão Caio, minha avó Raimunda
e minha avó Leozina.

Agradeço,

A Deus, por sempre estar ao meu lado e permitir a realização dos meus sonhos.

A minha família, minha mãe, meu pai, meu irmão e minhas avós, por tudo.

A minha namorada, a dedicação, o amor e o carinho.

Aos meus amigos, o apoio e o companheirismo.

Ao Professor Georges Carlos Fredderico Moreira Seigneur, a atenção e a orientação.

RESUMO

Esta pesquisa analisará a produção antecipada de provas com base no artigo 366, do Código de processo Penal, em face dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como o que diz respeito a fundamentação e justificação das respectivas decisões e a aplicação da Súmula 455 do colendo Superior Tribunal de Justiça. Com intuito de fornecer arcabouço teórico à discussão, serão abordados desde temas básicos do processo penal até as especificidades da produção antecipada de provas com base no artigo 366, do Código de Processo Penal. Além disso, a presente pesquisa analisará diversos julgados relacionados ao tema, inclusive alguns que foram usados como precedentes para a Súmula 455 do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Processo Penal, Antecipação de Provas, Artigo 366 do Código de Processo Penal, Súmula 455 do Superior Tribunal de Justiça.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. PRINCÍPIOS	11
1.1 Devido Processo Legal.....	12
1.2 Princípio do Contraditório.....	16
1.2.1 Contraditório sobre a prova ou diferido.....	18
1.3 Princípio da Ampla Defesa	19
2. TEORIA DA PROVA.....	22
2.1 Distinção entre Prova e Elementos Informativos.....	25
2.2 Espécies e Meios de Provas	26
2.3 Provas Cautelares, Não Repetíveis e Antecipadas	28
3. A LEI Nº 9271/96 E A REDAÇÃO DO ARTIGO 366 DO CPP	32
3.1 Aplicação do artigo 366 do CPP	33
3.2 Produção Antecipada de Provas Urgentes.....	35
3.3 Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa e a lei 9271/96	39
3.4 A necessidade de clara fundamentação e a aplicação da Súmula 455 do Superior Tribunal de Justiça.....	43
CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

A prova judiciária é o tema de maior importância para o Direito Processual Penal, já que são destinadas a influenciar a convicção do magistrado acerca da existência ou não de um fato e da veracidade das alegações no processo, são, portanto, capazes de influir nas decisões dos juízes, na responsabilização penal e na fixação das penas ou medidas de segurança.

Primeiramente, é importante salientar que a Constituição Federal assegura o direito ao contraditório e à ampla defesa das partes no processo, que constituem a base do devido processo legal. Permitindo a afirmação de que, em juízo, o processo penal atua como instrumento de garantia individual em face do Estado na produção de provas.

Entretanto, até 1996, a antiga redação do artigo 366, do Código de Processo Penal, determinava o seguimento do processo à revelia do acusado que, citado ou intimado para qualquer ato do processo, deixasse de comparecer sem motivo justificado. Na prática, era nomeado defensor dativo para o acusado que, não raras as vezes, não tinha sequer conhecimento da ação penal e não comparecia em juízo para realizar sua defesa, em muitos casos, era condenado ferindo os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Com o objetivo de sanar tal “contradição jurídica” é que foi promulgada a lei 9.271/96, dando nova redação ao artigo supracitado, dispondo da suspensão do processo e do prazo prescricional, bem como a possibilidade do juiz determinar a produção antecipada de provas consideradas urgentes e a decretação da prisão preventiva, quando o acusado citado por edital não comparecer em juízo ou constituir advogado.

Dessa forma, a prova considerada urgente, cujo atraso possa implicar sua perda, aplica-se a produção antecipada de provas do artigo 366 do Código de Processo Penal. Note-se, entretanto, que tal exceção não pode ser tratada como regra, cabendo ao juiz avaliar o caso concreto, pois se trata de medida excepcional restritiva de direitos, devendo ser aplicada quando realmente for demonstrada sua necessidade.

Nesse sentido, em face da excepcionalidade da produção antecipada de provas, o artigo 366 do CPP exige de forma expressa que a prova produzida seja urgente. Diante disso, surgiram duas correntes antagônicas sobre este conceito. A primeira corrente

defendia que a prova testemunhal sempre seria urgente. A segunda corrente, por sua vez, entendia que a prova deveria ser analisada pelo magistrado em cada caso concreto.

Diante da ampla discussão que se formou ao redor do tema, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 455. O projeto de Sumula foi proposto pelo Ministro Felix Ficher e aprovado pela terceira seção do Superior Tribunal de Justiça. Aduzindo 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.

No capítulo 1, será analisado de forma breve a incidência dos princípios constitucionais e infraconstitucionais no processo penal. Logo após, serão abordados detidamente alguns dos princípios constitucionais mais relevantes para a compreensão da pesquisa, como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. Isto porque, em face da possibilidade da decisão que defere a produção antecipada na hipótese do artigo 366 do CPP, surge a dúvida de até que ponto tal decisão afeta os princípios constitucionais citados. Ademais, brevemente será analisado o que a doutrina denomina de “contraditório sobre a prova”, também conhecido como “contraditório diferido ou postergado”, que pode ser entendido como o reconhecimento da atuação do contraditório após a produção da prova.

No capítulo 2, serão abordados os principais assuntos relacionados a teoria da prova, como a origem da acepção, seu conceito atual e sua importância para o processo penal. Outros pontos também tratados neste capítulo são a distinção entre prova e elemento informativo e as espécies e meios de provas; ademais, serão tratados os conceitos de provas cautelares, provas não repetíveis e antecipadas, que são de grande importância para o entendimento do tema.

Por fim, no capítulo 3, trataremos detidamente da produção antecipada de provas do artigo 366 do CPP, seu procedimento e suas controvérsias. Neste capítulo, analisaremos a lei 9271/96 que modificou sua redação, a aplicação do instituto em face dos princípios do contraditório e da ampla defesa, a fim de esclarecer se há ou violação aos princípios constitucionais. Também analisaremos a necessidade de clara fundamentação da decisão que defere a produção antecipada de provas e a aplicação a da Súmula 455 do STJ, bem como os julgados que serviram como precedentes.

A metodologia empregada para o desenvolvimento deste trabalho foi a pesquisa bibliográfica com a prévia seleção de fontes por meio da pesquisa e consulta a livros, revistas, artigos disponíveis na internet, legislação e jurisprudência.

Assim, o presente estudo tem por objetivo analisar a forma como se dá esta produção antecipada de provas, seus requisitos e os princípios envolvidos na discussão. Além disso, será abordado a exigência de concreta fundamentação da decisão que decreta a antecipação probatória segundo a visão dos tribunais superiores, bem como a aplicação da Súmula nº 455 do Superior Tribunal de Justiça.

1 PRINCÍPIOS

A observância aos princípios jurídicos é de importância fundamental para todas as atividades jurídicas, sejam elas interpretativas, normativas, aplicativas ou integrativas, sua importância, assim, decorre do fato de constituírem a base do nosso arcabouço jurídico¹.

Para doutrina atual, parece ser pacífico o entendimento de que os princípios e regras constituem espécies de normas. Em sua obra, Marcelo Novelino se utiliza de expressão empregada por Canotilho explicando que:

“A Constituição é um “sistema normativo aberto de princípios e regras” que, assim como os demais estatutos jurídicos, necessita das duas espécies normativas para exteriorizar os seus comandos. Isso porque um sistema baseado apenas em princípios poderia conduzir a um sistema falho em segurança jurídica. Por seu turno, um sistema constituído exclusivamente por regras exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa (legalismo, “sistema de segurança”), não permitindo a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses de uma sociedade plural e aberta.”²

Assim, os princípios e regras constituem espécies de normas jurídicas. Devendo, assim, um sistema normativo estar baseado tanto em regras como em princípios, uma vez que sua aplicação isolada atentaria contra a segurança jurídica ou dificultaria a resolução de conflitos.

A importância dos princípios na ordem jurídica pode ser bem observado na clássica conceituação de Celso Antônio Bandeira de Mello. Segundo ele, princípio é:

“[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e Inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”³

Assim, os princípios têm a função de nortear as atividades jurídicas, sendo fundamentais para as atividades de elaborar, aplicar e interpretar as normas.

Como qualquer outro ramo do direito, o Direito Processual também se submete a princípios que norteiam todo o seu desenvolvimento. Tais princípios servem de

¹ FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas. *Princípios Jurídicos*. Revista Uniara, n. 20, 2007, p.13.

² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 747-748.

³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 747-748.

instrumento para a correta aplicação e interpretação de seus institutos⁴.

A doutrina processual moderna fixou preceitos fundamentais que dão característica e forma aos sistemas processuais. Dentre esses princípios alguns se aplicam a todos os sistemas, e outros são de sistemas específicos⁵. Isto significa que, os sistemas processuais são calcados em princípios comuns a todos os ordenamentos e em alguns outros que lhe são próprios. A análise desses princípios possibilita a distinção entre eles, nos pontos que são comuns ou particulares à cada sistema.

O Direito Processual Penal não foge à regra. Por se tratar de um dos ramos do Direito Processual, também é calcado em princípios gerais que são comuns a outros ramos e princípios específicos do Direito Processual Penal.

Os princípios que norteiam o Direito Processual Penal brasileiro são fundamentais, muitos deles são determinados expressamente pela Constituição Federal.⁶ Neste ponto, é possível visualizar os princípios constitucionais como verdadeiras garantias fundamentais dos indivíduos, tanto em face do Estado, como em face de si mesmos.⁷

No entanto, Os princípios aplicados ao Processo Penal não estão no sistema em um rol taxativo. Sendo possível, através construção da norma jurídica pelo jurista, visualizar a aplicação tanto de princípios constitucionais expressos como de princípios que decorrem do sistema constitucional.⁸

Dessa forma, no Processo Penal incidem princípios constitucionais e infraconstitucionais, que são fundamentais para a tarefa de proteção dos direitos fundamentais, podendo se destacar os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.⁹

1.1 Devido Processo Legal

Dentre os princípios constitucionais do Direito Processual o devido processo

⁴ FREITAS, Alexandre Câmara. *Lições de Direito Processual Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.35.

⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 56.

⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 4 ed. Podium, 2013, p.54.

⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 37-38.

⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 4 ed. Podium, 2013, p.54

⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.37.

legal é, sem dúvida, o mais importante. Previsto no artigo 5º, LIV, da Constituição da República, este princípio pode ser considerado causa de todos os demais, isto é, todos os outros princípios de Direito Processual são corolários do devido processo legal¹⁰.

No sentido de que o princípio do devido processo legal abrange outros princípios, Rosemiro Leal argumenta que:

“[...] pela princiologia do instituto do devido processo legal que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, isonomia e contraditório, converte-se em direito-garantia imposterável e representativo de conquistas históricas da humanidade[...]”¹¹

Nesse sentido, o princípio do devido processo legal, além de abranger outros princípios, se mostra de fundamental importância para a aplicação do modelo constitucional ao processo, pois, em um Estado Democrático de direito, não se considera o processo sem a observância ao devido processo legal, de forma expressa na Constituição Brasileira, em seu art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O princípio do devido processo legal está ligado à experiência constitucional norte-americana do *due process of law* que, por sua vez, remonta ao Direito Inglês da Magna Carta promulgada em 1215¹². A Magna Carta costuma ser assim traduzida:

“[...]nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país[...]”¹³

Verifica-se, pela leitura do trecho da carta inglesa, a existência de algo muito próximo do princípio do devido processo legal. Ao condicionar que “Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado de seus bens” sem um “julgamento regular” e em “harmonia com as leis do país” estariam traçando um esboço do princípio do devido processo legal.

A legitimidade de privações de direitos ligados à liberdade ou à propriedade, dessa forma, está condicionada à observância do devido processo legal, isto é, devem atender

¹⁰ FREITAS, Alexandre Câmara. *Lições de Direito Processual Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.36.

¹¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*, p.87-88.

¹² NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Método, p.575.

¹³ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*. 5. ed. São Paulo: Método, 2010.p. 172..

exigências de um determinado processo estabelecidas em lei¹⁴.

Nesse sentido, além de ser um direito a um processo estabelecido em lei, o devido processo legal garante a aplicação de outros princípios que dele decorrem, pois seu campo de atuação é amplo, uma vez que vincula todo o poder governamental¹⁵.

Sobre a amplitude do devido processo legal Nelson Nery Jr. argumenta que:

“Genericamente, o princípio do *due process of law* caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, vale dizer, tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico. Tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção da *due process clause*”¹⁶.

Por conta da sua amplitude, a doutrina divide a análise do devido processo legal em duas perspectivas a processual e a material. Em sua obra, Alexandre Freitas Câmara¹⁷ explica que, inicialmente, a garantia do devido processo legal era exclusivamente processual, mas, depois, passou a ter também uma perspectiva material.

A perspectiva processual assegura tutela de bens jurídicos por meio do devido procedimento, também chamada de *procedural due process*. Já a material atua no campo da aplicação e elaboração normativa, que deve ser adequada, correta e razoável, também chamada de *substantive due process of law*.¹⁸

Na sua perspectiva processual, o princípio garante a todos o direito de exigir que o julgamento seja feito em conformidade com as regras de processo previamente estabelecidas. Assim, a legitimidade da privação da liberdade ou de bens depende da observância do processo estabelecido em lei¹⁹.

Nelson Nery Jr.²⁰ assevera que o devido processo legal, em seu sentido procedimental, é pressuposto fundamental para o processo. Quanto a sua aplicação, em sua obra, dispõe que:

¹⁴ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Método, p.575.

¹⁵ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal (due process of law)*. 2. Ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 235-236.

¹⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. – Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman; v. 21. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

¹⁷ FREITAS, Alexandre Câmara. *Lições de Direito Processual Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 37.

¹⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 4 ed. Podium, 2013, p. 34.

¹⁹ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Método, p.575-576.

²⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 5. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.31.

“[...] o devido processo legal em sentido processual importa no processo civil em igualdade das partes, garantia do direito de ação, respeito ao direito de defesa e contraditório [...] norteando a administração pública, o legislativo e o judiciário para que possam aplica-la sem maiores indagações.”²¹

Ainda acerca da garantia do devido processo legal na sua perspectiva procedimental, Paulo Fernando Silveira explica que:

“[...] o devido processo legal procedimentos refere-se à maneira pela qual a lei, o regulamento, o ato administrativo, ou ordem judicial, são executados. Verifica-se, apenas, se o procedimento empregado por aqueles que estão incumbidos da aplicação da lei, ou regulamento, viola o devido processo legal, sem se cogitar da substância do ato. Em outras palavras, refere-se a um conjunto de procedimentos (como informar alguém do crime que está sendo acusado, ou seu direito de consultar advogado), que devem ser aplicados sempre que de alguém for retirada alguma liberdade básica.”²²

Em sua perspectiva material, o princípio está ligado à ideia de um processo legal justo e adequado, informado materialmente pelos princípios da justiça, com base nos quais o magistrado deve analisar os requisitos da lei, a fim de garantir equidade às partes do processo. Em um primeiro momento, o devido processo legal material se dirige ao legislador, constituindo limite à atividade legislativa que deve observar os critérios de justiça razoabilidade e proporcionalidade.²³

Nesse sentido, o princípio em sua perspectiva material deve garantir o trinômio “vida-liberdade-propriedade”, a fim de que a sociedade só seja submetida a leis razoáveis e que a atendam os anseios da sociedade. Tal garantia assim pode ser considerada o próprio princípio da razoabilidade das leis.²⁴

Quanto ao aspecto substancial do devido processo legal, Paulo Fernando Silveira dispõe que:

“[...] refere-se ao conteúdo ou à matéria tratada na lei ou no ato administrativo, ou seja, se a sua substância está de acordo com o devido processo, como cláusula constitucional garantidora das liberdades civis. Envolve, desse modo, aspectos mais amplos da liberdade, como o direito à privacidade ou a uma educação igualitária. O governo tem que demonstra

²¹NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 5. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 160-161.

²²SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal (due process of law)*. 2. Ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 82-83.

²³NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Método, p.576.

²⁴FREITAS, Alexandre Câmara. *Lições de Direito Processual Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 37.

uma razão imperativa antes de infringir tais liberdades.”²⁵

Ainda no mesmo sentido, em sua obra, Paulo Fernando Silveira faz referência aos conceitos precisos do ministro Carlos Velloso, do Supremo Tribunal de Justiça, que distingue os aspectos substantivo e procedimental do devido processo legal:

“*Due process of law*, com conteúdo substantivo – *substantive due of process* – constitui limite ao legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexos com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, *due processo f law*, com caráter processual – *procedural due process* – garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa.” (Adin – 1.511-7 DF – Medida Liminar)²⁶

No direito penal, o devido processo legal também constitui princípio de aplicação fundamental. Segundo Mauricio Antônio Ribeiro Lopes²⁷, o direito de defesa não produz seus efeitos apenas no curso do processo, antecedendo o momento da conduta, com o conhecimento prévio de sua ilicitude, à luz dos princípios da legalidade e da anterioridade da lei penal.

Dessa forma, o princípio do devido processo legal constitui um núcleo material comum a todas as garantias relacionadas à efetividade e à justiça.²⁸ Devendo, assim, garantir o respeito ao contraditório na realização do procedimento, garantindo às partes condições necessárias para a manifestação de suas razões e na produção probatória, influenciando na formação do convencimento do Juiz. Além disto, deve assegurar que a sociedade não seja submetida a leis desarrazoadas, servido de limite ao legislador²⁹.

1.2 Princípio do Contraditório

Entre os princípios corolários do devido processo legal, o contraditório pode ser considerado o mais importante. O processo para ser considerado justo deve ser realizado em contraditório. Para a doutrina processual moderna, o processo não existe sem

²⁵ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal (due process of law)*. 2. Ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 82-83.

²⁶ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal (due process of law)*. 2. Ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 84.

²⁷ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*. 2. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 160-161.

²⁸ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Método, p.576.

²⁹ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Método, p.576.

contraditório.³⁰

Nesse sentido, ao tratar do princípio, Fredie Didier inicia sua lição afirmando que: “O processo é um procedimento estruturado em contraditório”³¹. Assim, o contraditório deve estar presente na estruturação do processo, sendo elemento essencial para a sua definição.

O princípio do contraditório está previsto expressamente no art. 5º, inciso LV, da CF, determinando que: “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.”

O princípio pode ser traduzido no binômio ciência e participação, impondo que às partes devem ser dadas condições necessárias para influir no convencimento do magistrado, permitindo o direito de participação e manifestação sobre todos os atos no decorrer do processo.³²

No processo civil, para alguns autores deve-se considerar somente a bilateralidade de audiência, ou seja, o direito à informação e à manifestação processual, uma vez que, sem a resposta decreta-se à revelia.

Diferente do que ocorre no processo civil, no processo penal não é suficiente assegurar apenas o direito à informação e à manifestação processual em um plano formal. Ainda que o acusado não se manifeste diante da pretensão acusatória, o próprio ordenamento jurídico impõe a obrigatoriedade de assistência técnica de um defensor. Nesse sentido o artigo 261 do CPP estabelece que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.³³

Além disso, o aspecto material do contraditório é protegido pelo ordenamento jurídico, uma vez que o defensor não deve ter uma atuação meramente formal. Para tanto, basta observar o parágrafo único do artigo 261 do CPP, segundo o qual “A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada”.

³⁰ FREITAS, Alexandre Câmara. Lições de Direito Processual Civil. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.52

³¹ DIDIER JUNIOR, Fredie, *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do Direito Processual Civil e processo do Conhecimento*. 14.ed. Bahia: Podium, 2012, p.56.

³² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 4 ed. Podium, 2013, p. 58

³³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. 1 Niterói: Impetus, 2011. p. 15.

Segundo Eugenio Pacelli de Oliveira, até a década de 1970, o contraditório era compreendido como garantia da participação das partes no processo, o direito à informação das provas e alegações, bem como a reação a elas, porém, com a influência da doutrina do italiano Fazzalari³⁴, passou a incluir o parâmetro de igualdade entre as partes, no sentido de que haja paridade simétrica na participação.

Em sua obra, Antonio Scarance Fernandes esclarece que na esfera penal o contraditório deve ser máximo, afirmando que:

“No processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente que se dê às partes a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível que lhe sejam proporcionados os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Liga-se, aqui, o contraditório ao princípio da paridade de armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, que as duas partes estejam munidas de forças similares.”³⁵

Dessa forma, o contraditório deve ser observado durante todo o processo, demandando que as partes atuem na própria formação dos elementos de prova, sendo indispensável que sua produção se dê na presença do órgão julgador e das partes.

1.2.1 Contraditório sobre a prova ou diferido

Por fim, cabe esclarecer brevemente o que a doutrina denomina de “contraditório sobre a prova”, também conhecido como “contraditório diferido ou postergado”. Pode ser entendido como o reconhecimento da atuação do contraditório após a produção da prova. Segundo Renato Brasileiro, “a observância do contraditório é feita posteriormente, dando-se oportunidade ao acusado e a seu defensor de, no curso do processo, contestar a providencia cautelar, ou de combater a prova pericial feita no curso do inquérito”.³⁶

São exemplos do “contraditório diferido ou postergado” as medidas cautelares reais como a interceptação das comunicações telefônicas, prevista na lei nº 9.296/96 e o sequestro de bens imóveis, previsto no artigo 125 do CPP.

³⁴ FAZZALARI apud OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 14 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 343.

³⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, p.52.

³⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. 1 Niterói: Impetus, 2011. p. 16.

1.3 Princípio da Ampla Defesa

O princípio da ampla defesa está previsto expressamente no artigo 5º, LV, da Constituição. Em sua obra, Fredie Didier ao introduzir o princípio afirma que o “Contraditório e a ampla defesa formam um belo par. Não por acaso, estão previstos no mesmo dispositivo constitucional [...]”.³⁷ Não há dúvidas de que os princípios ora mencionados guardam uma relação entre si.

Com o princípio da ampla defesa, a participação do acusado no processo passa a ser mais completa, se antes bastava a participação no processo, agora exige-se que seja efetiva, que o réu realmente contribua para o resultado final do processo.

A ampla defesa, assim, possui uma ligação direta com princípio do contraditório, uma vez que o “o exercício da ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos que compõem o contraditório – o direito à informação. Além disso, a ampla defesa se exprime por intermédio de seu segundo elemento: a reação”³⁸. Apesar da relação de influência entre os princípios, eles não se confundem.

Segundo Renato Brasileiro de Lima, o princípio da ampla defesa pode ser analisado sob duas óticas. “Sob a ótica que privilegia o interesse do acusado, a ampla defesa pode ser vista como um direito; todavia, sob o enfoque publicístico, no qual prepondera o interesse geral de um processo justo, é vista como garantia”.³⁹

Ao definir o princípio da ampla defesa a Constituição pretendia assegurar ampla possibilidade de defesa. Marcelo Novelino afirma que: “É assegurado ao indivíduo a utilização, para a defesa de seus direitos, de todos os meios legais e moralmente admitidos”.⁴⁰

No processo penal, a aplicação plena da ampla defesa depende da observância do direito à defesa técnica (realizada por advogado) e à autodefesa (realizada pelo acusado).⁴¹ A ampla defesa, assim, é um direito que pode ser exercido pessoalmente pelo acusado por meio da autodefesa e/ou através de um advogado, chamada de defesa técnica,

³⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie, *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do Direito Processual Civil e processo do Conhecimento*. 14.ed. Bahia: Podium, 2012, p.61.

³⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. 1 Niterói: Impetus, 2011. p. 17.

³⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. 1 Niterói: Impetus, 2011. p. 16.

⁴⁰ Novelino, Marcelo. *Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Método, p.577.

⁴¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 4 ed. Podium, 2013, p. 59

configurando vertentes diversas do mesmo direito fundamental.

A defesa técnica é “exercida por profissional da advocacia, dotado de capacidade postulatória, seja ele advogado constituído, nomeado, ou defensor público”.⁴² Nesse sentido, o STF consagra na súmula nº 523 que no “processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só anulará se houver prejuízo do réu”.

Por isso a ampla defesa abrange a defesa técnica, com a exigência de advogado habilitado na OAB para os atos do processo e as demais atividades em prol da defesa do acusado, afim de garantir a efetiva participação no processo.

Já em relação à autodefesa, é “exercida pelo próprio acusado, em momentos cruciais do processo. Diferencia-se da defesa técnica porque, embora não possa ser desprezada pelo juiz, é renunciável”, isto é, não é possível obrigar o acusado a exercer seu direito de defesa no interrogatório ou se fazer presente nas audiências.⁴³

A autodefesa, em suma, pode ser manifestada através do direito de audiência, do direito de presença e do direito de postular pessoalmente. O direito de audiência é a possibilidade de defesa do acusado em seu interrogatório. O direito de presença assegura ao acusado e ao seu defensor a oportunidade de acompanhar os atos de instrução, auxiliando na sua defesa. Já o direito de postular pessoalmente ocorre em momentos específicos do processo penal onde se defere ao acusado capacidade postulatória autônoma.⁴⁴

Rosemiro Pereira Leal afirma que o princípio da ampla defesa tem sua extensão relacionada aos princípios do contraditório e isonomia, haja vista que, a amplitude da defesa é limitada pelo tempo do procedimento em contraditório. Tal amplitude não significa uma infinidade de provas, mas uma produção nos limites do que a lei oportuniza no tempo do processo. É ampla pois não pode ser diminuída pela sumarização do tempo.⁴⁵

Nesse sentido, a ampla defesa se traduz: “na oportunidade de exaurimento das articulações de direito e de produção de prova”, não se pode, em razão da celeridade ou da efetividade do processo, mitigar o tempo da ampla defesa. O procedimento pode ser sumarizado, e não, a jurisdição. “A garantia de plenitude da defesa se traduz em tempo e

⁴² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. 1 Niterói: Impetus, 2011. p. 17.

⁴³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. 1 Niterói: Impetus, 2011. p. 17.

⁴⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. 1 Niterói: Impetus, 2011. p. 17-27.

⁴⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*, Primeiros Estudos, 7ª Edição Revista e Atualizada. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2008. p. 89.

modo suficientes para sustenta-la”.⁴⁶

Assim, pode-se dizer que o contraditório e a ampla defesa representam a base do devido processo legal, no sentido de que o processo penal serve como garantia do indivíduo frente à atuação jurisdicional do Estado.

Dessa forma, entende-se que o conceito de ampla defesa amplia o conceito de defesa. A defesa é exercida no procedimento de caráter infraconstitucional e a ampla defesa tem caráter de garantia. Como princípio garantidor, a ampla defesa, deve atuar a partir do modelo constitucional. Assim, deve a defesa ser por completo, não existindo meia defesa, possibilitando a participação do acusado no processo, que deve ser a mais completa possível, se antes bastava a participação no processo, agora exige-se que seja efetiva, que o réu realmente contribua para o resultado final do processo.

⁴⁶ NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. O instituto das liminares e ampla defesa constitucional. *apud*: LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. A pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual. Porto Alegre: Síntese, 2000, v. I, p. 47.

2 TEORIA DA PROVA

A palavra prova possui muitos significados, podendo assumir diferentes conotações. A origem etimológica da palavra prova deriva do latim *probatio*, que por sua vez emana do verbo *probare*, e se traduz nas ideias de verificação, inspeção, exame, aprovação ou confirmação. Nesse sentido, o verbo provar – derivado da palavra prova – está relacionado a um “vasto campo de operações do intelecto na busca e comunicação do conhecimento verdadeiro”.⁴⁷

Na história, o direito sempre se relacionou com a busca da verdade, através de vários métodos e formas jurídicas para alcançá-la, desde as ordália e juízos de deus até a introdução da racionalidade nos meios de prova. Na Idade Média, os acusados eram submetidos a provas físicas, testando a veracidade dos fatos que alegavam, eram as chamadas provas ordálicas ou juízos de deus. Tourinho Filho mostra algumas dessas provas ordálicas:

“Havia a prova da agua fria: jogando o indiciado à agua, se submergisse, era inocente, se viesse à tona seria culpado [...] A do ferro em brasa. Se nada lhe acontecesse, seria inocente; se se queimasse, sua culpa seria manifesta [...]”⁴⁸.

Dessa forma, com a evolução da processualização da jurisdição, de uma verdade inicialmente revelada por deuses a outra, obtida a partir de provas racionais, sob contraditório e outros meios de valoração. Demonstrando que o acusado, nessa relação, não seria apenas o objeto do processo, mas sim o sujeito de direitos no processo.

No processo, a prova pode ser definida como todo elemento que contribui para a convicção do juiz a respeito da existência ou não de determinado fato. Isto significa que tudo aquilo que for levado aos autos do processo com fim de convencer o juiz de que determinado fato ocorreu ou não é considerado prova.⁴⁹

Os elementos levados ao processo ingressam como prova por via da atividade probatória. A atividade probatória consiste em um conjunto de atividades de verificação e demonstração, pelos quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para

⁴⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. 1 Niterói: Impetus, 2011. p. 555.

⁴⁸ TOURINHO FILHO, Fernando Costa. *Processo Penal*. v. 3. 31. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 316.

⁴⁹ FREITAS, Alexandre Câmara. *Lições de Direito Processual Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P.401.

a convicção do juiz.⁵⁰

A prova, assim, possui como um de seus objetivos a reconstrução dos fatos apurados no processo, buscando a maior aproximação com a verdade real. Neste ponto, Eugênio Pacelli de Oliveira assevera que:

“A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.”⁵¹

O resultado da prova caracteriza-se pela formação no curso do processo da convicção do magistrado acerca da existência dos fatos alegados pelas partes em juízo. É o convencimento da existência ou não de determinada situação fática. Apesar de constituir uma tarefa difícil, é possível alcançar um grau de determinação que permita o convencimento do magistrado sobre a existência dos fatos alegados.⁵²

Os meios de prova são os instrumentos idôneos à formação do convencimento do magistrado acerca da existência ou não de determinados fatos alegados pelas partes. São exemplos de meios de prova: a prova testemunhal, a prova pericial, prova documental etc.

Nesse sentido, Guilherme Nucci, em sua obra, entende que existem

“três sentidos para o termo prova: a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato”.⁵³

Segundo a doutrina, a prova possui dois destinatários um direto e um indireto no processo. “O destinatário direto da prova é o magistrado, que formará seu convencimento pelo material trazido aos autos. As partes são destinatários da prova, mas de forma indireta, pois convencidas daquilo que ficou demonstrado no processo, aceitarão com mais tranquilidade a decisão”.⁵⁴

⁵⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. 1 Niterói: Impetus, 2011. p.555.

⁵¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 341.

⁵² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. 1 Niterói: Impetus, 2011. p. 556.

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3.ed. São Paulo:RT, 2007.p.351.

⁵⁴ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 4 ed. Podium, 2013,

A prova está intimamente relacionada com a demonstração da verdade dos fatos, pode-se dizer que há, para as partes, um direito à prova. O direito à prova é inerente ao desempenho do direito de ação e de defesa, possibilitando que a parte possa influir no convencimento do juiz. É, assim, “verdadeiro direito subjetivo com vertente constitucional para demonstração da realidade dos fatos”.⁵⁵

Em regra, as normas relacionadas às provas são de natureza processual, tendo aplicação imediata. Se o legislador ordinário disciplinar um novo meio de prova, ou alterar as normas já existentes, tais alterações terão incidência instantânea, abarcando os processos já em curso. Assim, os crimes ocorridos antes da vigência da lei deverão ser demonstrados pelos novos meios de prova.⁵⁶

A reconstrução da verdade dos fatos é um compromisso da atividade jurisdicional, por mais difícil que seja de se alcançar. O estado tem o monopólio da jurisdição, rejeitando, em regra, outras formas de solução de conflitos de natureza penal.

Assim, o processo penal busca uma verdade judicial que, após a decisão final, incidirão todos os efeitos da coisa julgada. A pretensão é de se estabilizar os conflitos da jurisdição penal, mesmo que a certeza jurídica, adquirida no processo, não corresponda com fidelidade à verdade dos fatos.

Na busca da verdade real, são utilizados diversos meios e métodos de provas, mediante os quais se busca ao máximo a aproximação com a verdade dos fatos investigados. Porém, a legitimação do exercício da função jurisdicional está condicionada aos limites impostos pela Constituição, o respeito aos direitos e garantias do acusado e de terceiros, bem como a inadmissibilidade das provas obtidas de forma ilícita.⁵⁷

No entanto, há de se falar que, em situações excepcionais, é autorizado o ingresso de provas obtidas de forma ilícita se favoráveis à defesa. Porque, quando a prova é obtida em favor do acusado está amparado por uma causa de justificação: o estado de necessidade. Por isso, seria paradoxal não aceitar uma prova a favor do acusado, mesmo que essa fosse obtida de forma ilícita.⁵⁸

p.388

⁵⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 4 ed. Podium, 2013, p.388

⁵⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 4 ed. Podium, 2013, p.388

⁵⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. 1 Niterói: Impetus, 2011. p.556.

⁵⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 13. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 341.

Assim, a prova judiciária pode ser considerada o tema de maior importância para o Direito Processual Penal, já que são destinadas a levar convicção do magistrado acerca da existência ou não de um fato e da veracidade das alegações no processo. São, portanto, capazes de influir nas decisões do juiz, na responsabilização penal e na fixação da pena ou medida de segurança, necessitando, assim, de devida comprovação em juízo.

2.1 Distinção entre Provas e Elementos Informativos

A redação do artigo 155 do Código de Processo Penal foi alterado com o advento da lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, que passou a constar expressamente a distinção entre prova e elementos informativos, redigido atualmente nesses termos:

“art. 155. O juiz formará sua convicção pela apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão nos elementos informativos colhidos na investigação. Ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”

A palavra prova só deve ser utilizada para se referir aos elementos de convicção produzidos, em regra, no curso do processo judicial, com a necessária participação das partes e respeitando os princípios do contraditório (ainda que diferido) e da ampla defesa. Assim, o contraditório funcionaria como uma condição que afetaria o plano da existência e da validade das provas, pois caso não sejam produzidas em contraditório, nem mesmo de prova poderiam ser designados.⁵⁹

Já em relação aos elementos de informação, são aqueles colhidos na fase investigatória, em regra, sem a necessária participação partes ou a obrigatória observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Apesar disto, tais elementos informativos têm importância vital para a persecução penal, pois podem fundamentar a decretação de medidas cautelares, bem como auxiliar na formação dos elementos mínimos para uma acusação formal.⁶⁰

Nesse sentido, da própria redação do artigo 155 do CPP, infere-se que os elementos de informação, colhidos na fase investigatória, não poderiam constituir fundamento exclusivo de eventual sentença condenatória, pois são destituídos do contraditório e da ampla

⁵⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. 1 Niterói: Impetus, 2011. p.556.

⁶⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. 1 Niterói: Impetus, 2011. p.556.

defesa, portanto não são provas.⁶¹ Além disto, observa-se que a ressalva feita no artigo é apenas quanto às provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Assim, pode-se dizer que isoladamente os elementos informativos não são suficientes para fundamentar uma condenação. No entanto, não devem ser desprezados, pois podem se somar às provas produzidas em juízo e servir como mais um elemento de convicção do magistrado.⁶²

2.2 Espécies e Meios de Provas

No processo penal, vigora o princípio da busca da verdade, o que permite que tanto o juiz como as partes tenham ampla liberdade para provarem suas teses e, para isso, dispõem dos meios de prova.

Meios de prova são os instrumentos através dos quais as fontes de prova ingressam no processo. São instrumentos utilizados para a demonstração da ocorrência dos fatos alegados, revelando a existência ou não da verdade de um fato.

Nas palavras de Paulo Rangel, os meios de prova “são todos aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utiliza para conhecer da verdade dos fatos, estejam eles previstos em lei ou não. Em outras palavras, é o caminho utilizado pelo magistrado para formar a sua convicção acerca dos fatos ou coisas que as partes alegam”⁶³.

Nesse sentido, dizem respeito a uma atividade endoprocessual, isto é, dentro do processo, se desenvolvendo perante o juiz, com conhecimento e participação das partes. Assim, os meios de prova têm como objetivo principal “a fixação de dados probatórios no processo”.⁶⁴

A busca da verdade no processo penal justifica uma posição mais liberatória na produção de provas. Assim, “quanto aos meios de prova, vigora no processo penal ampla liberdade probatória, podendo a parte se valer tanto de meios de prova nominados, quanto de meios inominados”. Nesse sentido, o CPP não traz de forma taxativa os meios de prova admitidos, podendo a parte utilizar tanto provas nominadas, aquelas trazidas expressamente

⁶¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 4 ed. Podium, 2013, p.113

⁶² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. 1 Niterói: Impetus, 2011. p.557

⁶³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 413.

⁶⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. 1 Niterói: Impetus, 2011. p.562.

nos artigos 158 a 250 do CPP, como de provas inominadas, aquelas que não são normatizadas.

O parágrafo único do artigo 155 do CPP reforça esta ideia de não-taxatividade dos meios de prova, ao dispor que “Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”. É o que ocorre, por exemplo, com a comprovação do casamento, que deve ser feita com certidão específica, ou no caso do reconhecimento da menoridade do acusado, requer comprovação com a certidão de nascimento.⁶⁵

A doutrina em geral costuma classificar as provas segundo vários critérios. Ao tratar do assunto, Paulo Rangel destaca as três principais classificações das provas em seu livro: quanto ao objeto, quanto ao sujeito e quanto à forma.⁶⁶

A prova quanto ao objeto pode ser classificada em direta ou indireta. A prova será direta quando se referir diretamente ao fato probando, pois não há necessidade de qualquer processo lógico de construção, assim demonstra por si a existência do fato alegado. Indireta é a prova que não se dirige diretamente ao fato probando, mas se chega a ele através de um processo lógico. Assim, na prova indireta deve haver uma construção lógica pela qual se comprova o fato ou circunstância.⁶⁷

Em relação ao sujeito, a prova pode ser classificada em pessoal ou real. O sujeito da prova é a pessoa ou coisa de onde emana a prova. A prova pessoal constitui toda afirmativa consciente com a finalidade de demonstrar os fatos alegados. A prova classificada como real é aquela originada dos próprios fatos. Isto é, a prova encontrada em qualquer vestígio do crime.⁶⁸

Quanto à forma da prova, isto é, a maneira pela qual ela se apresenta em Juízo, a prova pode ser documental, material ou testemunhal. É a maneira pela qual as partes apresentam em juízo a veracidade de suas alegações.⁶⁹

A prova testemunhal, espécie de prova oral, é aquela feita por afirmação pessoal oral ou por escrito em alguns casos previstos em lei. No sentido genérico do termo,

⁶⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 4 ed. Podium, 2013, p.391.

⁶⁶ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 18ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 416.

⁶⁷ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 18ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 417.

⁶⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 4 ed. Podium, 2013, p.391

⁶⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. 1 Niterói: Impetus, 2011.p.561.

podemos dizer que são provas testemunhais as produzidas por testemunhas, pelo ofendido e a confissão do acusado.⁷⁰

A prova material é aquela constituída por qualquer materialidade que sirva de elemento probatório para a existência ou não de determinado fato, tal como ocorre. Tal como os exames de corpo delicto, as perícias e os instrumentos do crime.⁷¹

Por último, a prova documental é aquela produzida por meio de afirmação escrita ou gravada, “é o elemento que irá condensar graficamente a manifestação de um pensamento”. Exemplos são os contratos, as cartas, fotografias autenticadas, as escrituras públicas etc.⁷²

O Título VII do Código de Processo Penal dispõe sobre alguns meios de prova: exame de corpo de delito; perícias em geral; interrogatório do acusado; confissão; perguntas ao ofendido; testemunha; reconhecimento de pessoas e coisas; acareação; documentos; indícios e busca e apreensão

Em seu livro, Renato Brasileiro Lima ao tratar das provas em espécie os elenca como: exame de corpo de delito e outras periciam; interrogatório judicial; confissão; declarações do ofendido; prova testemunhal; reconhecimento de pessoas e coisas; acareação; prova documental; indícios; busca e apreensão; interceptação telefônica e colaboração e delação premiada.⁷³

2.3 Provas Cautelares, Não Repetíveis e Antecipadas

Da interpretação do art. 155 do Código de Processo Penal infere-se que há a possibilidade do juiz formar sua convicção com base em provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, ainda que estas tenham sido produzidas na fase investigatória.⁷⁴

Provas cautelares são aquelas em que há um risco de perecimento do objeto da prova em razão do decurso do tempo, exigindo assim um contraditório diferido ou

⁷⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. 1 Niterói: Impetus, 2011.p.561.

⁷¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. 1 Niterói: Impetus, 2011.p. 561.

⁷² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 4 ed. Podium, 2013, p.391.

⁷³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. 1 Niterói: Impetus, 2011. p.562.

⁷⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. 1 Niterói: Impetus, 2011. p.557.

postergado. Sua produção pode ocorrer na fase investigatória ou durante o curso do processo judicial, dependendo, em regra, de autorização judicial.⁷⁵

Os elementos obtidos por meio de interceptações telefônicas são exemplos de provas cautelares. A surpresa é um pressuposto da eficácia de tal medida investigatória e, apesar de necessitar de prévia autorização judicial, o investigado só terá conhecimento após o fim das diligências. Assim, em face de uma medida cautelar *inaudita altera parte*, o investigado só pode exercer seu contraditório após a sua concretização, a doutrina denomina tal situação de contraditório diferido ou postergado.⁷⁶ Em sua obra, resumidamente, Paulo Rangel dispõe que:

“Provas cautelares são aquelas informadas pelo binômio: *periculum in mora e fumus boni iuris*, autorizando sua adoção com o escopo de assegurar o curso do inquérito a fim de que possa o MP oferecer denúncia. Exemplos: busca e apreensão; interceptação telefônica; medidas assecuratórias (art. 125 do CPP).”⁷⁷

Provas não repetíveis são aquelas que, uma vez produzidas, não poderão ser novamente produzidas ou coletadas, em razão de perecimento, destruição ou desaparecimento da fonte probatória. Em regra, não dependem de autorização judicial, podendo ser produzidas tanto na fase investigatória como na judicial. É exemplo de prova não repetível o exame pericial de vítima imediatamente após ter sofrido lesões corporais. Em face do desaparecimento da fonte probatória, se justifica a desnecessidade de autorização judicial, podendo ser autorizada pela própria autoridade policial.

Observa-se que, da mesma forma que ocorre com a prova cautelar, o contraditório também será diferido na prova não repetível. Nesse sentido, para que possam ser utilizadas em juízo, é necessário que se observe o contraditório sobre a prova, permitindo sua discussão em juízo. Quanto às provas não repetíveis, Paulo Rangel bem explica que:

“Provas não repetíveis são aquelas que não se renovam em juízo, tais como: exame pericial, exceto o complementar; auto de exame cadavérico; exame de corpo de delito. São provas realizadas apenas na fase de inquérito. Nesse caso poderá o juiz fundar sua decisão nessas provas.”⁷⁸

⁷⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. 1 Niterói: Impetus, 2011. p.557.

⁷⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. 1 Niterói: Impetus, 2011. p.557.

⁷⁷ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 414

⁷⁸ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 414

A prova antecipada, por sua vez, deve ser produzida perante a autoridade judicial com observância do contraditório real, em momento processual distinto daquele legalmente previsto, ou até mesmo na fase investigatória, desde que a prova seja imprescindível para a prolação da futura sentença. As provas antecipadas podem ser produzidas tanto na fase investigatória como na judicial sendo necessária a prévia autorização judicial.⁷⁹ Em relação às provas antecipadas, Paulo Rangel dispõe que:

“**provas antecipadas**, que são aquelas realizadas na fase do inquérito visando a preservar o objeto de prova que seria colhido no curso do processo, mas que diante de um fato urgente pode prejudicar sua colheita, pois quando da instauração do processo poderá não mais existir.”⁸⁰

Como exemplo de prova antecipada, a doutrina destaca o caso do denominado depoimento *ad-perpetuam rei memoriam*, previsto no artigo 225 do Código de Processo Penal:

“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.”

Segundo o qual, se possibilita a antecipação do depoimento de alguma testemunha, quando houver necessidade de alguma se ausentar, ou, no caso de enfermidade ou por velhice que enseje receio para a instrução criminal. Esta antecipação de prova poderá ser determinada de ofício pelo juiz ou a requerimento das partes.

Outro exemplo de prova antecipada está previsto no artigo 366 do Código de Processo Penal:

“Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.”

Tal dispositivo possibilita que o juiz determine a produção antecipada de provas consideradas urgentes no caso de suspensão do processo e da prescrição, em que o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, possibilitando, ainda, que decrete a prisão preventiva, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

⁷⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. 1 Niterói: Impetus, 2011. p.557.

⁸⁰ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 414

O Código de Processo Penal é silente quanto ao procedimento adotado na produção antecipada de provas. Em sua obra, Renato Brasileiro de Lima, com fundamento no artigo 3º do Código de Processo Penal, defende a aplicação subsidiária dos artigos 846 a 851 do Código de Processo Civil, que tratam expressamente da matéria.

3 A lei nº 9271/96 e a redação do art. 366 do CPP

A lei nº 9271/96 trouxe mudanças significativas para a sistemática processual penal brasileira, modificando a redação do art. 366 do CPP, assim, alterando a disciplina da revelia no processo penal, visando proteger mais a ampla defesa do acusado. Trazendo maior garantia ao direito de defesa, especificamente no que tange ao direito de audiência e de presença que são desdobramentos da autodefesa.

Antes do advento da lei, em sua redação original, o artigo 366 do CPP estabelecia o seguimento do processo à revelia do acusado que, citado inicialmente ou intimado para qualquer ato do processo, deixasse de comparecer sem motivo justificado. Assim, o acusado que, citado por edital, não comparecesse, poderia ser condenado à revelia, bastando para tanto que fosse nomeado um defensor técnico.

Acerca da redação antiga, em seu livro, Eugenio Pacelli de Oliveira leciona que: “Pela redação anterior, o não-comparecimento do réu ao interrogatório (nos antigos ritos, ordinário e sumário), quando citado por edital, autorizava o prosseguimento do processo à sua revelia, bastando apenas a nomeação de um defensor (dativo) para o acompanhamento da ação.”⁸¹

Com a entrada em vigor da lei nº 9271/96, o artigo 366 do CPP passou a dispor da seguinte forma:

“Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312”.

Assim, para que ocorra a suspensão do processo e da prescrição, a nova redação do artigo 366 do CPP exige o preenchimento de três pressupostos: “a) que o acusado tenha sido citado por edital; b) que o acusado não tenha comparecido para o interrogatório; c) que o acusado não tenha constituído defensor”.⁸²

Nesse sentido, é claro o objetivo do dispositivo: visa assegurar que os princípios da ampla defesa e do contraditório sejam aplicados de forma efetiva e concreta. Impedindo o prosseguimento do processo e a possível condenação, à revelia do acusado citado

⁸¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 13. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 605.

⁸² RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 18ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 767

por edital como ocorria antes do advento da lei nº 9271/96 que modificou a redação do artigo 366 do CPP.⁸³

Entretanto, desde sua vigência, o novo sistema, introduzido pela citada lei, ainda produz diversas discussões jurídico-dogmáticos quanto a sua aplicação na prática. Observa-se, que a nova redação do art. 366 do CPP está em fase de adaptação na doutrina e na *práxis* jurídica, isso porque a interpretação e aplicação de seu conteúdo normativo ainda não é pacífica.⁸⁴

Dessa forma, o presente trabalho visa analisar a produção antecipada de provas do artigo 366 do CPP, sua natureza jurídica e suas possíveis, e reais consequências, sob uma perspectiva que se pretende de um processo penal em um Estado Democrático de Direito colaborando com uma visão crítica sobre o tema.

3.1 A aplicação do art.366 do CPP

Apesar das mudanças significativas trazidas lei nº 9271/96, o instituto da revelia não foi revogado da ordem processual penal brasileira. O que se objetiva, com a nova redação do art. 366 do CPP, é, ao mesmo tempo, impedir a impunidade e garantir o direito de pleno conhecimento da acusação feita ao acusado. Se o réu, citado pessoalmente, não comparecer para se defender em juízo, a revelia será decretada pelo juiz, conforme o art. 367 do CPP.⁸⁵

Segundo Nestor Távora, “a revelia é a rebeldia do acusado”. É chamado de revel, o réu que não atende ao chamado do juízo. O principal efeito da decretação da revelia é que o acusado não será intimado dos atos processuais subsequentes. O comparecimento do réu, em momento ulterior, faz cessar seus efeitos, mas não anula os fatos processuais já ocorridos, assim o acusado deverá participar do processo conforme o estado que se encontre.⁸⁶

A hipótese do réu citado por edital e que não comparece ao interrogatório, previsto no art.366 do CPP, é um caso de revelia. A citação ficta ou presumida, no entanto,

⁸³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. 1 Niterói: Impetus, 2011. p.557

⁸⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *apud* PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p. 187.

⁸⁵ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 767

⁸⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 4 ed. Podium, 2013, p.391.

deve ser vista como exceção, não se admitindo interpretação extensiva nem analógica. Sendo assim, a citação por edital só deve se dar quando o acusado não for encontrado, desde que todas as providências necessárias no sentido de sua localização sejam tomadas.⁸⁷

A hipótese de suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, previstos no art. 366 do CPP, está condicionada à citação por edital do acusado, devendo atender os seguintes requisitos: “a) que o acusado tenha sido devidamente citado por edital; b) que o acusado não tenha comparecido para o interrogatório; c) que o acusado não tenha constituído defensor”.⁸⁸

Um aspecto polêmico relacionado ao art. 366 do CPP diz respeito à indeterminação do tempo previsto para suspensão da prescrição. Na medida em que o dispositivo é silente quanto à determinação do fim da suspensão da prescrição. Parte da doutrina defende que o dispositivo teria criado uma nova hipótese de imprescritibilidade, o que ofenderia diretamente a Constituição, que teria limitado como imprescritíveis a prática do racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.⁸⁹

Para dar interpretação conforme ao dispositivo, o STJ editou a súmula nº 415, com a seguinte redação: “O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada”. Nesse sentido, admite-se como tempo máximo de suspensão da prescrição o tempo de prescrição do máximo da pena em abstrato do crime descrito na denúncia, após o que a prescrição voltaria a correr novamente.⁹⁰

A norma do art. 366 do CPP tem tanto natureza processual como material penal. Na parte que determina a suspensão do processo, tem natureza processual, e natureza penal material na parte em que se refere à suspensão do curso do prazo prescricional. Dessa forma, por sua natureza penal material, se for prejudicial ao acusado, só poderá ser aplicada a partir de sua entrada em vigor, isto é, para os fatos que ocorreram depois de 17/06/1996.⁹¹

Por fim, a redação do art.366 do CPP, ainda possibilita, se for o caso, que o juiz decrete a prisão preventiva, nos termos do disposto no art.312 do CPP. Cabe destacar que o dispositivo não criou uma hipótese de prisão preventiva obrigatória. Como se infere da

⁸⁷RA NGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 18ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 767.

⁸⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. 1 Niterói: Impetus, 2011. p.1254.

⁸⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. 1 Niterói: Impetus, 2011. p.1255.

⁹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. 1 Niterói: Impetus, 2011. p.1255.

⁹¹ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 18ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 770.

própria redação do artigo, a decretação da prisão preventiva está condicionada aos requisitos constantes no art. 312 do CPP, e desde que se mostrem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão. Dessa forma, à revelia do acusado citado por edital não é fundamento suficiente, por si só, para a decretação da prisão preventiva.⁹²

3.2 Produção Antecipada de Provas Urgentes

O art. 366 do CPP, em sua nova redação, determina que, o juiz poderá determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes, quando suspenso o andamento do processo penal em razão da revelia do acusado que, citado por edital, não compareceu ao interrogatório nem constituiu advogado. Nesse caso, a produção da prova pode ser determinada de ofício ou a requerimento do acusador, devendo estar presentes tanto o órgão do Ministério Público como um defensor dativo.⁹³

Suspenso o processo, o artigo 366 permite a produção antecipada de provas, como perícias e os depoimentos *ad perpetuam rei memoriam*.⁹⁴ Dentre as provas que podem ser produzidas antecipadamente, sem dúvida, se destaca a prova testemunhal, em razão de ser a prova mais comum e de grande uso, por isso, a mais produzida, pois dificilmente, e só em hipóteses excepcionais, provam-se as infrações com outros elementos de prova. “Assim, a prova testemunhal é uma necessidade, e nesta reside seu fundamento”.⁹⁵

Na suspensão determinada pelo art. 366 do CPP, a produção antecipada de prova possui caráter de medida cautelar incidental, visando a segurança da prova, cujo o perecimento seja provável, para posteriormente ser utilizada como prova. Acerca da importância das medidas cautelares Renato Brasileiro discorre que:

“[...] em sede processual penal, é extremamente comum a ocorrência de situações em que essas providências urgentes se tornam imperiosas, seja para assegurar a correta apuração do fato delituoso, a futura e possível execução da sanção, a proteção da própria coletividade, ameaçada pelo risco de reiteração da conduta delituosa, ou, ainda, o ressarcimento do dano causado pelo delito.”⁹⁶

⁹² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. 1 Niterói: Impetus, 2011. p.1257.

⁹³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. 1 Niterói: Impetus, 2011. p.1256.

⁹⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 21ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p.437.

⁹⁵ TOURINHO FILHO, Fernando Costa. *Processo Penal*. v. 1. 31. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

p. 341.

⁹⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. 1 Niterói: Impetus, 2011. p.769.

No entanto, não se deve confundir a verdadeira e emergencial antecipação de prova, das hipóteses do art. 225 do CPP, com o disposto no art. 366 do CPP, uma vez que, esta não implica na plena realização do direito probatório. Situação é esclarecida quando confrontamos a produção antecipada da prova testemunhal autorizada pelo art. 225 do CPP e a asseguaração cautelar da prova oral do art. 366 do mesmo diploma legal.⁹⁷

Na primeira situação, a relação processual está completa, com a presença e devida citação do réu e sua defesa técnica, sendo a oitiva antecipada acompanhada pela parte e seu defensor, participando efetivamente da produção da prova, que teve sua antecipação em razão de situação especial. Há aqui verdadeira produção antecipada, não mera asseguaração e conservação da prova, uma vez que, a produção é realizada com completa relação processual e em respeito do contraditório e da ampla defesa.⁹⁸

Já na segunda situação, a produção da prova testemunhal ocorrerá na ausência do acusado e de seu defensor, não podendo influir no ato processual, impedindo a observância ao contraditório e a ampla defesa, tratando-se, assim de mero ato processual assecuratório de prova.⁹⁹

A edição da Lei 9271/93, portanto, trouxe uma maximização para a eficácia dos direitos fundamentais dos acusados, dando plenitude e efetividade aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, que não seriam respeitados se produzisse provas na ausência e na ignorância do acusado e de seu defensor.¹⁰⁰

Assim, caso a antecipação da prova do art.366 do CPP, seja vista como ação instrutória antecipada, estaria na pratica suspendendo o prazo para as alegações finais, o que não corresponde a correta interpretação da norma jurídica. Dessa forma, é nítida a importância da distinção entre as mediadas cautelares que asseguram as provas e a verdadeira produção antecipada de provas, uma vez que, sua devida caracterização traz importantes consequências jurídicas.¹⁰¹

⁹⁷ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p.197

⁹⁸ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p.197.

⁹⁹ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p.197.

¹⁰⁰ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p.197.

¹⁰¹ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p.197

Por sua vez, após a precisa alegação e sumária comprovação dos fatos que trazem receio de que, ao tempo da normal da instrução, impossibilite ou torne extremamente difícil a produção da prova testemunhal, compete ao Juiz a análise dos fatos e sua comprovação, decidindo pela produção ou não da prova antecipada.¹⁰²

Caso entenda necessária a produção antecipada de prova, deverá o Juiz proferir decisão fundamentada, nos termos do art. 93, IX, da CF/88, caso contrário pode sua decisão ser nula, pois tal decisão restringe direitos fundamentais como o contraditório e a ampla defesa, em razão disso deve o juiz explicitar suas razões e motivos que convenceram da necessidade de tal medida excepcional — com fundamentação empírica idônea — e satisfazendo pressupostos da lei (art. 366 c/c art. 255 do CPP), diante da necessidade e obrigatoriedade de todas as decisões judiciais serem fundamentadas, principalmente as que afetam diretamente direitos constitucionais fundamentais, já que a ausente a fundamentação caracterizaria subjetivismo e arbitrariedade, gerando injustiça.¹⁰³

Acerca da excepcionalidade da produção antecipada de provas, Aury Lopes Jr. discorre que:

“Colher antecipadamente uma prova, sem a presença do réu ou seu defensor (sim, pois a defesa dativa nesse caso é meramente simbólica, sem qualquer eficácia real), é uma flagrante violação da garantia do contraditório e, por contaminação, do direito de defesa, ambos assegurados no art. 5º, LV, da Constituição. Daí por que o ideal é que a produção antecipada seja reservada para casos extremos, em que a prova efetivamente é relevante e sofre risco real de perecimento. Ainda, nesse caso, devem-se tomar todas as cautelas para documentar da forma mais ampla possível, incluindo gravações de áudio e vídeo.”¹⁰⁴

A decisão que autoriza asseguarção da prova testemunhal restringe direitos fundamentais como o contraditório e a ampla defesa, assim, trata-se de medida excepcional, necessitando de devida fundamentação, capaz de demonstrar a necessidade da medida, diante do conflito de interesses do estado e do indivíduo, pois tais mediadas no processo penal também dependem do princípio da necessidade¹⁰⁵, devem ser evitadas sempre que possível,

¹⁰² PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p.197.

¹⁰³ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p.197.

¹⁰⁴ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.554.

¹⁰⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *apud* PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p.200.

adotando meios que afetem menos os direitos do indivíduo.¹⁰⁶

Dessa forma, é evidente a razão da necessidade de fundamentação da decisão judicial que, assim, justificará a necessidade da medida, haja vista que, o ordenamento jurídico brasileiro adotará a exigência de fundamentação das decisões judiciais, servindo como garantia em favor dos cidadãos contra os excessos do Estado.¹⁰⁷

O art.366 do CPP não caracteriza uma verdadeira antecipação de prova, mas uma medida cautelar de asseguarção de prova, assim, tem como finalidade conservar os depoimentos, preservando os testemunhos diante de uma situação que inspirava receio que, em razão do tempo da instrução, fosse difícil ou impossível serem produzidas provas testemunhais.¹⁰⁸

Dessa forma, na fase de instrução, os depoimentos devem ser obrigatoriamente produzidos, finda a suspensão do processo, com a presença do réu e seu defensor, ou seja, devem ser ouvidas novamente em juízo — depois do interrogatório do réu —, com plena aplicação do contraditório e da ampla defesa. Assim, apenas após a real produção, o juiz da causa poderá avaliar diante do contexto instrutório onde foi produzida, demonstrando-se insuficiente a mera confirmação dos depoimentos em juízo.¹⁰⁹

Se assim não fosse, a modificação advinda da lei 9.271/96 não seria respeitada, instaurando-se uma produção de provas sem a presença do acusado e seu defensor, o que não coaduna mais com nossa sistemática constitucional.¹¹⁰

Nesse sentido, não basta que, no momento da verdadeira produção da prova oral, ocorra a mera confirmação dos depoimentos prestados anteriormente, devendo abrir oportunidade a defesa inquiri-la, direcionando perguntas à mesma.¹¹¹

Por fim, cabe indagar se a prova assegurada cautelarmente terá verdadeira natureza instrutória processual e a resposta é positiva, quando naqueles casos em que a

¹⁰⁶ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p.197.

¹⁰⁷ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p.197.

¹⁰⁸ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p.197.

¹⁰⁹ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p.197.

¹¹⁰ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p.197.

¹¹¹ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p.197.

ameaça, que autorizou a medida, efetivamente ocorra, impedindo a produção da prova testemunhal no seu momento oportuno.¹¹²

Assim sendo, se tal medida cautelar visa a segurança da produção da prova testemunhal, protegendo sua futura produção de ameaça, parece justo que, caso a ameaça se concretize, impedindo a oportuna produção de prova, aqueles depoimentos assegurados anteriormente passem a ter verdadeira natureza probatória, uma vez que, a causa legalmente autorizadora é sua própria razão de existência.¹¹³

Entretanto, a simples alegação da impossibilidade de encontrar a testemunha ou de prestar depoimento é suficiente para justificar a medida, devendo o juiz tentar todas as medidas cabíveis para comprovar os fatos.¹¹⁴

Portanto, devidamente comprovada no processo, de que a testemunha não pode confirmar as declarações anteriores, estas passam a ter natureza de prova, podendo o juiz avaliar no contexto onde foi produzida, agora, possuindo legitimidade para influenciar a convicção e fundamentar sua decisão, sem qualquer afronta ao contraditório e a ampla defesa.¹¹⁵

3.3 Princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa e a lei 9271/96

O art. 5º, LV, da Constituição Federal, trouxe de forma expressa o princípio do contraditório e da ampla defesa, determinando que “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”.

Dispondo dessa forma, o processo penal atua em um Estado Democrático de Direito como uma espécie de garantia dos direitos do acusado em face do arbítrio do estado. Não é apenas um instrumento para satisfazer o *ius puniendi*, mas, o processo penal atua equilibrando a relação entre os interesses do estado, e os direitos constitucionais do

¹¹² PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p.197.

¹¹³ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p.197.

¹¹⁴ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p.197.

¹¹⁵ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p.197.

acusado.¹¹⁶

O processo penal, assim, deve ser visto como um instrumento capaz de preservar a liberdade judicial do acusado, pois, apesar de ser réu, possui uma série de direitos como qualquer cidadão. Assim, a própria autoridade jurisdicional deve tutelar tais direitos, que funcionam como limite do exercício da atividade jurisdicional, que não pode ser realizado a qualquer preço.¹¹⁷

Por isso, afirma-se que os princípios do processo penal são consagrados nas constituições políticas, pois as leis e as formalidades processuais complementam os direitos e garantias constitucionais, já que o processo penal é ferramenta essencial do moderno direito constitucional dos estados livres.¹¹⁸

Nesse sentido, o contraditório e a ampla defesa demonstram-se verdadeiros direitos fundamentais dos cidadãos, já que estão consagrados expressamente na Constituição Federal, dessa forma, devem cumprir a missão de fundamentar e limitar a atuação estatal, através da vinculação estatal a conteúdos, formas e procedimentos.

O contraditório e a ampla defesa são conceitos que se comunicam, se misturam e se completam, possuindo íntima relação e interação pois pode-se afirmar, que é do contraditório que brota a própria defesa. Podendo, dessa forma, dividir o contraditório em dois momentos – o direito à informação e a possibilidade de reação. Não há como negar que o conhecimento é pressuposto para o efetivo exercício da defesa. Mas, de outro ponto de vista, pode-se igualmente afirmar que a defesa é que garante o contraditório, uma vez que, por ele se manifesta e é garantia, porque a defesa se faz possível pela informação e se exprime pelo seu segundo momento, a reação.¹¹⁹

Entende-se por contraditório, assegurar às partes o direito de conhecimento e efetiva participação no processo, garantindo-lhes *his day in court*, através de “um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se(...) sobre o conflito,

¹¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *apud* PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p. 188.

¹¹⁷ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p.197.

¹¹⁸ MANDUCO, Fillippo. *apud* PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p. 189.

¹¹⁹ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p.197.

disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (...) e a defesa” identificando-se com o binômio *informação reação*¹²⁰, devendo, assim, a parte ser informada das alegações, dos atos praticados pela parte contrária e pelo juiz, no processo, bem como participar reagindo à acusação.¹²¹

Assim, o contraditório demonstra a atuação de uma garantia fundamental de justiça, onde um juiz, equidistante às partes, deve possibilitar iguais oportunidades de participação no processo e de influir no convencimento do juiz, garantindo a efetividade e justiça da função jurisdicional.¹²²

Já a ampla defesa é o direito das pessoas de se defender, no processo, das acusações feitas em seu desfavor, através de todo e qualquer meio lícito de prova e recursos disponíveis no processo, oferecendo elementos capazes de demonstrar a veracidade de suas alegações e a não veracidade das alegações da outra parte.¹²³

A ampla defesa é um direito que pode ser exercido pessoalmente pelo acusado por meio da autodefesa e/ou através de um advogado, chamada de defesa técnica, configurando vertentes diversas do mesmo direito fundamental.¹²⁴

A autodefesa se traduz na possibilidade do acusado, agindo pessoalmente, se defender das acusações feitas pelo estado, por meio *do direito de audiência* com a possibilidade de influir no convencimento do juiz mediante seu interrogatório, e *do direito de presença* aos atos processuais, dando ampla oportunidade para se manifestar diante das alegações e provas produzidas.¹²⁵

A defesa técnica, por sua vez, é um direito indisponível do acusado, caracteriza-se pela necessidade do acusado ser assistido por um advogado, afim de garantir a realização efetiva do princípio de igualdade entre as partes e a paridade de armas,

¹²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *apud* PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p. 189.

¹²¹ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p.197.

¹²² PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p.197.

¹²³ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p.197.

¹²⁴ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p.197.

¹²⁵ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p.197.

equilibrando a relação processual, da hipossuficiência do réu em relação ao estado.¹²⁶

Dessa forma, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa geram ao Estado a obrigação de garanti-los, defende-los e respeita-los, destacando a vinculação estatal a conteúdos, formas e procedimentos.¹²⁷

Cabe destacar, ainda, da dimensão metodológica-hermenêutica dos direitos fundamentais, servindo como regras orientadoras para a aplicação e interpretação das demais normas jurídicas, contribuindo para correta interpretação das normas infraconstitucionais. É proceder a interpretação da norma conforme a Constituição.¹²⁸

Nesse sentido, os princípios do contraditório e da ampla defesa, enquanto direitos fundamentais, “devem irradiar seus efeitos sobre o sistema processual infraconstitucional”¹²⁹, não cabendo mais antiga regra que permitia a condenação dos réus revéis, citados por edital. E, em razão disso, o legislador editou a Lei 9.271/96, que modificou a redação do art.366, uma vez que, a incompatibilidade entre a condenação à revelia, sem a observância dos direitos e garantias constitucionais.¹³⁰

Assim, “hoje já se entende ser incompatível com o sistema constitucional vigente, que assegura expressamente o contraditório e a ampla defesa, bem como incompatível com os princípios que fundamentam o Estado de Direito, alguém ser processado sem que tenha sido efetivamente cientificado da acusação e da existência do processo instaurado contra si. Tratados internacionais firmados com o Brasil, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, vedam a adoção pelos signatários de sistema processual penal que admita processo sem que o réu tenha dele tomado conhecimento expresso. Destarte, a incidência da norma jurídica internacional, na espécie, é de rigor, vez que encontra, inclusive, suporte constitucional.”¹³¹

Portanto, a Lei 9271/96, que modificou a redação do art. 366 do CPP, veio

¹²⁶ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p.197.

¹²⁷ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p.197.

¹²⁸ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p.197.

¹²⁹ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p. 192.

¹³⁰ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p.197.

¹³¹ JARDIM, Afrânio Silva. *apud* PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p. 193-194.

em momento oportuno, trazendo plenitude e eficácia aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, eliminando desigualdades entre os sujeitos processuais.

3.4A Necessidade de Clara Fundamentação e a aplicação da Súmula 455 do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para que o juiz autorize a antecipação de provas, com base no art. 366 do CPP, a acusação deve demonstrar, de maneira certa e clara, sua urgência, não bastando a mera alegação de que, em razão das vicissitudes do tempo, as provas testemunhais seriam sempre urgentes, o que poderia enfraquecer a fidelidade com a verdade dos fatos, bem como a persecução penal, trazendo problemas para a sociedade.¹³²

Acerca do conceito de prova urgente, em seu livro, Fernando Capez ressalta a existência de duas Correntes:

“(1ª) a prova testemunhal é sempre urgente, dada a sua natureza, pois o decurso do tempo pode redundar na perda da memória da testemunha e, por conseguinte, na redução de seu aspecto qualitativo (STJ, RHC6.343/3-SP, rel. Min. Flaquer Scartezzini, *DJU*, 29 set. 1997, p. 48235; STJ, RMS 7.995-SP, rel. Min. Vicente Leal, *DJU*, 20 abr. 1998); (2ª) a urgência não decorre da natureza, mas das circunstâncias peculiares a serem analisadas caso a caso, inexistindo direito público subjetivo da acusação à sua produção (STJ, RMS 9.925-SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJU*, 1º mar. 1999; STJ, RHC 8.876-SP, rel. Min. Felix Fischer, *DJU*, 3 ago. 1998). Entendemos correta a primeira posição. À medida que o tempo passa, a importância da prova testemunhal vai desaparecendo, devendo, portanto, ser sempre produzida enquanto não se localiza o acusado.”¹³³

Nesse sentido, observa-se a existência de duas correntes antagônicas sobre o conceito de prova urgente. A primeira corrente sustenta que, em razão de sua natureza, a prova testemunhal sempre será urgente. A segunda corrente, por sua vez, entende que a urgência da prova testemunhal não decorre da sua natureza, mas deve ser analisada pelo magistrado diante das circunstâncias e peculiaridades de cada caso concreto.

Em seu livro, Renato Brasileiro defende a primeira corrente, defendida também por Capez, afirmando que, diante do efeito deletério sobre a memória das

¹³² PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p.197.

¹³³ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 21ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 437.

testemunhas exercido pela passagem do tempo, a produção antecipada da prova testemunhal deve ser determinada pelo magistrado por ocasião da aplicação do art. 366 do CPP.

Argumentando que:

“Quem atua no dia a dia do fórum criminal atesta com facilidade que testemunhas costumam se esquecer rapidamente do fato delituoso, visto que a memória humana é suscetível de falhas com o decurso do tempo. Ademais, é muito comum a mudança de endereços, o que pode vir a prejudicar a localização de ofendidos e testemunhas se acaso sua oitiva vier a ser realizada após um longo período de suspensão do processo. Portanto, caso as testemunhas não sejam ouvidas de imediato na presença do órgão do Ministério Público e de um defensor *ad hoc*, corre-se o risco concreto de esvaziamento da prova testemunhal, o que, sem dúvida, comprometerá um dos objetivos do processo penal, que é a busca da verdade, inviabilizando a própria persecução penal. Por isso, pensamos que, antes de determinar suspensão do processo e da prescrição com fundamento no art. 366 do CPP, há de ser determinada a colheita da prova testemunhal.”¹³⁴

Segundo Brasileiro, aquele que atua na prática dos fóruns criminais pode atestar com facilidade os efeitos que o decurso do tempo pode causar à memória de testemunhas. Além disso, aduz que, durante a suspensão do processo, é muito comum a mudança de endereços, o que prejudicaria a localização da vítima e das testemunhas. Portanto, Brasileiro defende que, sob pena de esvaziamento da prova testemunhal, o juiz deve determinar a colheita antecipada da prova testemunhal, com fundamento no artigo 366 do CPP, antes de ser determinada a suspensão do processo e do prazo prescricional.

Em sentido diverso, defendendo a segunda corrente, Guilherme Nucci assevera que:

“Alguns defendem que a testemunha deve ser ouvida, porque pode esquecer o que viu ou sabe com o passar do tempo – por isso, é sempre urgente. Outros, preservando a excepcionalidade estabelecida em lei, preferem crer que somente o prudente critério do juiz poderá decidir e discernir acerca da prova testemunhal urgente, de outra, que irrelevante se apresenta. Ouvir uma criança, que tenha visto um crime, é urgente, pois o próprio desenvolvimento físico e psicológico do informante pode alterar-se, comprometendo relevantes dados armazenados em sua memória. Entretanto, ouvir uma pessoa que, na fase policial, já declarou que apenas ouviu dizer a respeito de quem seria o autor do crime, sem fornecer nenhum outro dado relevante, é indevido. Assim, sustentamos que cabe ao prudente critério do magistrado decidir a respeito da urgência da prova, sem haver qualquer tipo de generalização. Hoje, vigora o disposto pelo Súmula 455 do STJ:

¹³⁴LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. 1 Niterói: Impetus, 2011. p.1256.

“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”.

Anote-se a lição de ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO: “Essa antecipação na colheita da prova não deverá ser, certamente, uma rotina nos casos em que houve a suspensão do processo diante da ausência do réu citado por edital, mas providência resultante da avaliação do risco concreto de impossibilidade na obtenção futura das informações necessárias ao êxito da persecução. Caso contrário, de nada valeriam as disposições da nova lei, seja no tocante à economia processual, seja relativamente à garantia de uma defesa efetiva” (*Bol. IBCCRIM* 42, p. 5).¹³⁵

Ao defender a segunda corrente, Nucci sustenta que deve caber ao juiz decidir de forma prudente acerca da urgência, ou não, da prova, sem haver qualquer tipo de generalização no sentido de que a prova testemunhal sempre será urgente. Ainda em sua obra, Nucci faz menção à Súmula 455 do STJ que hoje vigora, ademais, cita a lição de Antônio Magalhães Gomes Filho, que ressalta a importância da colheita antecipada não virar rotina em face da suspensão do processo do réu ausente e citado por edital.

Esse tema já foi analisado pelo STF, no julgamento do RO em HC83.709/SP, no qual o relator do acórdão Min. Cezar Peluso manifestando-se que:

“o cerne do tema, neste caso, está em saber quais seriam as provas cuja produção pode ser antecipada, ou seja, quais as provas que, devendo a título de urgentes, ser produzida na ausência do réu ou de seu defensor, escapariam à incidência da regra constitucional do contraditório e da ampla defesa. Isso pressupõe desde logo que cumpre ao juiz apurar e discernir as provas reputadas urgentes, mas também importa indagar, na espécie, se a prova é urgente por natureza e se como tal, exigiria produção antecipada em todo e qualquer processo. O argumento nevrálgico dos que defendem ou subentendem à prova testemunhal, na hipótese de que se cogita, essa urgência automática, capaz de lhe justificar sempre a colheita antecipada, diz com as vicissitudes do transcurso do tempo, no sentido de que, como não há meios de prever quando nem se o réu ou seu defensor comparecerão a juízo, teriam eles caráter de inexorável prejuízo à apuração da verdade processual. Não convence. A prova testemunhal é, todos concordam, precária, decerto a mais precária das provas, mas é o menos por força da distância temporal entre fato e o testemunho em juízo do que pelas notórias e insuperáveis deficiências da capacidade humana de perceber, reter e relatar o passado com fidedignidade. O testemunho, posto que isento e insuspeito, nunca é a reconstituição viva, nem sequer retrato da história, cujo distanciamento tende apenas a agravar-lhe a inata imperfeição. E é esta a razão da mesma por que lhe não atribui a lei processual, como princípio, nenhuma precedência singular na ordem dos atos instrutórios. Se fora urgente por natureza, mandaria a lógica que antecedesse sempre à própria

¹³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 468.

instauração do processo, despindo-se do cunho excepcional que tem na produção antecipada e na produção *ad perpetuam rei memoriam*. (...) entre o risco natural de perda de qualidade da prova por obra do tempo e a funda lesão à garantia da produção das provas sob o regime do contraditório, reverenciou, como não podia deixar de ser, a cláusula constitucional, que, conformando o *due process of law*, tutela o acusado. Não tinha alternativa, aí, o legislador subalterno. A declarada *urgência* exigida pelo *caput* do art. 366 predica, à margem de toda dúvida, o caráter excepcional da colheita antecipada de depoimentos e, sem necessidade de ginásticas de dialética, remete-se aos termos taxativos em que a compreende e define o próprio Código, no art.225”.¹³⁶

Conforme a manifestação Min. Cezar Peluso, o argumento de que a prova testemunhal seria por natureza urgente, capaz de justificar sempre a colheita antecipada, não convence, no sentido de que, diante da impossibilidade de se prever quando o acusado ou seu defensor comparecerão em juízo, há de forma significativa prejuízo à apuração da verdade processual.

Ademais, a 1ª Turma do Supremo vem entendendo que o simples efeito deletério que a passagem do tempo pode exercer sobre a memória das testemunhas não é idôneo à autorização para a produção antecipada das provas urgentes, nos termos do art. 366 do CPP, cuja realização deve subsumir-se às hipóteses previstas no art. 225 do CPP.¹³⁷

É certo que muito tem se discutido na jurisprudência quais seriam as hipóteses que justificariam a produção antecipada de prova. Havendo uma intensa tentativa de se impor requisitos mínimos para se admitir uma produção antecipada de provas, na hipótese de suspensão do processo do artigo 366 do CPP.¹³⁸

O Superior Tribunal de Justiça, anteriormente, se posicionou no sentido de que a decisão que aceita a produção antecipada de provas e se limita em justificá-la somente em torno da alegação dos efeitos do tempo na memória das testemunhas causaria constrangimento ilegal. Este foi o posicionamento adotado no julgamento RO em HC 21.519-DF, realizado em 27 de setembro de 2007, no qual foi a relatora a Min. Maria Thereza de Assis Moura, com a seguinte ementa:

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1ª T., RHC 83.709-3/SP, rel. para acórdão Min. Cezar Peluso, j. 30.03.2004, *DJU 01.07.20005*. *apud* PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p.197.

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, HC nº 108.064/RS, Rei. Min. Dias Toffoli, j. 13/12/2011, DJe 39 24/02/2012. *Apud* LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. 1 Niterói: Impetus, 2011. p.1257

¹³⁸ GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Súmula 455 do STJ: produção antecipada de prova. Justificação*. Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 20 de setembro de 2014.

“RECURSO EM HABEAS CORPUS. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DA PRESCRIÇÃO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA TESTEMUNHAL. JUSTIFICAÇÃO EM TORNO DO ASPECTO TEMPORAL. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PERICULUM IN MORA. CONSTRANGIMENTO. **Causa constrangimento a decisão que aceita a produção antecipada de provas, consoante previsão do art. 366 do CPP, e se limita tão-somente a justificá-la em torno da temporalidade da memória.** No caso, é indispensável que o juiz aponte concretamente as razões do deferimento da medida, sobretudo no que diz respeito à sua necessidade e urgência, não cabendo mera presunção de perecimento das informações sobre o crime. Recurso provido e ordem concedida para impedir a realização da prova antecipada, sem prejuízo de nova determinação fundamentada em dados concretos.” (grifo nosso)¹³⁹

De outra forma, posteriormente, no julgamento do HC 140.107-SP, em 17 de junho de 2010, cujo relator foi o Min. Napoleão Nunes Maia Filho, entendeu não haver qualquer tipo de constrangimento ilegal em se determinar a produção antecipada de provas, quando a demora na sua produção puder comprometer a busca da verdade, sendo justificável o fundamento de que há grande probabilidade das testemunhas não se lembrarem dos fatos presenciados. Segue a ementa.¹⁴⁰

“HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR CONTRA CRIANÇAS DE 9 E 2 ANOS. CITAÇÃO POR EDITAL. ART. 366 DO CPP. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO PRAZO PRESCRICIONAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL NA DETERMINAÇÃO DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA ORAL. PRECEDENTES DESTE STJ. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. PACIENTES FORAGIDOS. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA. 1. Da exegese do art. 366 do CPP resulta a possibilidade de o julgador determinar a produção antecipada da prova, inclusive testemunhal, na hipótese de estar suspenso o processo em decorrência da revelia do acusado, devidamente demonstrada a urgência da medida, diante das peculiaridades do caso concreto. 2. **Não se verifica, no caso, qualquer constrangimento ilegal, porquanto escorreito o posicionamento adotado pelo Tribunal a quo, eis que, conforme entendimento consolidado em diversos precedentes desta Corte, quando a demora na produção das provas puder prejudicar a busca da verdade real**, ante a grande probabilidade das testemunhas não se lembrarem dos fatos presenciados, encontra-se caracterizada a urgência da medida. 3. Sendo indubitosa a ocorrência do crime e presentes suficientes indícios de autoria, não há ilegalidade na decisão que determina a custódia cautelar do paciente, se presentes os temores receados pelo art. 312 do CPP. 4. In casu, além da comprovada materialidade do delito e de indícios suficientes de autoria, a prisão cautelar foi decretada para assegurar a aplicação da lei

¹³⁹ BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Jurisprudência. 6ª T., RHC 21.519-DF, rel. para acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8860169/recurso-ordinario-em-habeas-corporis-rhc-21519-df-2007-0144592-0/inteiro-teor-13952009> >. Acesso em: 16/09/2014.

¹⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Súmula 455 do STJ: produção antecipada de prova. Justificação*. Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 20 de setembro de 2014

penal, uma vez que os pacientes encontram-se foragido, e para garantia da ordem pública. 5. Parecer do MPF pela concessão da ordem. 6. Ordem denegada, no entanto.” (grifo nosso)¹⁴¹

Diante da ampla discussão que se formou ao redor do tema, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 455. O projeto de Sumula foi proposto pelo Ministro Felix Ficher e aprovado pela terceira seção do Superior Tribunal de Justiça, com a seguinte redação:

“A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no artigo 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo.”

O Superior Tribunal de Justiça, assim, reafirmou o entendimento de que a produção antecipada de provas, na hipótese de citação por edital e posterior suspensão do processo, é uma medida de exceção, em que deve ser demonstrado de forma concreta o risco de a prova não poder ser produzida mais tarde no processo.¹⁴²

A Súmula nº 455 do STJ, portanto, explicita que a decisão que determina a produção antecipada de provas baseada no artigo 366 do CPP deve ser fundamentada de forma concreta, não servindo como fundamento afirmações genéricas sobre o risco de perecimento e tampouco a mera argumentação acerca do decurso do tempo.¹⁴³

Entre os processos que serviram de precedentes para a Súmula nº 455 do STJ está o HC 67.672, julgado em 28 de maio de 2008, no qual foi relator o Min. Arnaldo Esteves Lima. No julgamento, o ministro relator considerou que não ficou devidamente demonstrado o risco de a prova não poder ser produzida em momento posterior no processo, não sendo suficientes as afirmações genéricas sobre o perigo de perecimento da prova. Segue a ementa:

“HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO CURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 366 DO CPP. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA TESTEMUNHAL. NECESSIDADE NÃO DEMONSTRADA. CITAÇÃO POR EDITAL. NÃO-COMPARECIMENTO DO RÉU. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO PRAZO PRESCRICIONAL. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA. 1. **Sujeitam-se à produção antecipada, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal, as provas consideradas urgentes mediante a prudente avaliação**

¹⁴¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. 5ª T., HC 140.107-SP, rel. para acórdão Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15469723/habeas-corporis-hc-140107-sp-2009-0122202-8/certidao-de-julgamento-15469726>>. Acesso em: 17/09/2014.

¹⁴² LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.554.

¹⁴³ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.554

no caso concreto, a ser realizada pelo Juízo processante. 2. A gravidade do delito e o decurso de tempo não justificam a antecipação da prova oral, porquanto a sua urgência não decorre da natureza da prova testemunhal, mas das circunstâncias peculiares a serem analisadas caso a caso, inexistindo direito público subjetivo da acusação à sua produção antecipada. 3. A disposição contida no 366 do CPP acerca da prisão preventiva não enseja hipótese de custódia cautelar obrigatória, tendo em vista a remissão aos requisitos contidos no art. 312 do mesmo estatuto. Assim, a decisão que a decreta, quando o réu se mostra revel, também deve fazer menção à situação concreta em que a liberdade do paciente evidenciaria risco à garantia da ordem pública, da ordem econômica, à conveniência da instrução criminal ou à aplicação da lei penal. 4. Ordem concedida.” (grifo nosso)¹⁴⁴

Observa-se da ementa supracitada, que, além da devida fundamentação e demonstração do risco de perecimento da prova, a gravidade do delito também não justifica a produção antecipada de provas. Ademais, a urgência da prova testemunhal não decorre da sua natureza, mas das circunstâncias analisadas nos casos concretos, não constituindo assim direito público subjetivo da acusação a sua produção antecipada.

Outro HC que serviu como precedente para a súmula foi o 111.984, julgado em 17 de fevereiro de 2009, no qual foi relator o Min. Felix Fischer. No caso concreto, a acusada, citada por edital, não compareceu ao interrogatório nem constituiu defensor, em razão disso determinou-se a suspensão do processo e do prazo prescricional, nos termos do artigo 366 do CPP. Na mesma ocasião, o magistrado determinou a produção antecipada de provas, sob fundamento de sua imprescindibilidade.¹⁴⁵

Inconformada, a defesa impetrou habeas corpus com vistas a cassar a respectiva decisão que determinou a produção antecipada de provas. O Tribunal de Justiça, no entanto, denegou a ordem. Em seu HC, o impetrante sustentava que a produção antecipada de provas consideradas urgentes é medida excepcional que exige a presença dos requisitos típicos das medidas cautelares, uma vez que afeta o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. Ademais, defendia que a urgência na produção da prova testemunhal não fora devidamente aferida.¹⁴⁶

¹⁴⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. 5ª T., HC 67.672-SP, rel. para acórdão Min. Arnaldo Esteves Lima. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/790905/habeas-corpus-hc-67672-sp-2006-0218697-0>>. Acesso em: 17/09/2014.

¹⁴⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. 5ª T., HC 111.984-SP, rel. para acórdão Min. Felix Fischer. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abr_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=4723439&sReg=200801663760>. Acesso em: 23/09/2014.

¹⁴⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. 5ª T., HC 111.984-SP, rel. para acórdão Min. Felix Fischer. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abr_Documento.asp?sLink>

O relator Min. Felix Fischer apontou que o artigo 366 do CPP deve ser interpretado levando-se em consideração o artigo 225 do mesmo Código, no sentido de que caberia a antecipação de provas quando demonstrado que a testemunha irá ausentar-se, seja idosa ou doente. Para o relator, a produção antecipada de provas não é obrigatória nem automática, devendo ser vista como exceção.¹⁴⁷

Segue trecho do voto relator Min. Felix Fischer, no HC 111.984/SP:

"[...] a produção antecipada de prova testemunhal não é obrigatória em se tratando de suspensão estabelecida no art. 366 do CPP. Não é automática. Ela deve ser - conforme o caso - avaliada fundamentadamente. A decisão prevista no referido artigo, acerca da prova, deve ser, portanto, motivada. In casu, constata-se que o Juízo a quo não demonstrou com dados concretos extraídos dos autos a necessidade da produção antecipada da prova, restringindo-se em afirmar que o transcurso do tempo poderia influir na memória das testemunhas. Na verdade, o art. 366 se coaduna melhor com o art. 225 do que com o art. 92, todos do CPP. Esta última hipótese, acerca da inquirição antecipada de testemunhas, não traz, em princípio, nenhum gravame para o réu, em regra, presente. Justamente o sistema é que recomenda o tratamento diferenciado porquanto distintas - e, totalmente distintas - as situações. Nas prejudiciais, o réu não é, necessariamente, revel (ex vi art. 92 do CPP). Já na revelia, a possibilidade de prejuízo para o acusado pode ser, na prática, de grande monta. Aliás, igualando-se as hipóteses, a suspensão do art. 366 do CPP não teria nenhuma razão de ser (v.g., a suspensão para as alegações finais...)"¹⁴⁸

Outros julgados do Superior Tribunal de Justiça que também foram usados como precedentes para a Súmula 455 são os EREsp 469.775, o HC 132.852, o HC 103.451, o HC 45.873 e o RHC 21173.

Dessa forma, deve o Ministério Público demonstrar a existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, existente na possibilidade da testemunha, em razão dos fatos, tragam receio de que a produção da prova seja difícil ou impossível, conforme o art.225 do CPP; isto é, deve a acusação alegar com clareza e precisão, e comprovar sumariamente o motivo capaz de justificar e legitimar a preservação do depoimento. Ademais, não constitui assim direito público subjetivo da acusação a produção antecipada de prova testemunhal.¹⁴⁹

Nesse sentido, ao proferir decisão que defere a produção antecipada de

=ATC&sSeq=4723439&sReg= 200801663760>. Acesso em: 23/09/2014.

¹⁴⁷ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.554

¹⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão, Inteiro Teor. 5ª T., HC 111.984-SP, rel. para acórdão Min. Felix Fischer. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT2TEMA0>>. Acesso em: 23/09/2014.

¹⁴⁹ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p.197.

prova testemunhal com base no art. 366 do CPP, deve o juiz analisar detidamente o caso concreto e fundamentar, de maneira certa e clara, sua urgência. Não bastando a mera fundamentação de que, em razão das vicissitudes do tempo, as provas testemunhais seriam sempre urgentes, o que poderia desprestigiar os princípios do contraditório e da ampla defesa. Ademais, antecipação de provas não deve ser vista como obrigatória ou automática, em se tratando de suspensão estabelecida no art. 366 do CPP.¹⁵⁰

Observando que a lei 9.271/96 foi editada com finalidade aumentar a eficácia e a plenitude dos direitos fundamentais do acusado, o contraditório e a ampla defesa, realizando contraposição dialógica e dando mesmas condições aos sujeitos processuais, impedindo condenações de réus revéis, deve-se entender, nesse sentido, que a antecipação de prova testemunhal, com fulcro no art.366 do CPP, tem caráter de medida cautelar, visando assegurar a prova, não implicando na efetiva produção probatória, mas assecuratório.¹⁵¹

Por fim, observa-se que a edição da Súmula 455 reflete a necessidade demonstrada pelo Superior Tribunal de Justiça de firmar posicionamento acerca do tema, visando garantir a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, não permitindo que a instrução processual ocorra sem a ciência real do réu, salvo se demonstrada a real necessidade de tal medida. Desrespeitar a regra encartada na referida súmula significaria mitigar os princípios do contraditório e da ampla defesa.¹⁵²

Em face de tais considerações, diversas consequências práticas ocorrem, tais como a necessidade da acusação alegar com precisão e comprovar sumariamente o motivo e a justificação que tornem urgente a assecuração do depoimento; a necessidade da decisão judicial que defere ser devidamente fundamentada; a obrigatoriedade de produção em juízo, depois do prazo de suspensão do processo, com a presença do réu e seu defensor; a imposição de que não basta a mera fundamentação de que, em razão das vicissitudes do tempo, as provas testemunhais seriam sempre urgentes; etc.; consequências essas que, se não bem observadas, podem desconsiderar os elementos que motivaram a edição da lei 9.271/96 e da Súmula 455 do Superior Tribunal de Justiça, a perigo de ocorrer uma verdadeira produção de prova sem a

¹⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 468.

¹⁵¹ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p.197.

¹⁵² CARVALHO DE ARAÚJO, Caio César. *A produção antecipada de provas e a nova súmula 455 do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-producao-antecipada-de-provas-e-a-nova-sumula-455-do-superior-tribunal-de-justica,28950.html>>. Acesso em: 23/08/2014.

presença do réu e seu defensor, o que não é amparado pelo nosso ordenamento jurídico.¹⁵³

¹⁵³ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art.366 do CPP). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: maio/jun. 2008. n. 72, p.197.

CONCLUSÃO

Dessa forma, nota-se a importância da correta aplicação da produção antecipada de provas quando o processo estiver suspenso em razão do não comparecimento do réu após citação por edital, conforme artigo 366, do Código de Processo Penal.

Ademais, é importante salientar que até 1997, se o acusado não comparecesse após ser citado por edital, bastava que lhe fosse nomeado um defensor dativo para o prosseguimento do processo à sua revelia. Em face da patente violação aos princípios constitucionais relacionados ao processo, foi editada a lei 9.271/96, com a finalidade de garantir a efetiva participação do acusado no processo.

No entanto, após o advento da lei 9.271/96, que modificou a redação do artigo 366 do Código de Processo Penal, muito se discutiu tanto em sede jurisprudencial como doutrinária quanto à excepcionalidade da produção antecipada de provas, a exigência de que a prova produzida seja urgente e os requisitos para sua produção.

Assim, expondo tais considerações, o capítulo 1 (um) tratou de forma breve a incidência dos princípios constitucionais e infraconstitucionais no processo penal. Ademais, foram tratados detidamente os princípios do devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. Logo após, foi analisado brevemente o que a doutrina denomina de “contraditório sobre a prova”, também conhecido como “contraditório diferido ou postergado”, que pode ser entendido como o reconhecimento da atuação do contraditório após a produção da prova.

No capítulo 2 (dois), foram abordados os principais assuntos relacionados a teoria da prova, como a origem da acepção, seu conceito atual e sua importância para o processo penal. Outros pontos tratados neste capítulo foram a distinção entre prova e elemento informativo e as espécies e meios de provas; ademais, os conceitos de provas cautelares, provas não repetíveis e antecipadas, que são de grande importância para o entendimento do tema.

No capítulo 3 (três), inicialmente, foi abordada a lei nº 9271/96, que trouxe mudanças significativas para a sistemática processual penal brasileira, modificando a redação do art. 366 do CPP, assim, alterando a disciplina da revelia no processo penal. Trazendo

maior garantia ao direito de defesa, especificamente no que tange ao direito de audiência e de presença que são desdobramentos da autodefesa.

Posteriormente, foram tratados os requisitos para a produção antecipada de provas do artigo 366 do CPP, que pressupõem a hipótese de suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, previsto no mesmo artigo. Devendo atender os seguintes requisitos: a) que o acusado tenha sido devidamente citado por edital; b) que o acusado não tenha comparecido para o interrogatório; c) que o acusado não tenha constituído defensor. Ademais, para a ser deferida a referida produção antecipada de provas, exige-se que a seja demonstrada a sua urgência.

Diante disso, surgiram duas correntes doutrinárias antagônicas acerca do conceito de prova urgente, ambas apresentadas nesse capítulo. A primeira corrente sustenta que, diante do efeito deletério sobre a memória das testemunhas exercido pela passagem do tempo, a produção antecipada da prova testemunhal deve ser determinada pelo magistrado por ocasião da aplicação do art. 366 do CPP. Afirmando ainda que a prova testemunhal é por natureza urgente e capaz de justificar sempre a produção antecipada de provas.

Defendendo a primeira corrente, ainda, afirmam que aquele que atua na prática dos fóruns criminais pode atestar com facilidade os efeitos que o decurso do tempo pode causar à memória de testemunhas. Além disso, aduzem que, durante a suspensão do processo, é muito comum a mudança de endereços, o que prejudicaria a localização da vítima e das testemunhas. Portanto, defendem que, sob pena de esvaziamento da prova testemunhal, o juiz deve determinar a colheita antecipada da prova testemunhal, com fundamento no artigo 366 do CPP, antes de ser determinada a suspensão do processo e do prazo prescricional.

A segunda corrente, por sua vez, entende que a urgência da prova testemunhal não decorre da sua natureza, que deve caber ao juiz decidir de forma prudente diante das circunstâncias e peculiaridades de cada caso concreto acerca da urgência, ou não, da prova, sem haver qualquer tipo de generalização. Ademais, esta corrente ressalta a importância de que a colheita antecipada de provas não vire rotina em face da suspensão do processo do réu ausente e citado por edital.

No sentido da segunda corrente, foi exposto o julgamento do RO em HC83.709/SP, cujo relator do acórdão Min. Cezar Peluso afirmou que não convence o argumento de que a prova testemunhal seria por natureza urgente e capaz de justificar sempre

a colheita. No sentido de que, diante da impossibilidade de se prever quando o acusado ou seu defensor comparecerão em juízo, há de forma significativa prejuízo à apuração da verdade processual.

Ainda no julgamento do RO em HC83.709/SP, o Ministro Cezar Peluso disse que, se a prova testemunhal fosse urgente por natureza, mandaria a lógica que antecedesse sempre à própria instauração do processo, despindo-se da excepcionalidade que tem na produção antecipada de provas. Ademais, aduziu que no conflito entre o risco natural de perda de qualidade da prova por obra do tempo e a patente lesão à garantia da produção das provas sob o regime do contraditório, prevalece, como não podia deixar de ser, a cláusula constitucional, que, conformando o *due process of law*, tutela o acusado.

Em face dessa ampla discussão que se formou sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 455. O projeto de Súmula foi proposto pelo Ministro Felix Fischer e aprovado pela terceira seção do Superior Tribunal de Justiça. A Súmula dispõe 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.

Entre os processos que serviram de precedentes para a Súmula nº 455 do STJ está o HC 111.984, julgado em 17 de fevereiro de 2009, no qual foi relator o Min. Felix Fischer. No julgamento, o relator se manifestou no sentido de que a produção antecipada de prova testemunhal não é obrigatória, tampouco automática, em se tratando de suspensão estabelecida no art. 366 do CPP. Devendo o magistrado fundamentar e avaliar sua decisão, acerca da prova, conforme o caso concreto. Além disso, afirmou em seu voto que o Juízo a quo não demonstrou com dados concretos extraídos dos autos a necessidade da produção antecipada da prova, restringindo-se em afirmar que o transcurso do tempo poderia influir na memória das testemunhas, o que não seria suficiente para fundamentar a respectiva decisão.

Assim, através da Súmula 455, o Superior Tribunal de Justiça reafirmou o entendimento de que a produção antecipada de provas, na hipótese de citação por edital e posterior suspensão do processo, é uma medida de exceção, em que deve ser demonstrado de forma concreta o risco de a prova não poder ser produzida mais tarde no processo.

Ademais, a Súmula nº 455 do STJ explicita que a decisão que determina a produção antecipada de provas baseada no artigo 366 do CPP deve ser fundamentada afim de

demonstrar a urgência da produção da prova, não sendo suficiente afirmar que o transcurso do tempo poderia influir na memória das testemunhas. Não servindo, portanto, meras afirmações genéricas sobre o risco de perecimento e tampouco a simples argumentação acerca do decurso do tempo.

Assim, conclui-se que a decisão que autoriza asseguarção da prova testemunhal afeta direitos fundamentais como o contraditório e a ampla defesa, portanto, trata-se de medida excepcional, necessitando de devida fundamentação capaz de demonstrar a necessidade da medida. Tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro adota a exigência de fundamentação das decisões judiciais, nos termos do art. 93, IX, da CF/88, é evidente que a falta da devida fundamentação da decisão judicial, que justificará a necessidade da medida, acarretaria a sua nulidade.

Por último, observa-se que a edição da Súmula 455 reflete a necessidade demonstrada pelo Superior Tribunal de Justiça de firmar posicionamento acerca do tema, visando garantir a observância dos princípios constitucionais do processo, não permitindo que a instrução processual ocorra sem a ciência real do réu, salvo se demonstrada a real necessidade de tal medida. Desrespeitar a regra encartada na referida súmula significaria violar os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. 5ª T., HC 111.984-SP, rel. para acórdão Min. Felix Fischer. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abr_Documento.asp?s=ATC&sSeq=4723439&sReg=200801663760>. Acesso em: 23/09/2014. Link

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. 5ª T., HC 140.107-SP, rel. para acórdão Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15469723/habeas-corpus-hc-140107-sp-2009-0122202-8/certidao-de-julgamento-15469726>>. Acesso em: 17/09/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. 5ª T., HC 67.672-SP, rel. para acórdão Min. Arnaldo Esteves Lima. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/790905/habeas-corpus-hc-67672-sp-2006-0218697-0>>. Acesso em: 17/09/2014.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Jurisprudência. 6ª T., RHC 21.519-DF, rel. para acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8860169/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-21519-df-2007-0144592-0/inteiro-teor-13952009>>. Acesso em: 16/09/2014.

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

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 21ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO DE ARAÚJO, Caio César. *A produção antecipada de provas e a nova súmula 455 do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-producao-antecipada-de-provas-e-a-nova-sumula-455-do-superior-tribunal-de-justica,28950.html>>. Acesso em: 23/08/2014.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini, *Teoria geral do processo*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

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 Direito Processual Civil e processo do Conhecimento*. 14.ed. Bahia: Podivm, 2012.

FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas. *Princípios Jurídicos*. Revista Uniara, n. 20, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

Lumen Juris, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Súmula 455 do STJ: produção antecipada de prova. Justificação*. Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 20 de setembro de 2014.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*, Primeiros Estudos, 7ª Edição Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. 1 Niterói: Impetus, 2011.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*. 2. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

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

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Método

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.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 14 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

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.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo, Saraiva: 2003.

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

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal (due process of law)*. 2. Ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 4 ed. Podium, 2013.

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.

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.