

A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA ORAL NO PROCESSO PENAL

Thâmara Baia Freire de Almeida – thamarabaia.adv@gmail.com

Prof Esp. José Francisco Milagres Rabello

jfmilagresrabello@gmail.com

Especialista em Processo Civil pela Facam – Faculdade Cândido Mendes

RESUMO

A antecipação de prova oral no processo penal com fundamento no decurso do tempo ainda é objeto de discussão doutrinária e jurisprudencial, assim como os requisitos exigidos pelo artigo 366, do código de Processo Penal. O objeto do presente artigo é analisar se a justificativa do decurso do tempo por si só é suficiente para determinar a produção de prova oral, sem analisar o contexto dos autos, como a identidade e idade das testemunhas, por exemplo. Assim, analisaremos os princípios relacionados a produção de prova e a produção antecipada de prova oral com fulcro no artigo 156, I e 366, do Código de Processo Penal e com fundamento no decurso do tempo.

Palavras-chave: Antecipação de prova oral. Decurso do tempo. Artigo 366, do Código de Processo Penal.

ABSTRACT

The anticipation of oral evidence in criminal proceedings based on the course of time is still the subject of doctrinal and jurisprudential discussion, as well as the requirements required by article 366 of the Code of Criminal Procedure. The purpose of this article is to analyze whether the justification of the time course alone is sufficient to determine the production of oral evidence, without examining the context of the case, such as the identity and age of witnesses, for example. Thus, we will analyze the principles related to the production of evidence and the anticipated production of oral test with fulcrum in article 156, I and 366 of the Code of Criminal Procedure and based on the course of time.

Keywords: Anticipation of oral test. Time course. Article 366 of the Code of Criminal Procedure.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por intento abordar os aspectos da antecipação de prova no processo penal, bem como seus requisitos autorizadores e hipóteses cabíveis. Para isso, serão analisados as previsões legais insculpidas nos Código Penal e de Processo Penal, os princípios basilares e norteadores do Processo Penal e o entendimento firmado na jurisprudência pátria.

O tema escolhido para o artigo envolve grandes discussões jurídicas, pois a produção antecipada de provas trás reflexos tanto para o acusado como a vítima em razão da pretensão de ambos e da devida e necessária prestação jurisdicional por parte do Estado para que se alcance a justiça.

Assim, a abordagem do presente tema visa analisar a antecipação de prova durante a investigação policial e em fase processual, o papel do Magistrado e do Delegado e demonstrar as garantias que a produção antecipada de prova deve se submeter para não violar os direitos fundamentais e individuais do ser humano, bem com respeitar e cumprir com os princípios basilares do direito processual penal.

1 TEORIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL

É de suma importância o estudo da teoria geral da prova no processo penal para que se possa entender seu conceito, objetivo, objeto, classificação, destinatário, princípios gerais, meios de provas, entre outros aspectos.

Contudo, nesse primeiro tópico iremos nos limitar somente em analisar o conceito, objetivo e princípios gerais da prova, pois o foco do presente artigo é debater a produção antecipada de prova e não a prova em si.

1.1 CONCEITO E OBJETIVO

A palavra prova é tem origem em latim como *probatio*, que etimologicamente significa ensaio, exame, verificação, inspeção, argumento, aprovação, confirmação ou razão.

No direito processual penal o entendimento firmado é que a prova é tudo aquilo levado pelas partes ao conhecimento do Magistrado para auxiliá-lo e contribuir com para a formação do convencimento do mesmo.

Desse modo, a prova é o elemento produzido no intuito de demonstrar a veracidade ou falsidade de uma alegação, visando assim influenciar o convencimento do julgador, razão pela qual a prova se destina ao magistrado e não as partes que a produzem.

Mirabete afirma que “provar é produzir um estado de certeza na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo”. (MIRABETE, 2007. p. 249.)

O professor Nucci leciona que prova é o conjunto de elementos produzidos pelas partes ou determinados pelo juiz visando á formação do convencimento quanto a atos, fatos e circunstâncias. (BRASIL, 2002, p.293)

Assim, pode-se afirmar com segurança que o objetivo e finalidade da prova é auxiliar na formação do convencimento do julgador sobre os elementos essenciais para o deslinde da ação.

1.2 PRINCÍPIOS GERAIS

A prova no processo penal é regida por seis princípios, quais sejam, princípio do contraditório, princípio da comunhão das provas, princípio da oralidade, princípio da publicidade, princípio da autorresponsabilidade das partes, princípio da não autoincriminação.

1.2.1 Princípio do contraditório

No tocante a prova, o princípio do contraditório leciona que a prova produzida por uma das partes admite contraprova pela outra parte. Assim, o princípio em análise pode ser traduzido na máxima *audiatur et altera parte*, ou seja, ousa-se também a parte contrária, conferindo ao processo uma estrutura dialética.

1.2.2 Princípio da comunhão das provas

O princípio da comunhão das provas alude que, uma vez juntadas às provas aos autos, ela não mais pertence somente à parte que a produziu, mas sim a todos os sujeitos e aqui se entende como partes do processo.

Com fundamentação no princípio da comunhão das provas, o professor Noberto Avena defende que a parte não pode desistir da oitiva de uma testemunha arrolada por ela sem a anuência da outra parte, apesar do disposto no artigo 401, § 2º, do Código de Processo Penal, sob pena de causar prejuízo ao réu.

Uma vez trazidas aos autos, as provas não mais pertencem à parte que as acostou, mas sim ao processo, podendo, desse modo, ser utilizadas por quaisquer dos intervenientes, seja o juiz, sejam as demais partes. Em nome dessa sistemática, por exemplo, é que não se pode, *em tese*, admitir a desistência da oitiva de testemunha arrolada por um dos polos sem a anuência do outro, pouco importando se quem a arrolou foi a acusação ou a defesa. Dizemos “em tese” porque, na disciplina conferida ao procedimento comum ordinário pela Lei 11.719/2008, dispôs o art. 401, § 2.º, que as partes poderão desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, sem exigir, para tanto, a aquiescência da parte *ex adversa*. Apesar desta normatização, cremos que, em função do princípio da comunhão da prova, a concordância da outra parte com a desistência de prova oral levada a efeito pela parte contrária deve sim ser uma condição para que possa o magistrado homologá-la. Considere-se, por exemplo, que a defesa não tenha arrolado determinada testemunha pelo fato de esta já se encontrar no rol das testemunhas de acusação. Nesse caso, a desistência incondicional da testemunha pelo promotor implicaria prejuízo ao acusado (AVENA, 2017, p. 316/317.).

Contudo, tal posicionamento não é majoritário na jurisprudência pátria, haja vista que o princípio leciona que as prova já produzidas e acostadas aos autos

REDE DOCTUM DE ENSINO/VITÓRIA, ES, Brasil, maio de 2018

pertencem ao processo e não a parte que produziu, sendo então plenamente cabível e admitido a desistência da oitiva de uma testemunha pela parte que a arrolou, sem a anuência da parte contrária, desde que a prova ainda não tenha sido produzida, ou seja, desde que a testemunha não tenha sido inquirida ainda, pois uma vez colhido o depoimento da testemunha, produzida estará a prova, não sendo então nesse caso, admitido a sua desistência.

HABEAS CORPUS - HOMOLOGAÇÃO DE DESISTÊNCIA DA OITIVA DE TESTEMUNHA - AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - ART. 401§ 2º DO CPP.I - A alteração introduzida pela Lei nº 11.719/08 no CPP não deixa dúvidas quanto à possibilidade de uma das partes desistir da oitiva de testemunha por ela própria arrolada, mesmo diante da negativa da parte contrária, ao dispor, no § 2º do art. 401 daquele diploma legal que "a parte poderá desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvado o disposto no art. 209 deste Código."II - O princípio da comunhão da prova, ao prever o direito ao aproveitamento da prova por ambas as partes, diz respeito à prova efetivamente produzida nos autos, a qual passou a integrar o conjunto probatório, não possuindo o condão de dar a uma das partes o direito de interferir na iniciativa probatória da outra;III - A ausência de indicação de qualquer prejuízo para a defesa impede a declaração de nulidade da decisão de homologação da desistência da prova;IV - Ordem denegada. (TRF-2 - HC - HABEAS CORPUS : HC 201402010002644) – (sem marcação no original)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - RECEPÇÃO DOLOSA QUALIFICADA - ART. 180, § 1º DO CÓDIGO PENAL - PRELIMINAR - NULIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA - DISPENSA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DA OITIVA DE TESTEMUNHA NÃO ARROLADA PELA DEFESA SEM ANUÊNCIA DESTA - POSSIBILIDADE - TESTEMUNHAS EXCLUSIVAS DA ACUSAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 401, § 2º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - PRELIMINAR REJEITADA - MÉRITO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADOS - DESCLASSIFICAÇÃO PARA A MODALIDADE CULPOSA - INVIABILIDADE - DOLO COMPROVADO - RECURSO NÃO PROVIDO. Não há que se falar em nulidade ou cerceamento de defesa, se a testemunha exclusiva da acusação fora dispensada pelo Ministério Público sem a anuência da defesa.

Comprovadas materialidade, autoria e dolo direto do acusado, sobretudo diante das circunstâncias da infração e própria conduta do agente, imperiosa a confirmação do decreto condenatório, sendo inviável, pois, acolher as teses absolutória e desclassificatória. APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0439.12.009020-4/001 - COMARCA DE MURIAÉ - APELANTE (S): SILVIO FERREIRA DOS SANTOS - APELADO (A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS - VÍTIMA: R.M.M. – (sem marcação no original)

APELAÇÃO CRIMINAL - TRIBUNAL DO JÚRI - HOMICÍDIO COM DOLO EVENTUAL EM CONCURSO FORMAL PRÓPRIO (CP, ART. 121, CAPUT II C/C ART. 18, I E ART. 70)- PRELIMINAR - CERCEAMENTO DE DEFESA - DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DE DESISTÊNCIA DA TESTEMUNHA DA ACUSAÇÃO SEM OITIVA DA DEFESA - ALEGADA OFENSA AO CONTRADITÓRIO - INOCORRÊNCIA - PRINCÍPIO DA COMUNHÃO DAS PROVAS - POSSIBILIDADE DE DESISTÊNCIA DE TESTEMUNHA,

INDEPENDENTE DA CONCORDÂNCIA DA PARTE CONTRÁRIA, QUANDO A PROVA NÃO CHEGOU A SER PRODUZIDA (CPP, ART. 401, § 2º). MÉRITO - DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - INOCORRÊNCIA - SOBERANIA DO TRIBUNAL POPULAR (CF/88, ART. 5º, XXXVIII, C)- EXISTÊNCIA DE MAIS DE UMA VERSÃO - CONDENAÇÃO MANTIDA.I - **Em matéria processual penal, um dos princípios norteadores relativos à prova penal é o da comunhão da prova, segundo o qual, uma vez produzida, ela é comum, não pertencendo a nenhuma das partes que a introduziu no processo. Destarte, não há falar-se em nulidade por cerceamento de defesa em razão da homologação do pedido de desistência da testemunha de acusação sem ser oportunizado o contraditório, haja vista que, enquanto a prova não for produzida, a parte pode desistir de sua realização** (CPP, art. 401, § 2º).II - Muito embora o Código de Processo Penal estabeleça a possibilidade de interposição de recurso de apelação sob fundamento de decisão manifestamente contrária à prova dos autos (CP, art. 593, III, d), sem que se incorra em violação ao princípio constitucional da soberania dos veredictos (CF/88, art. 5º, XXXVIII), tal argumento somente se justifica quando a decisão do conselho de sentença se encontrar em total dissonância com o contexto probatório, caso contrário a manutenção do veredicto é medida a se impor. (TJ-SC - Apelação Criminal : APR 20130668943 SC 2013.066894-3 (Acórdão)) – (sem marcação no original)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PRELIMINAR. NULIDADE DO PROCESSO. CERCEAMENTO DE DEFESA. DESISTÊNCIA DA OITIVA DAS TESTEMUNHAS ARROLADAS PELA DEFESA DO CORRÉU. TESTEMUNHAS ARROLADAS UNICAMENTE PELA DEFESA DO CORRÉU. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ. POSSIBILIDADE DE DESISTÊNCIA DE TESTEMUNHA. **INDEPENDENTE DA CONCORDÂNCIA DA PARTE CONTRÁRIA, QUANDO A PROVA NÃO CHEGOU A SER PRODUZIDA** (CPP, ART. 401, § 2º). EIVA INEXISTENTE. **Não há falar em cerceamento de defesa por indeferimento de prova que nem sequer foi requerida pela defesa. Igualmente, é faculdade da defesa do corréu desistir das testemunhas por ele arroladas, caso já esteja satisfeito com as provas produzidas. Destaca-se, ainda, que o juiz é o destinatário das provas e estas servem para formar o seu convencimento acerca dos fatos que lhe são apresentados. Assim, entendendo o togado que o conjunto probatório é suficiente para o deslinde da quaestio, é-lhe permitido o indeferimento da diligência requerida. Não há falar-se em nulidade por cerceamento de defesa em razão da homologação do pedido de desistência da testemunha de defesa de corréu sem ser oportunizado o contraditório, haja vista que, enquanto a prova não for produzida, a parte pode desistir de sua realização** (CPP, art. 401, § 2º). IMPRONÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADA E INDÍCIOS DE AUTORIA PRESENTES. INTELIGÊNCIA DO ART. 413 DO CPP. DECOTE DE QUALIFICADORAS. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA.I - A sentença de pronúncia consiste em mero juízo de admissibilidade da acusação, bastando, para tanto, que o Juiz se convença acerca da materialidade do fato e dos indícios de autoria, a teor do disposto no art. 413 do Código de Processo Penal. Satisfeita a exigência legal e não evidenciada qualquer discriminante a que se refere o art. 23 do Código Penal, alguma causa de isenção de pena ou ainda qualquer das hipóteses previstas no art. 415 do Código de Processo Penal, a pronúncia é a medida de rigor.II - Devem ser mantidas as qualificadoras descritas, quando se encontram evidenciadas nos autos pela prova oral colhida.III - Sentença mantida. Recurso improvido. Decisão unânime. (TJ-PE - Recurso em Sentido Estrito : RSE 3309106 PE) – (sem marcação no original)

REDE DOCTUM DE ENSINO/VITÓRIA, ES, Brasil, maio de 2018

APELAÇÃO CRIMINAL. DESISTÊNCIA DE TESTEMUNHAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. INSISTÊNCIA PELA DEFESA. ROL NÃO COMUM. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO INDEFERIDO. ACERTO. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DECISÃO DOS JURADOS CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA.- Se, na fase do artigo 422 do Código de Processo Penal, as testemunhas não foram arroladas pela Defesa, não cabe a insistência por suas oitivas, tampouco se cogita a substituição.- Em sede de apelação contra a decisão dos jurados, não cabe à instância revisora substituir os membros do Conselho de Sentença e afirmar que o acolhimento da tese acusatória era "melhor" que a da defesa, mas, apenas, aferir se a versão acolhida pelo júri tem plausibilidade nos autos. (TJ-MG - Apelação Criminal : APR 10024112833579002 MG) – (sem marcação no original)

HABEAS CORPUS - PLEITO IN LIMINE PELA REDESIGNAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO - INFORMAÇÕES PRESTADAS PELA AUTORIDADE JUDICIÁRIA INFORMANDO A REDESIGNAÇÃO DA AUDIÊNCIA PARA OUTRA DATA - LIMINAR JULGADA PREJUDICADA - INSURGÊNCIA QUANTO AO ATO JUDICIAL DE DEFERIMENTO AO REQUERIMENTO FORMULADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE DESISTÊNCIA DE TESTEMUNHA ARROLADA PELA ACUSAÇÃO - DESISTÊNCIA DE TESTEMUNHA ARROLADA EXCLUSIVAMENTE PELA ACUSAÇÃO - POSSIBILIDADE - DESNECESSIDADE DE ANUÊNCIA DA DEFESA - FACULDADE DO PARQUET NA ESPÉCIE - ORDEM DENEGADA.Inexistência de previsão legal que condicione a homologação da desistência de oitiva de testemunhas à anuência da parte contrária. (TJ-PR - Habilitação : 9803672 PR 980367-2 (Acórdão) – (sem marcação no original)

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ANULAÇÃO DO FEITO A PARTIR DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. **DESISTÊNCIA DE TESTEMUNHA ARROLADA EXCLUSIVAMENTE PELO PARQUET.** POSSIBILIDADE. ART. 401, § 2º, CPP. APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA.I ? Não há que se falar em nulidade absoluta do feito diante da violação aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, uma vez que, em audiência de instrução e julgamento, **a defesa do apelante nada formulou sobre a desistência das testemunhas arroladas exclusivamente pela acusação;II ? Aplicação do artigo 400, § 2º, do Código de Processo Penal, que prevê a possibilidade de desistência de inquirição de qualquer das testemunhas arroladas pela parte;III ? Nulidade afastada;IV ? Recurso conhecido e improvido.** (TJ-AM - Apelação : APL 02052331820148040001 AM 0205233-18.2014.8.04.0001) – (sem marcação no original)

1.2.3 Princípio da oralidade

O artigo 62, da Lei nº 9.099/95 faz menção expressa ao princípio da oralidade, por meio do qual se prega que a palavra falada deve predominar sobre a forma escrita, sem que esta seja excluída.

No procedimento comum, especialmente no tocante a produção de prova, se privilegia também a produção da prova oral em detrimento da prova escrita, o que possibilita ao julgador participar dos atos de produção de prova.

Desse modo, a oralidade se sobrepõe a um princípio e se torna uma forma de conduzir um processo, implicando assim em dois subprincípios: concentração e imediação.

1.2.3.1 Princípio da concentração

O princípio da concentração já tinha previsão no ordenamento jurídico pátrio no artigo 81, da Lei nº 9.099/95, porém, com o advento da Lei nº 11.719/2008 também foi introduzido no Código de Processo Penal, nos artigos 400, 411 e 431, sendo por eles afirmados que a instrução probatória deve ser realizada em uma única audiência, ou quando não for viável, no menor número possível de audiências.

1.2.3.1 Princípio da imediação

Pelo princípio imediação busca-se que o julgador deve proceder a colheita das provas, tendo assim contato físico imediato com as partes para que, no momento de prolação da sentença, possa se recordar do aspectos mais importantes e relevantes do momento da produção probatória, visando a valoração de cada prova com maior exatidão.

1.2.4 Princípio da publicidade

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 93, inciso IX, prevê a publicidade dos atos processuais sendo exceção somente os casos de segredo de justiça. Nesse sentido, a produção de provas é um ato processual e, portanto é público, salvo nas hipóteses de segredo de justiça, como artigo 201, § 6º e 792, § 1º, ambos do Código de Processo Penal e artigo 234-B, do Código Penal, dentre outros.

1.2.5 Princípio da autoresponsabilidade das partes

Por tal princípio, as partes assumem a responsabilidade por seus atos no que tange a produção de provas, seja a inércia, erro ou atos intencionais, de modo que o êxito ou frustração na ação penal está relacionado de forma direta com a conduta probatória da parte.

1.2.6 Princípio da não autoincriminação

O princípio da não autoincriminação é traduzido na máxima *nemo tenetur se detegere* e por meio dele é garantido constitucionalmente ao acusado não produzir prova contra si mesmo, de modo que em seu interrogatório ele não é obrigado a responder as perguntas que lhe são feitas, não podendo também o seu silêncio ser utilizado em prejuízo do mesmo.

2 A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA ORAL

O artigo 156, inciso I, 225 e 366, ambos do Código de Processo Penal assim dispõem:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

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.

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.

De uma análise dos artigos acima, percebe-se que o legislador prevê a possibilidade de antecipação de provas na fase pré processual e processual, de modo que para adoção de tal medida deverão ser consideradas provas urgentes.

Todavia, o código de processo penal não expressou o que considera como prova urgente, deixando a entender que se trata da prova que, em razão do decurso do tempo, há profundo receio de que não possa existir e/ou ser produzida no momento oportuno da instrução criminal, sendo, então, necessária a sua produção antecipada a fim de resguardá-la.

Nesse sentido, o conceito de prova urgente é unânime na doutrina e jurisprudência majoritária pátria, de forma que ambas lecionam no sentido de que provas urgentes são aquelas que ao tempo da instrução probatória podem não vir a existirem. Veja-se:

O art. 366 do CPP, ao determinar que ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional quando o réu, citado por éditos, não atender ao chamamento da Justiça, nem constituir advogado, facultou ao Magistrado ordenar a produção antecipada das provas consideradas urgentes. Regulamentada pelo art. 225 do referido diploma, a produção antecipada da prova testemunhal está sujeita ao princípio da urgência, que se entende pelo fundado receio de que, ao tempo da instrução processual, as testemunhas já não existam ou se tenham mudado do território da comarca. Nesta matéria, como no mais, o prudente arbítrio do Juiz é que haverá de ditar a forma de proceder (TACRIM-SP. – 6ª C. - HC 312.098/3 - rel. Almeida Braga - j. 01.10.97).

Consideram-se urgentes, para os efeitos do art. 366 do CPP, as provas que, em razão do decurso do tempo - consumidor de todas as coisas (*tempus edax rerum*) -, poderiam perecer, tornando impossível sua realização quando acaso comparecesse o réu a Juízo, sendo forçoso preservá-las '*ad perpetuam rei memoriam*' (TACRIM-SP. - 1ª C. - HC 312.226/8 - rel. Eduardo Goulart - j. 9.10.97).

Que provas são estas? Depende do caso concreto. Todavia, em se tratando de perícias, busca e apreensão, e até mesmo de audiência de testemunhas, não se lhes pode negar o caráter de urgência, à semelhança do que ocorre com o art. 92 do CPP, ao dispor que, sendo suscitada questão prejudicial, séria e fundada, a respeito do estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente. (TOURINHO FILHO, 1997, p. 628/629.)

Superado o conceito de prova urgente, passamos a análise dos momentos para a produção antecipada da prova.

2.1 MOMENTO PRÉ PROCESSUAL

O momento pré processual é a fase de investigação, cujo é admitido o contraditório diferido, posto que é o inquérito policial é um procedimento inquisitorial, apesar de ser garantido ao advogado do investigado o acesso as provas já documentadas nos autos. Dessa forma, o defensor do investigado fica a rigor da discricionariedade do delegado, assim como do investigador.

Assim, durante o inquérito policial o investigado ainda não é acusado, de forma que não pode vir a se tornar, caso o delegado não o indície ou o promotor de justiça não o denuncie. Portanto, o investigado não participa de forma ativa da produção de provas durante a fase inquisitorial.

No inquérito policial não há uma acusação formalizada pelo Ministério Público, de forma que as provas produzidas neste momento não poderiam ser utilizadas em momento futuro para ajudar formar a convicção do magistrado, sem que sejam ratificadas durante a instrução criminal.

Como não há acusação formalizada, a prova oral antecipada a ser colhida deve ser quanto a provável imputação feita ao investigado no auto de prisão em flagrante delito ou em outras provas colacionadas aos autos, de forma que as provas colhidas sob o manto da ampla defesa e do contraditório só terá valor se for a respeito dos fatos já identificados e definidos entre as partes que participaram da produção da prova.

Na produção antecipada de prova na fase pré processual, apesar de ser realizada em um momento inquisitivo, é necessário garantir o contraditório e a ampla defesa com a participação do investigado na produção das provas e presença do Ministério Público e do Magistrado.

Quanto ao procedimento em si, a doutrina leciona que o requerimento de produção antecipada de prova deve ser feito em autos apartados da investigação criminal.

[...] Evidente então que este procedimento deverá a partir desta etapa contar com a presença do Ministério Público, sob a presidência do juiz competente. Além disso, tal procedimento seguirá alguns requisitos essenciais, quais sejam: [...] da seguinte maneira: 1- formulação de requerimento motivado pelo Ministério Público (ação penal pública), pelo ofendido (ação penal privada) ou pelo indiciado ou suspeito, endereçado ao juiz competente; 2- para apreciar o pedido, em concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, prevalecerá aquele que tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do procedimento investigatório, tais como decretação de prisão preventiva, concessão de fiança, mandado de busca e apreensão ou autorização de interceptação telefônica (CPP, art. 83). Não havendo prevenção entre os juízes, a precedência da distribuição fixará a competência (CPP, art. 75); 3- deferido o pedido, o juiz procederá à ouvida da testemunha, com a participação do Ministério Público, do ofendido, do indiciado ou suspeito, devidamente acompanhados de advogado, resguardado o contraditório (AMICO, 2008, p. 8).

Dessa forma, a função do delegado, em suma, é informar o Ministério Público para que esse possa requerer ao magistrado a produção antecipada de prova em autos apartados, pelo que o inquérito policial seguirá seu curso normal.

Assim, na fase pré processual a produção antecipada de prova oral está prevista no artigo 225, do Código de Processo Penal, de forma que se fosse algo simples, com certeza seria mais utilizado pela justiça, pois, afinal, desde que a prova respeite o contraditório e a ampla defesa, ela poderá ser utilizada no convencimento do juiz, conforme artigo 155, do Código de Processo Penal.

[...] a) os elementos probatórios colhidos na fase investigatória, prévia ao processo, servem exclusivamente para a formação do convencimento do acusador, não podendo ingressar no processo e ser valorados como provas (**salvo se se tratar de prova antecipada, submetida ao contraditório judicial**, ou de prova cautelar, de urgência, sujeita a contraditório posterior); b) o exercício da jurisdição depende de acusação formulada por órgão diverso do juiz (o que corresponde ao aforisma latino *nemo in iudicio tradetur sine accusatione*); c) todo o processo deve desenvolver-se com contraditório pleno, perante o juiz natural. [...] (GRINOVER, 1999, p. 71-79) (grifo nosso).

2.2 MOMENTO PROCESSUAL

A produção antecipada de prova no momento processual é basicamente regida pela redação do artigo 366, do Código de Processo Penal, no qual regulamenta o procedimento a ser adotado quando o réu, citado por edital, não comparecer em juízo e nem mesmo responder ao chamamento processual.

O artigo 366, do Código de Processo Penal autoriza a antecipação de prova no caso em que o réu for citado por edital, desde que sejam consideradas provas urgentes.

Diferente da fase inquisitorial, na produção antecipada de provas no momento processual são superadas algumas questões como a presença do magistrado, a acusação formalizada consubstanciada na denúncia oferecida pelo Ministério Público e a ampla defesa e o contraditório.

A questão relevante no momento processual gira em torno da fundamentação da decisão que autoriza a produção antecipada de prova, posto que deve ser concretamente fundamentada, não bastando como justificativa somente o decurso do tempo, nos termos da súmula 455, do STJ.

SÚMULA N. 455-STJ. 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. Rel. Min. Felix Fischer, em 25/8/2010.

Para que haja a antecipação das provas consideradas urgentes na fase processual é necessário que o acusado não seja encontrado para ser citado pessoalmente, sendo, então, citado por edital, o que não importa na revelia,

pois suspende o curso do processo e o lapso prescricional enquanto o acusado não for citado pessoalmente.

Dessa forma, cabe o juiz analisar o contexto fático narrado nos autos para verificar se ao tempo normal da instrução criminal seja impossível ou demasiadamente difícil realizar a oitiva das testemunhas.

Na antecipação da prova o devido processo legal deverá ser observado, de forma que é necessário a presença do Magistrado, Ministério Público e defensor do acusado, sendo que, quando da não constituição deste pelo próprio réu, o Magistrado deverá nomear o defensor público da vara ou advogado dativo para promover a defesa e defender os interesses do réu na produção antecipada de prova.

Corroborado com o enunciado da súmula 455 do STJ, o renomado doutrinador e também desembargador do TJ/SP, Guilherme de Souza Nucci, assevera que artigo 366, do Código de Processo Penal deve ser aplicado somente em casos extremamente necessários, a fim de que o instituto não seja banalizado e que a exceção se torne uma regra.

Nessa fase, a antecipação de prova ora possui caráter conservativo e não visa na total e efetiva realização da instrução probatória. Segundo Peluso, “Na hipótese da suspensão do processo determinada pelo art. 366, do CPP (LGL19418), a "produção antecipada" da prova oral tem o nítido caráter de medida cautelar incidental ad perpetuum rei memoriam, que visa à segurança da prova, tão-somente documentando algum fato cujo desaparecimento seja provável, para que, posteriormente, possa ser utilizado como prova, preservando, assim, a sua futura produção do perigo que a ameaça. Não se trata, pois, de verdadeira produção emergencial e antecipada de prova, como ocorre, v.g., nos casos definidos no art. 225, do CPP (LGL19418) [...]” (PELUSO, 2008, p. 188/189).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, com o que fora exposto acima nossa intenção foi demonstrar a importância do instituto da antecipação de prova prevista no Código de Processo Penal, a fim de que as provas realmente urgentes não pereçam.

Todavia, é necessária uma fundamentação idônea e não somente o decurso do tempo para a produção antecipada de provas consideradas urgentes, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça e renomados doutrinadores, resguardando e observando desse modo o devido processo legal.

Lado outro, para conferir validade à produção antecipada de prova esta tem que ser feita sempre primando pela garantia da ampla defesa e do contraditório, ou seja, sempre na presença do Juiz, Promotor de Justiça e Defensor Público ou dativo, sendo oportunizado no futuro, quando do comparecimento do réu, o mesmo se manifestar com relação às provas produzidas em sua ausência, seja na fase inquisitorial ou processual.

Importante ressaltar que, no caso da suspensão do processo, nos termos do artigo 366, do Código de Processo Penal, é imprescindível a citação do réu por edital para a validação da produção antecipada de prova.

Por fim, a possibilidade da produção antecipada de prova no processo penal é fato indiscutível e previsto no próprio Código de Processo Penal, sendo prevista tanto para fase inquisitorial, como na processual. O que se torna discutível é decidir o que é uma prova urgente, porquanto o mero decurso do tempo não mais serve como fundamento isolado para adoção da medida.

REFERÊNCIAS

AMICO, Carla Campos. **A nova redação dos artigos 155 e 156 do código de processo penal e a produção antecipada da prova testemunhal na fase do inquérito policial**. São Paulo: Boletim IBCCrim, n. 192, p. 7-8, nov. 2008.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 9 ed. Rev., atual e ampl. Ed. Método, 2017, pag. 316/317.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.
Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. **Código de Processo Penal de 1941**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>.
Acesso em: 20 abr. 2018.

Código de Processo Penal comentado. 2. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 293.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. São Paulo: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 7, n. 27, 1999, pp. 71-79.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art. 366 do CPP). São Paulo: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 16, n. 72, p. 186-206, maio 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**, vol. 1, 2.^a ed., São Paulo: Saraiva, 1997.