

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

JÉSSICA DAL CONTE MASIERO

**ASPECTOS CONTROVERTIDOS SOBRE A INCIDÊNCIA DO ARTIGO 366 DO
CÓDIGO DE PROCESSO PENAL CONTRA O PERECIMENTO DA PROVA
TESTEMUNHAL**

PORTO ALEGRE

2024

JÉSSICA DAL CONTE MASIERO

**ASPECTOS CONTROVERTIDOS SOBRE A INCIDÊNCIA DO ARTIGO 366 DO
CÓDIGO DE PROCESSO PENAL CONTRA O PERECIMENTO DA PROVA
TESTEMUNHAL**

Monografia apresentada como Trabalho de Conclusão de Curso para requisito de obtenção de título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Professor Doutor Mauro Fonseca Andrade

PORTO ALEGRE

2024

JÉSSICA DAL CONTE MASIERO

**ASPECTOS CONTROVERTIDOS SOBRE A INCIDÊNCIA DO ARTIGO 366 DO
CÓDIGO DE PROCESSO PENAL CONTRA O PERECIMENTO DA PROVA
TESTEMUNHAL**

Monografia apresentada como Trabalho de Conclusão de Curso para requisito de obtenção de título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Professor Doutor Mauro Fonseca Andrade

Aprovado em 20 de fevereiro de 2024.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade (Orientador)

Prof. Dr. Pablo Rodrigo Afllen da Silva (Membro da banca)

Prof. Dr. Sami Abder Rahim Jbara El Jundi (Membro da banca)

AGRADECIMENTOS

A Deus, por todas benções na minha vida, entre elas, a tão sonhada vaga na Federal, e à Maria Santíssima, que sempre passou à frente de todos os obstáculos presentes na graduação.

Aos meus pais, que me proporcionaram ter dedicação total aos estudos nos últimos meses de faculdade.

Ao meu namorado, por ser meu parceiro e incentivador desde o primeiro ano de graduação e porque o futuro que planejamos é o que me motiva a conquistar todos meus objetivos.

Às minhas amigas, Rafaella e Gabriela, que me acompanharam em tantas fases da vida e nesta não seria diferente.

Por fim, ao meu orientador, professor doutor Mauro Fonseca Andrade, cuja carreira ministerial representa não só um grande exemplo para mim, como também um objetivo profissional.

RESUMO

A possibilidade de produção probatória antecipada no processo penal é fato indiscutível. Todavia, esta monografia possui o ponto de partida em aspectos controvertidos acerca da incidência do artigo 366 do Código de Processo Penal, dispositivo que autoriza a produção antecipada de provas consideradas urgentes, na hipótese em que o processo é suspenso em razão de citação editalícia e do não comparecimento do réu em juízo. A problemática, portanto, reside no fato do legislador não ter especificado critérios de urgência para a determinação da prova antecipada e, em razão disso, a doutrina e a jurisprudência estabeleceram limites para a interpretação da eventual incidência do aludido artigo. Sob a justificativa de preocupação com as garantias do devido processo legal, percebe-se que os doutrinadores tendem a desencorajar a produção da prova antecipada. Todavia, a partir da metodologia de pesquisa bibliográfica de doutrina, legislação e jurisprudência existentes sobre o tema, buscou-se demonstrar que a antecipação probatória nos termos postulados não enseja qualquer prejuízo ao réu e, em verdade, é essencial para evitar o perecimento da prova testemunhal.

Palavras-chave: Produção Antecipada de Provas. Prova Testemunhal. Artigo 366 do Código de Processo Penal. Contraditório e Ampla Defesa.

ABSTRACT

The possibility of anticipated production of evidence in criminal proceedings is an indisputable fact. However, this monograph has a starting point in controversial aspects regarding the incidence of article 366 of the Brazilian Code of Criminal Procedure, a provision that authorizes the anticipated production of evidence considered urgent, in the event that the process is suspended due to a summons and the defendant's failure to appear in court. The problem, therefore, lies in the fact that the legislator didn't specify urgency criteria for determining early proof and, as a result, doctrine and jurisprudence established limits for the interpretation of the possible impact of the aforementioned article. Under the justification of concern about the guarantees of due legal process, it's clear that authors tend to discourage the production of anticipated evidence. However, based on the bibliographical research methodology on existing doctrine, legislation and jurisprudence on the subject, we sought to demonstrate that the anticipation of evidence in the postulated terms does not cause any harm to the defendant and, in fact, is essential to avoid the loss of testimonial evidence.

Keywords: Anticipated production. Testimonial Evidence. Article 366 of the Brazilian Code of Criminal Procedure. Contradictory and Defense.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	7
2.	TEORIA GERAL DA PROVA	10
2.1.	CONCEITO DE PROVA.....	11
2.2.	MEIOS DE PROVA.....	13
2.3.	ELEMENTOS DE PROVA E RESULTADO PROBATÓRIO.....	15
3.	PROVA TESTEMUNHAL	16
3.1.	CONCEITO.....	17
3.2.	PROCEDIMENTO PROBATÓRIO.....	18
4.	PRINCÍPIOS DA ATIVIDADE PROBATÓRIA	20
4.1.	DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ÂMBITO CRIMINAL.....	20
4.2.	PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.....	21
5.	PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS	24
5.1.	MOMENTOS PROBATÓRIOS.....	24
5.2.	LEGISLAÇÃO APLICÁVEL.....	27
5.3.	MOMENTOS DA PRODUÇÃO ANTECIPADA.....	28
5.3.1.	MOMENTO PRÉ-PROCESSUAL.....	29
5.3.2.	MOMENTO PROCESSUAL.....	30
6.	PROVA ANTECIPADA DO ARTIGO 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	33
6.1.	NATUREZA JURÍDICA.....	33
6.2.	GARANTIAS.....	35
6.3.	CONCEITO DE PROVA URGENTE.....	37
7.	JURISPRUDÊNCIA	40
8.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
	REFERÊNCIAS	48

1. INTRODUÇÃO

Nas palavras do jurista Tourinho Filho¹ “provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la”. Assim, a prova é elemento instrumental destinado à formação do convencimento do juiz acerca da veracidade de uma afirmação e, na seara criminal, muito se discute acerca da produção probatória em busca da verdade. Esta e outras discussões sobre tópicos da teoria geral serão exploradas em momento oportuno, mas, pode-se, desde já, verificar a importância deste instituto no processo penal.

Outrossim, nos termos do artigo 155 do Código de Processo Penal², que introduz as disposições gerais sobre a prova, “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial”. Desse modo, é inegável a importância do papel desempenhado pela produção probatória, vez que elemento necessário para a decisão da causa.

Não obstante, a parte final da redação do dispositivo acima descrito estabelece que o julgador não pode fundamentar a sentença exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e *antecipadas* – sendo estas últimas o tema deste trabalho de conclusão de curso.

Sobre a temática, Fernando Capez³ esclarece que a prova antecipada “é aquela produzida antes do momento destinado à instrução processual”, podendo ser suscitada tanto na fase de investigação criminal, quanto durante o curso do processo criminal. Assim, neste trabalho, serão abordados os dois momentos da produção antecipada de provas, mas a delimitação do tema estará fundada no artigo 366 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, será realizada uma análise aprofundada acerca da natureza e das garantias as quais a produção probatória prevista no artigo 366 do Código de Processo Penal se submete, vez que tal dispositivo nos apresenta hipótese em que,

¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 569.

² BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 27 jan. 2024.

³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 474.

diante do não comparecimento em juízo do réu citado por edital, é autorizada a produção de provas antecipadas consideradas urgentes.

Percebe-se, assim, que o Código de Processo Penal garante a efetividade da persecução penal, assegurando que nenhuma prova, seja testemunhal ou pericial, pereça em razão do decurso de tempo. Contudo, na letra da lei, a prova antecipada representa uma exceção ao contraditório judicial, sendo possível aferir que o legislador *i)* entende que a produção de provas antecipadas infringe o princípio do contraditório, e que, apesar disso, *ii)* quis garantir a efetividade do processo penal em detrimento de tal princípio.

No entanto, ao contrário do que se verifica no entendimento legislado, nesta pesquisa, busca-se demonstrar que toda produção probatória está sujeita ao devido processo legal e aos seus princípios corolários, quais sejam, do contraditório e da ampla defesa – e com a prova antecipada não seria diferente.

Outrossim, existe todo o procedimento probatório a ser seguido na produção de provas, o qual representa um conjunto de normas que decorrem dos aludidos preceitos constitucionais, a fim de afastar qualquer liberdade indiscriminada dos julgadores. Contudo, no que atine ao artigo 366 do Código de Processo Penal, a insegurança permanece.

Isto porque o legislador não fixou parâmetros a serem seguidos na eventual determinação de produção de provas antecipadas, criando o desafio de identificar a característica de uma *prova urgente*. Desse modo, as discussões acerca do contraditório na produção antecipada de prova e da caracterização daquelas consideradas urgentes encontram divergência doutrinária e jurisprudencial.

Inclusive, na tentativa de interpretar a lei e unificar o entendimento acerca da produção antecipada de provas, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou a matéria e editou a Súmula n. 455⁴. Porém, conforme será analisado em tópico específico de jurisprudência, o entendimento sumulado vem sendo mitigado pela própria corte que uma vez lhe deu origem.

Portanto, a problemática recai, essencialmente, nas discussões controvertidas acerca da preocupação com as garantias constitucionais (ampla defesa e

⁴ Súmula nº 455. 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. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 455**. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?sumula=455.num.>> Acesso em 31/01/2024.

contraditório) as quais a produção probatória antecipada deve estar submetida, assim como na dificuldade em se verificar a urgência de uma prova.

Entendendo que o decurso de tempo acarreta falhas à memória humana, e abre a possibilidade do efetivo perecimento da prova, o objetivo principal deste trabalho consiste em demonstrar a importância da produção antecipada para um conjunto probatório seguro. Ao contrário do entendimento doutrinário majoritário, demonstrar-se-á que o instituto da antecipação, especificamente do artigo 366 do Código de Processo Penal, não afasta o direito de defesa e tampouco acarreta prejuízos ao réu.

Assim sendo, em tópico específico, será superado este principal aspecto controvertido acerca da incidência da antecipação probatória, vez que não há em que se falar em qualquer violação às garantias constitucionais do devido processo legal na sua produção.

Forçoso reconhecer que, dentre as provas a serem antecipadamente produzidas, a prova testemunhal é a que possui maior importância e, não raro, na ausência dela ou havendo uma colheita ineficaz, o juiz enfrentará sério entrave a um decreto condenatório ou absolutório.

Em razão disso, a fim de demonstrar a importância da produção probatória antecipada na prova testemunhal, adotou-se a metodologia de pesquisa bibliográfica, baseando-se no tripé *doutrina, legislação e jurisprudência*. Sendo assim, esta monografia pretende contribuir com a elucidação de pontos controvertidos sobre a aplicação do artigo 366 do Código de Processo Penal, que, infelizmente, ainda possui bastante resistência no judiciário brasileiro.

2. TEORIA GERAL DA PROVA

O instituto da prova passou por diversas fases até se desenvolver nos moldes que hoje conhecemos. Nos tempos primitivos, sabe-se que imperou a justiça privada e, após, ainda nos primórdios da humanidade, a religião exerceu importante papel. Assim, numa breve análise histórica, nesse contexto que se desenvolveram os primeiros meios de prova, conhecidos por ordálias, que consistiam em desafios dolorosos impostos aos acusados, cujo resultados indicavam a inocência ou culpa destes.

Estes "diversos métodos e formas jurídicas de obtenção da verdade, desde as ordálias e juízos de deus (ou dos deuses), na Idade Média, em que o acusado submetia-se a determinada provação física"⁵, foram reconhecidos como provas até serem progressivamente substituídos pela tortura, utilizada nos testemunhos e confissões.

Assim, nas palavras de Graciela Iurk Marins⁶, "ao estudar a história da prova é possível notar a sua correspondência ao grau de desenvolvimento da civilização", de modo que, atualmente, não se admite provas cruéis, desumanas ou torturantes. Ao contrário, no processo penal brasileiro, imperam as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Outrossim, na justiça penal, situa-se um dos bens jurídicos mais preciosos de todo indivíduo: sua liberdade. Assim, compreensível porque a Constituição Federal regula e traz disposições fundamentais relativas as garantias processuais, conforme explica Hélio Tornagui⁷:

A lei processual protege os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes.

Diante disso, antes de adentrar no tema sobre a produção antecipada de provas, devem ser assentadas certas premissas acerca da prova no processo penal,

⁵ PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 325-326.

⁶ MARINS, Graciela Iurk. **Produção Antecipada de Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 15.

⁷ TORNAGUI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 75.

desde seu conceito e finalidade, até todo o procedimento a ser seguido para que ela seja válida.

2.1 CONCEITO DE PROVA

Do latim *probatio*, que emana do verbo *probare*, com o significado de examinar, demonstrar, persuadir, a prova é considerada o conjunto de elementos que visam à formação do convencimento do julgador e que este utiliza para fundamentar a sua decisão.

Por tal conceito, as provas são as atividades humanas que podem ser desenvolvidas por diversos sujeitos de modo a influir no julgamento, pois por elas que o julgador é comunicado do conhecimento dos fatos, conforme leciona Fernando Capez⁸:

Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156, I e II, 209 e 234) e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação.

Todavia, a respeito deste conceito, existem discussões doutrinárias acerca da função que a prova exerce, as quais divergem desde uma busca incondicional da verdade ao mero convencimento judicial: por aquela, afirma-se que o processo penal possui a finalidade de encontrar a verdade real; por este, problematiza-se a noção de verdade em âmbito processual.

Ocorre que parece pairar certa impropriedade e, por que não, ingenuidade, no discurso daqueles que sustentam que a prova serve para alcançar a real verdade dos fatos. A consequência gerada pela adoção dessa postura pode, inclusive, se traduzir na deturpação da função jurisdicional, aproximando o processo penal ao sistema processual inquisitório. Assim alerta o jurista Eugênio Pacelli⁹:

Não só é inteiramente inadequado falar-se em verdade real, pois que esta diz

⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 369.

⁹ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 332.

respeito à realidade do já ocorrido, da realidade histórica, como pode revelar uma aproximação muito pouco recomendável com um passado que deixou marcas indeléveis no processo penal antigo, particularmente no sistema inquisitório da Idade Média, quando a excessiva preocupação com a sua realização (da verdade real) legitimou inúmeras técnicas e obtenção da confissão do acusado e de intimidação da defesa.

Logo, a posição de que a prova possui a finalidade da descoberta da real verdade dos fatos encontra-se equivocada. Assim, na esfera do direito processual penal, a verdade é uma tentativa de reconstrução histórica de algum fato ocorrido no passado, na qual se almeja a versão mais provável possível. Sobre isso, Duclerc¹⁰ explica:

Qualquer conclusão a que se chegue (...) tem (...) o valor de uma hipótese apenas probabilística, pois um mesmo conjunto de observações pode, não raro, admitir diversas explicações. Em suma, por mais eloquentes que sejam os dados do passado deixados no presente (depoimentos de testemunhas, indícios materiais coletados e analisados por peritos, documentos, etc.), absolutamente nada nos imuniza contra a possibilidade de erro judiciário.

Em razão disso, na tentativa de desmistificar a posição tradicional a respeito da busca da verdade, desenvolveu-se o conceito de uma verdade processual, isto é, uma certeza alcançada a partir da reconstrução histórica no processo. Portanto, a fim de superar o conflito da finalidade da prova, forçoso reconhecer a dupla função probatória, por um lado, admitindo-se as limitações da busca da verdade e, por outro, que, por meio da verdade processual, é possível obter um processo justo. Compartilha este entendimento o professor Gustavo Badaró¹¹:

Todavia, como já exposto, **conhecimento da "verdade" nunca será absoluto**. E, no processo, aos óbices naturais do conhecimento humano em geral, somam-se as diversas limitações legais decorrentes das regras sobre a admissão, produção e valoração da prova. O juiz jamais obterá uma certeza absoluta, ou o conhecimento absoluto da verdade. **Ainda assim, não é possível abrir mão da busca da verdade, que é o único critério aceitável como premissa para uma decisão justa**. O juiz, com base nos meios de prova produzidos, deve procurar atingir o conhecimento verdadeiro dos fatos para, **diante da "certeza" - entendida em termos de elevadíssima probabilidade - de sua ocorrência, realizar a justiça no caso concreto**. (Grifou-se)

¹⁰ DUCLERC, Elmir. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 383.

¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021. Versão e-book: Capítulo 10: Da prova.

Portanto, em que pese a ausência de unanimidade doutrinária, entende-se, neste trabalho, que a busca da verdade processual, com a reconstrução mais fiel possível dos fatos da causa, é, também, finalidade da prova, de modo a aproximar o processo penal da noção de justiça. Assim, o instituto da prova pode (e deve) ser entendido como elemento usado para auxiliar na formação do convencimento do juiz, na busca da verdade sobre os fatos alegados, conforme resume Graciela Marins¹²:

Efetivamente, prova é o produto da atividade das partes no processo, que serve à convicção do julgador sobre a verdade dos fatos afirmados. A prova existe, no processo, para levar o julgador à convicção sobre a veracidade ou não das afirmações dos litigantes. É esta a sua finalidade, é este o seu sentido. Daí a razão para que o conceito de prova tome por base o sentido de resultado.

2.2 MEIOS DE PROVA

Os meios de provas são os instrumentos admissíveis pelo ordenamento jurídico à prova dos fatos, ou seja, responsáveis pela introdução das provas no processo penal – que se dá sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Nas palavras de Tourinho Filho¹³, “é tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo: testemunha, documento, perícia, informação da vítima, reconhecimento, tudo são meios de prova.”

O Código de Processo Penal especifica diversos meios de prova entre os artigos 158 a 250, que constituem os chamados meios legais, conforme ensina Marcellus Polastri Lima¹⁴:

Estão relacionados no Código de Processo Penal os seguintes meios de prova, que melhor serão analisados no decorrer desta obra, ressaltando que, como se verá, a busca e apreensão, em regra terá a natureza cautelar:

- I) exame de corpo de delito e outras perícias (arts. 158 a 184);
- I) interrogatório do acusado (arts. 185 a 196);
- II) perguntas ao ofendido (art. 201);
- IV) testemunhas (arts. 202 a 225);
- V) reconhecimento de pessoas ou coisas (arts. 226 a 228);

¹² MARINS, Graciela Iurk. **Produção Antecipada de Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 38.

¹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 571.

¹⁴ LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 433.

VI) acareação (arts. 229 a 230);
 VII) documentos (arts. 231 a 238);
 VIII) busca e apreensão (arts. 240 a 250);
 IX) indícios (art. 239).

A enumeração disposta no Código Processual Penal, contudo, não é taxativa, sendo admitidos outros meios que compatíveis com os limites legais, que respeitem os princípios ao direito de defesa e contraditório, e que “não sejam indignos, imorais, ilícitos ou ilegais, respeitando a ética e o valor da pessoa humana”.¹⁵

Assim, nem tudo é permitido no momento de produção probatória, de modo que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI, regulamenta serem “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”¹⁶, apresentando-nos o conceito de prova proibida.

Existem diversas provas consideradas proibidas, destacando-se as provas classificadas em ilegítimas e ilícitas. Embora a legislação processual penal não realize uma distinção clara entre elas, Aury Lopes Junior¹⁷ ministra uma diferenciação bastante elucidativa:

Devem-se distinguir prova ilegal, ilegítima e ilícita. A prova “ilegal” é gênero, do qual são espécies a prova ilegítima e a prova ilícita. Assim:

- prova ilegítima: quando ocorre a violação de uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, no processo. A proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for imposta em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo. Exemplo: juntada fora do prazo, prova unilateralmente produzida (como o são as declarações escritas e sem contraditório) etc.;
- prova ilícita: é aquela que viola regra de direito material ou a Constituição no momento da sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a este (fora do processo). Nesse caso, explica MARIA THEREZA, embora servindo, de forma imediata, também a interesses processuais, é vista, de maneira fundamental, em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo. Em geral, ocorre uma violação da intimidade, privacidade ou dignidade (exemplos: interceptação telefônica ilegal, quebra ilegal do sigilo bancário, fiscal etc.).

Dessa maneira, embora o rol de meios de provas dispostos no Código de Processo Penal não seja taxativo, o que proporciona ampla liberdade de produção probatória às partes, certas regras devem ser obrigatoriamente observadas.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Art. 5º. LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jan. 2024.

¹⁷ LOPES JÚNIOR. Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 394.

2.3 ELEMENTOS DE PROVA E RESULTADO PROBATÓRIO

Os elementos de prova são “todos os fatos ou circunstâncias em que repousa a convicção do Juiz”¹⁸, ou seja, aquilo que se extrai do meio de prova, tais como os depoimentos colhidos durante a instrução probatória e os resultados de perícias realizadas no curso processual, por exemplo.

Ao seu turno, o resultado da prova é a conclusão do julgador após a valoração destes elementos, conforme leciona Badaró¹⁹:

Finalmente, a prova pode ser identificada com o resultado probatório, isto é, o convencimento que os meios de prova geram no juiz e nas partes. Nesse sentido, por exemplo, o art. 312 do CPP se refere à “prova da existência do crime”.

Assim sendo, este trabalho de conclusão de curso está fundamentado na preservação de uma espécie de elemento de prova, qual seja, os depoimentos colhidos em juízo, a fim de evitar o perecimento da prova e garantir um efetivo resultado probatório - que, por sua vez, se traduz em um convencimento judicial seguro. No que atine ao tema da produção antecipada de provas do artigo 366 do Código de Processo Penal, o cerne da pesquisa se deterá no meio de prova mais utilizado no processo penal: o testemunhal.

¹⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 571.

¹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021. Versão e-book: Capítulo 10: Da prova.

3. PROVA TESTEMUNHAL

Apesar das críticas existentes direcionadas mormente à fragilidade, à capacidade de rememoração do indivíduo e às falhas da memória humana, merece destaque as palavras do jurista Jeremy Bentham²⁰:

As testemunhas são os olhos e os ouvidos da Justiça. Desde que os homens existem e desde que têm a pretensão de fazer justiça, hão valido das testemunhas como o mais fácil e comum meio de prova; sua importância no campo criminal é considerável. Frequentemente é a única base da acusação.

Assim, é inegável a relevância das testemunhas como principal meio de prova no processo penal. Contudo, considerando que a memória humana é suscetível de falhas com o decurso de tempo, a prova testemunhal, para ser efetiva, deve ser colhida em momento oportuno. Outrossim, certamente, colher os depoimentos depois de transcorrido muito tempo desde o fato não é de grande utilidade para a apuração dos fatos imputados nas ações penais, realidade esta que se verifica na prática jurídica penal.

A exemplo disso, no caso específico em que as testemunhas são agentes de segurança pública, cujo trabalho diário é efetivar diversas investigações em moldes bastante semelhantes, é possível verificar com maior precisão o efeito que o decurso de tempo causa na produção probatória, sendo comum que ocorra a confusão entre determinado fato e tantos outros eventos análogos inerentes ao ofício policial.

Atualmente, na maioria dos processos criminais, a abordagem policial é o primeiro contato que o poder público tem com o crime e é a partir dela que se oferece respaldo para o início da persecução penal. Assim sendo, é de extrema importância que não só as abordagens sejam realizadas com inteligência e qualidade, escoradas em outros fatores sólidos diversos, como também os depoimentos dos agentes sejam colhidos em contraditório judicial em tempo hábil.

Isto é, para que os policiais, civis ou militares, não se detenham a ratificar o inteiro teor das declarações uma vez prestadas em sede administrativa, é necessário que a prova seja produzida em um intervalo de tempo razoável às limitações humanas.

²⁰ BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las Pruebas Judiciales**. V. II. Tradução de Manuel Osorio Floriat. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959. p. 83.

Por isso que, nos casos autorizados em lei, defende-se a colheita antecipada da prova testemunhal.

Em razão disso, e considerando que o tema deste trabalho reside na importância da antecipação da prova testemunhal com fulcro no artigo 366 do Código de Processo Penal, o breve estudo deste meio de prova se faz necessário.

3.1 CONCEITO

A testemunha é a pessoa física distinta dos sujeitos processuais, convocada em juízo para prestar declarações acerca de um fato. É o indivíduo que não figura como parte do processo, tampouco como sujeito interessado, mas que é tido como meio de prova, isto é, um tipo de instrumento admitido pelo código processual penal a introduzir provas no processo.

Badaró leciona que o testemunho possui as seguintes características: judicialidade, oralidade, objetividade e retrospectividade²¹. A primeira está relacionada ao fato de que a prova testemunhal deve ser produzida perante o juiz, ou seja, em contraditório judicial. Em razão disso que os depoimentos colhidos no curso do inquérito policial, em regra, não figuram como prova testemunhal.

A oralidade, por sua vez, está expressamente regulada no artigo 204 do Código de Processo Penal, que preceitua que “O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito.”²²

Quanto à objetividade, tem-se que as testemunhas devem depor sobre os fatos pretérito analisados no caso concreto, sem realizar qualquer juízo de valor. Por fim, a retrospectividade, intimamente ligada com a característica anterior, diz respeito ao fato de que o testemunho recai sobre algum ato que ocorreu no passado e foi apreendido pelos sentidos de quem figura como testemunha.

²¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2014. p. 322

²² BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 27 jan. 2024.

3.2 PROCEDIMENTO PROBATÓRIO

Arroladas na denúncia ou na queixa crime²³, assim como na resposta escrita²⁴, poderão ser inquiridas até oito testemunhas indicadas por cada parte no procedimento comum ordinário²⁵. Com relação à produção da prova propriamente dita, em regra, as testemunhas prestam depoimento em audiência una de instrução, prevista a partir da reforma de 2008.

Ocorre que, conforme exposto, a prova testemunhal, para ser efetiva, deve ser colhida o quanto antes, enquanto a lembrança dos fatos permanece vívida na memória do depoente, vez que o decurso do tempo faz esmaecerem as recordações. Em razão disso, quando da reforma de 2008, com a redação dada pela Lei n. 11.690/08, o legislador permitiu a colheita antecipada do testemunho, inclusive antes mesmo do ajuizamento da ação, conforme se verifica no artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal, abaixo transcrito:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
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; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Acerca da produção probatória antecipada, Vinicius de Toledo Piza Peluso²⁶ demonstra a sua importância na prova testemunhal:

E, dentre as provas a serem antecipadamente produzidas, inegavelmente a

²³ Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas. BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 27 jan. 2024.

²⁴ Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário. BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 27 jan. 2024.

²⁵ Art. 401. Na instrução poderão ser inquiridas até 8 (oito) testemunhas arroladas pela acusação e 8 (oito) pela defesa. BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 27 jan. 2024.

²⁶ 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, v. 16, n. 72, p. 186–205, maio/jun., 2008.

prova testemunhal é a mais importante, não em razão de sua inexistente preponderância probatória, mas, sim, por ser a prova mais comum e de argo uso e, conseqüentemente 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”.

Desse modo, a lei processual penal brasileira autoriza a produção antecipada de provas em determinadas hipóteses - as quais serão individualmente analisadas em tópico posterior -, de modo a garantir a efetividade da prova testemunhal, com a devida observância de suas características, do devido processo legal e de seus princípios corolários. Outrossim, a prova testemunhal, como toda a prova produzida em âmbito processual, deve ser submetida ao contraditório, que, por sua vez, é importante requisito para a asseguuração da ampla defesa.

4. PRINCÍPIOS DA ATIVIDADE PROBATÓRIA

Mello²⁷ define os princípios como sendo o mandamento nuclear de um sistema, que se irradia sobre diferentes normas e serve de critério para sua exata compreensão e inteligência. Portanto, devem ser entendidos como diretrizes norteadoras de compreensão e aplicação das normas previstas em determinado ramo jurídico.

Os princípios processuais penais encontram respaldo legal na Constituição Federal, de modo que toda atividade probatória se sujeita a regras de natureza constitucional, processual e material, em observância ao regular andamento do processo.

4.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ÂMBITO CRIMINAL

Tal princípio foi positivado pelo constituinte de 1988, ao assegurar que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". O que se lê no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal²⁸, portanto, é que devem ser respeitadas todas as formalidades legais para que haja cerceamento da liberdade, tratando-se de um postulado ínsito ao processo penal.

Decorrem desta diretriz diversos outros princípios, como de igualdade, publicidade, por exemplo, assim como seus princípios corolários, quais sejam, do contraditório e a ampla defesa, que devem, necessariamente, ser observados na produção de provas, sobretudo na antecipação, que será analisada mais à frente.

Assim, o devido processo legal pode ser especificado em diversas garantias, tais como no tratamento paritário dos sujeitos do processo penal (princípio da paridade de armas), na plenitude de defesa do acusado, com todos meios e recursos a ela inerentes (princípio da ampla defesa), na publicidade dos atos processuais (princípio da publicidade), entre outras, que são responsáveis por legitimar o processo, pois,

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 54.

²⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jan. 2024.

literalmente, visam *garantir* a imparcialidade do julgador e um procedimento fundado em critérios de justiça.

Nesse sentido, Railda Saraiva²⁹ indica que as garantias do devido processo legal não são dirigidas aos criminosos, mas, sim, a toda sociedade, fins de evitar o terrorismo penal. Sobre as funções das garantias que derivam deste princípio, assim leciona:

(...) asseguram a legitimidade do procedimento, a imparcialidade do julgador e a justiça das decisões (...), que asseguram à sociedade fazer justiça, com a dignidade que requer a preservação dos elevados interesses sociais e não, meramente, buscar vingança em ritmo passional, com elevado risco de cometer injustiça na aplicação de precipitadas represálias. A luta contra o crime exige efetivamente severidade das sanções penais correspondentes à gravidade do crime, certeza do julgamento e efetiva punição dos culpados, no mais breve espaço de tempo, de modo que a comoção social decorrente da ação criminosa seja apaziguada pela justa e pronta punição do criminoso. Mas não se pode descambar para o terrorismo penal, para usar a expressão de Radbruch, o qual pode estimular a violência do Estado e acabar vitimando inocentes. O processo penal e as garantias que o regem não são dirigidas aos criminosos, podendo ser alterados conforme o grau de perversidade destes. A tutela se dirige à Sociedade como um todo e a cada indivíduo em particular, que pode, a qualquer momento, se transformar em suspeito ou acusado, ficando sujeito a abusos injustificáveis e a injustiças irreparáveis se não cercado das garantias constitucionais que lhe asseguram um devido processo legal.

Como resultado, é possível definir o devido processo legal no âmbito criminal como o princípio que assegura um processo justo, conferindo diversas garantias não só aos acusados, como também à toda sociedade, pois impossibilita que o Estado decida qualquer demanda arbitrariamente.

4.2 PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Assim como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa também figuram como garantias fundamentais, de acordo com o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal³⁰, abaixo transcrito:

²⁹ SARAIVA, Railda. **A constituição de 1988 e o ordenamento jurídico-penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 69.

³⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jan. 2024.

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Embora previstos no mesmo inciso do artigo supramencionado, os princípios do contraditório e da ampla defesa não se confundem. O contraditório, também denominado de princípio da audiência bilateral, consiste na obrigação do juiz, em razão do seu dever de imparcialidade, ouvir a outra parte do processo sobre as alegações deduzidas por uma parte.

Não por acaso o título das provas do Código de Processo Penal inicia com a proibição de valoração de provas obtidas sem observância do contraditório processual, conforme orientação do artigo 155, no sentido de que “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial (...).”³¹

Em verdade, o direito ao contraditório está intimamente ligado à questão probatória, pois a prova é o instrumento que as partes dispõem para demonstrar ao julgador sua versão sobre os fatos. Assim, para que a prova seja produzida de maneira satisfatória, é mister que as partes estejam presentes no momento de sua produção, atuando de maneira ativa.

Por sua vez, a ampla defesa é a oportunidade das partes de apresentar suas razões. Assim diferencia Paula Gonzatti da Silva³²:

Ainda que o princípio do contraditório guarde similitude com o da ampla defesa, não se equivalem. A garantia do contraditório é autônoma à da ampla defesa. Aquela é dirigida ao réu; o contraditório, a ambas as partes. O contraditório, em relação ao imputado, é um dos direitos de defesa, mas não se traduz na totalidade do direito de defesa do arguido.

De igual modo, além da possibilidade de ser ouvido, a garantia da ampla defesa abarca também a de se produzir provas e de controlar as que podem vir a ser produzidas, conforme destaca Alejandro D. Carrió³³. Envolve, portanto, uma série de

³¹BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 27 jan. 2024.

³² SILVA, Ana Paula Gonzatti. **O auxílio direito à Luz dos Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório: da experiência brasileira à inspiração européia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 103.

³³ CARRIO, Alejandro D. **Garantías Constitucionales en el Proceso Penal**. 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1994, p. 68.

aspectos conferidas ao acusado para que este alegue tudo o que interessar à sua defesa.

Ocorre que, acerca dos princípios da atividade probatória, existem aspectos controvertidos no que atine a incidência dessas garantias na antecipação de provas. De imediato, é possível verificar que a problemática foi ocasionada pelo próprio legislador, que, conforme será analisado no capítulo seguinte, elencou a prova antecipada como uma exceção ao contraditório judicial.

Outrossim, esta e outras discussões serão devidamente superadas, mas é possível, desde já, afirmar que todos os atos processuais a serem produzidos na incidência do artigo 366 do Código de Processo Penal devem ser cometidos na presença de defensor nomeado.

Não obstante, em caso de comparecimento futuro em juízo, o réu pode requerer a produção dos elementos de convicção que julgar necessário para a comprovação da tese defensiva, em atenção aos princípios da ampla defesa e contraditório.

5. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

Por expresse estabelecimento do artigo 155 do Código de Processo Penal³⁴, a regra é que a produção da prova ocorra em juízo, com observância do contraditório judicial, ou seja, que as partes tenham a possibilidade de participar de todos os atos processuais e de pronunciar-se sobre os resultados.

Todavia, na parte final da redação do dispositivo acima descrito, o legislador introduz as provas antecipadas como exceção à regra, nos seguintes termos:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, **ressalvadas** as provas cautelares, não repetíveis e **antecipadas**. (grifou-se)

Desse modo, nas hipóteses de situações em que o curso normal do processo pode acarretar risco de perecimento da prova, é possível que a sua produção seja antecipada. É isto que Jose Marcilio Donega³⁵ explica, ao ministrar que as provas antecipadas são aquelas que, em razão da decorrência de situações de urgência ou relevância, devem ser colhidas antes do momento processual regular.

Assim, considerando que o tema do presente trabalho versa sobre a produção antecipada de provas do artigo 366 do Código de Processo Penal, faz-se necessário iniciar com a análise do momento regular da produção probatória, para depois, enfim, analisar a sua antecipação.

5.1 MOMENTOS PROBATÓRIOS

Existem quatro fases do procedimento probatório, quais sejam, a proposição, a admissão, a produção e a valoração.

³⁴ BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 27 jan. 2024.

³⁵ DONEGA, Jose Marcilio. **Código de Processo Penal Explicado. Teoria e Prática**. 4. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2010. p. 134.

A primeira, “refere-se ao momento ou ao instante do processo previsto para a produção da prova. Em regra, as provas devem ser propostas com a peça acusatória e com a defesa (...)”³⁶. Isto é, a propositura das provas é o ato das partes quando da postulação em juízo, em conformidade com os seguintes dispositivos do Código de Processo Penal³⁷:

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

Art. 231. Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo.

Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

Por sua vez, a fase de admissão diz respeito ao momento que o juiz examina todas as provas propostas pelas partes, deferindo, ou não, a sua produção. Em regra, o juiz deve deferir todas as provas que sejam lícitas, pertinentes e relevantes.³⁸ Neste momento, portanto, o magistrado deve valorar se a prova requerida é lícita, sob pena de violar um direito material, mais especificamente garantias pessoais, como privacidade, integridade e intimidade.

Merece destaque que, conforme exposto quando da análise dos meios de prova (capítulo 2), a Constituição Federal elenca como direito fundamental a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos³⁹, de modo que o ordenamento jurídico brasileiro conta com duas formas de vedação probatória: a prova ilegítima e a prova ilícita.

Superada estas primeiras fases, ocorre a produção propriamente dita da prova, isto é, o conjunto de elementos de prova são levados à juízo. Outrossim, as provas devem ser produzidas em conformidade com o contraditório, conforme determinação

³⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 408.

³⁷ BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 27 jan. 2024.

³⁸ Art. 411. § 2º As provas serão produzidas em uma só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas *irrelevantes*, *impertinentes* ou *protelatórias*. BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 27 jan. 2024.

³⁹ Art. 5º. LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jan. 2024.

do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal⁴⁰, que garante “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Finalmente, assiste às partes o direito à valoração da prova, não podendo o juiz ignorá-las na decisão. Destaca-se, portanto, que o juiz deve valorar todas as provas produzidas no curso da instrução criminal, independentemente da complexidade do caso concreto, vez que indispensáveis ao desfecho do processo.

Cabe ressaltar que existem modelos de apreciação das provas produzidas, sendo eles o sistema da prova legal, sistema da certeza moral do juiz e o sistema da livre convicção. Este terceiro, segundo Capez⁴¹, é o que o Código de Processo Penal adotou em seu artigo 155:

O juiz, portanto, decide livremente de acordo com a sua consciência, devendo, contudo, explicitar motivadamente as razões de sua opção e obedecer a certos balizamentos legais, ainda que flexíveis. É o sistema adotado pelo nosso Código de Processo Penal, cujo art. 155, *caput*, dispõe: "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas". Atende às exigências da busca da verdade real, rejeitando o formalismo exacerbado, e impede o absolutismo pleno do julgador, gerador do arbítrio, na medida em que exige motivação. Não basta ao magistrado embasar a sua decisão nos elementos probatórios carreados aos autos, devendo indicá-los especificamente.

Portanto, as provas devem passar pelos momentos probatórios para que sejam devidamente valoradas pelo juiz, vez que representam uma série de procedimentos legais de verificação acerca da legalidade daquelas e de sua inclusão ao processo.

Em suma, o procedimento probatório se traduz em normas de garantias que decorrem dos preceitos constitucionais, a fim de afastar qualquer liberdade indiscriminada dos julgadores e garantir o devido processo legal. No entanto, percebe-se que a antecipação probatória permanece à mercê da discricionariedade do juiz, na medida em que o legislador não determinou parâmetros a serem seguidos na eventual determinação de produção de provas antecipadas, o que ocasionou discussões controvertidas na incidência do artigo 366 do Código de Processo Penal.

⁴⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jan. 2024.

⁴¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 408.

5.2 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Atualmente, apesar da relevância do instituto da antecipação de prova para a preservação dos testemunhos, verifica-se que o código processual penal brasileiro possui poucas e esparsas previsões sobre o tema e que, tampouco, este recebe a devida atenção dos doutrinadores e aplicadores de direito. Destarte, a previsão legal é encontrada especificamente nos artigos 92, 156, inciso I, 225 e 366 do Código de Processo Penal.

O artigo 92 do Código de Processo Penal⁴² trata acerca de questão prejudicial em razão de matéria civil, determinando que o processo criminal permaneça suspenso até que se resolva definitivamente a controvérsia no juízo cível. Todavia, no mesmo dispositivo, permite-se a antecipação da prova, quando caracterizada a natureza urgente.

No artigo 156, inciso I, do mesmo diploma legal⁴³, o legislador autoriza o magistrado a ordenar, de ofício, a produção antecipada de provas que considere urgentes e relevantes, mesmo que não iniciada a ação penal.

No artigo 225 do Código de Processo Penal⁴⁴, autoriza-se a prova antecipada na hipótese em que a testemunha tiver que se ausentar, seja por enfermidade ou velhice, gerando receio de que ao tempo correto da produção, isto é, na instrução criminal, não seja possível tomar o depoimento. Neste ponto, observa-se que, embora o dispositivo se refira a eventual morte da testemunha, nada impede a aplicação desta norma em casos de risco de higidez mental ou intelectual.

⁴² Art. 92. Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repute séria e fundada, sobre o 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. BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 27 jan. 2024.

⁴³ 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. BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 27 jan. 2024.

⁴⁴ 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. BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 27 jan. 2024.

Finalmente, o artigo 366 do código processual penal brasileiro prevê a suspensão do processo e do prazo prescricional na hipótese de citação editalícia, em razão do réu não ter sido localizado para citação pessoal, sendo permitida a produção antecipada de provas consideradas *urgentes*. Nos termos:

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. (Redação dada pela Lei nº 9.271, de 17.4.1996)⁴⁵

Verifica-se, portanto, que a possibilidade da produção probatória antecipada no processo penal é fato indiscutível, sendo admitida pelo Código de Processo Penal tanto na fase pré-processual (de investigação), quanto em âmbito processual.

Em verdade, o que se torna centro de discussão são os critérios adotados para definir se uma prova é urgente, pois, salvo o exemplo específico do artigo 225 do Código de Processo Penal, as demais hipóteses previstas na legislação não possuem definição de critérios de urgência.

Assim, sobre o tema específico deste trabalho, considerando que o legislador atribui a fundamentação da antecipação probatória ao juiz, a doutrina e a jurisprudência estabeleceram limites para a interpretação da eventual incidência do artigo 366 do Código de Processo Penal.

5.3 MOMENTOS DA PRODUÇÃO ANTECIPADA

A produção de provas pode ser antecipada tanto na fase de investigação criminal, quanto com o processo já instaurado. Essa distinção é necessária pois cada momento possui peculiaridades próprias, sobretudo no que atine às discussões sobre a existência ou não do contraditório e da ampla defesa.

⁴⁵ BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 27 jan. 2024.

5.3.1 MOMENTO PRÉ-PROCESSUAL

A reforma do Código de Processo Penal de 2008 trouxe importantes alterações nas disposições gerais da prova. Exemplo disso foi estabelecer que o juiz não pode fundamentar sua decisão com base, exclusivamente, em elementos informativos colhidos no inquérito policial, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Ocorre que a nova legislação incluiu a possibilidade de produção antecipada de provas na fase de investigação, consoante orientação do artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal⁴⁶, citado em tópico anterior, que admite tal instituto quando verificada a urgência e relevância da prova. Assim, a principal discussão acerca da produção de provas na fase pré-processual diz respeito à incidência do princípio do contraditório no inquérito policial, vez que a doutrina majoritária entende pela inexistência nesta fase da persecução criminal.

Na letra da lei, entende-se que o conjunto de elementos informativos colhidos em momento pré-processual pode adquirir status de prova no processo penal, prescindindo de contraditório, vez que admite-se esta exceção à regra quando a prova é urgente. Contudo, tal raciocínio não assiste razão.

Em verdade, o incidente da produção antecipada de provas que ocorre na fase pré-processual deve ser realizado sob o crivo do contraditório, na presença das partes e instruído pelo magistrado, não configurando, pois, exceção à regra do artigo 155 do Código de Processo Penal.

Frente ao risco de perecimento da prova, de modo que impossibilite sua repetição na fase processual, foi instrumentalizada uma forma de colher antecipadamente a prova, por meio de um incidente, que somente deve ser admitido em casos de urgência e relevância do conteúdo probatório. Assim, nas palavras de Aury Lopes Jr.⁴⁷ “presentes tais requisitos, o incidente deve ser praticado com a mais estrita observância do contraditório e direito de defesa.”

⁴⁶ 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. BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 27 jan. 2024.

⁴⁷ LOPES JÚNIOR. Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 595.

Desse modo, é possível afirmar que o legislador proporcionou certa confusão ao elencar este procedimento junto às provas cautelares e não repetíveis, sob as quais, sim, não incide o contraditório. Ainda, há que se destacar que a reforma não criou regulamentação própria do incidente da produção antecipada de provas, razão pela qual é utilizada as disposições contidas na legislação civil por analogia. A respeito disso, o professor Mauro Fonseca Andrade⁴⁸ nos instrui:

(...) uma grande oportunidade foi perdida com a Lei 11.690/2008 (que reformou parcialmente o atual CPP), pois, além de não haver regulamentado esse incidente, ela adicionou ainda mais confusão em um tema de tão difícil aplicação prática em nosso direito.

5.3.2. MOMENTO PROCESSUAL

Conforme examinado neste mesmo capítulo, existem hipóteses especificadas em lei que admitem a produção antecipada de provas com o processo já instaurado, seja em razão do decurso de tempo, seja por questões que atinem à pessoa da testemunha - como eventual doença ou a idade avançada do depoente, por exemplo. Outrossim, considerando que o ponto de partida deste trabalho são os aspectos controvertidos acerca da incidência do artigo 366 do Código de Processo Penal, será realizado o aprofundamento do estudo deste artigo.

Inicialmente, verifica-se que a Lei n. 9.271, promulgada em 1966, deu nova redação ao aludido dispositivo, regulamentando o procedimento a ser adotado quando o réu citado por edital não comparece em juízo, culminando na suspensão processual. Em razão disso, a fim de evitar o perecimento da prova, o legislador admitiu a possibilidade de produção de provas antecipadas consideradas urgentes. Isto é, a legislação processual brasileira garante a efetividade da persecução penal, assegurando que nenhuma prova, seja testemunhal ou pericial, seja perdida em razão do decurso de tempo.

Assim, durante a ação penal, no caso do artigo 366 do Código de Processo Penal, para que se autorize a produção antecipada de provas, é necessário que haja

⁴⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das Garantias**. 3. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2020, p. 109.

a decretação da suspensão processual e do prazo prescricional, bem como seja demonstrada a urgência da prova requerida, vez que, caso o acusado compareça em juízo, a suspensão acaba e a produção probatória torna ao curso regular.

Como em qualquer momento para a produção probatória, o devido processo legal também deve ser observado na antecipação em comento. Embora não se negue nesta pesquisa a necessidade do contraditório e ampla defesa, acredita-se que existe um rigor exagerado para a aplicação do instituto da prova antecipada, assim como para o reconhecimento da sua natureza de urgência.

A exemplo disso, o advogado criminalista Aury Lopes Jr.⁴⁹ defende que a produção antecipada de provas é uma medida extrema, que não pode ser baseada no mero decurso de tempo. No mesmo sentido, o magistrado Guilherme de Souza Nucci⁵⁰ nos orienta a não tomar por regra o que deve ser considerado exceção.

Assim, é perceptível a resistência à produção antecipada de provas por parte dos aplicadores de direito nacionais. Tal situação foi analisada por Renato Flávio Marcão⁵¹, membro do Ministério Público de São Paulo, que nos alertou sobre este esvaziamento na prática forense:

Muitos Juízes de 1º grau e Instâncias recursais, aos olhos muitas vezes conformado do Ministério Público, têm feito tabula rasa da necessidade inquestionável de se providenciar a produção antecipada de prova visando evitar o perecimento da mesma e em homenagem ao princípio processual penal que determina a busca da verdade real como fundamento do provimento jurisdicional, seja qual for o resultado do processo.

Tendo isso em vista que o principal objetivo deste trabalho de conclusão de curso é justamente descomplicar os pontos controvertidos na aplicação do artigo 366 do Código de Processo Penal. Outrossim, com o processo suspenso, defende-se que a regra deve ser a da produção antecipada das provas disponíveis, visando evitar o perecimento da prova testemunhal e garantir, assim, a busca da verdade processual.

Destaca-se que garantir um resultado probatório seguro não significa dizer em prova para condenação - ao contrário do que muitos tendem a deturpar a importância da prova antecipada -, tampouco representa uma busca desenfreada da acusação.

⁴⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 596.

⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 633.

⁵¹ MARCÃO, Renato Flávio. A produção antecipada de prova no art. 366 do CPP. **Revista dos Tribunais**, v. 811, p. 511-, maio 2003. p. 511.

Em verdade, evitar o perecimento da prova é interesse social, conforme orientado por Marcão⁵² na mesma oportunidade:

A busca da verdade real interessa tanto ao Ministério Público quanto ao Poder Judiciário e ao próprio réu. Interessa à segurança das decisões judiciais. Não se pode concluir num juízo apriorístico que a produção antecipada de prova seja instrumento de violação da ampla defesa, notadamente em casos onde sequer houve alegação de prejuízo por parte do réu em seu desconformismo. De se ressaltar, ainda, que o réu, mesmo na produção antecipada de prova sempre estará amparado por defesa técnica. Ocorrendo o contrário a nulidade do processo será absoluta, evidentemente. A busca da verdade real, garantia constitucional e processual que é, não pode ser considerada, sob tal enfoque, instrumento gerador de nulidade por cerceamento de defesa.

Em razão dos motivos expostos, será realizada uma análise precisa acerca da produção antecipada de provas autorizada pelo artigo 366 do Código de Processo Penal, na tentativa de desmistificar seus pontos controvertidos e, assim, facilitar sua incidência.

⁵² MARCÃO, Renato Flávio. A produção antecipada de prova no art. 366 do CPP. **Revista dos Tribunais**, v. 811, p. 511-, maio 2003. p. 514-515.

6. PROVA ANTECIPADA DO ARTIGO 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A Lei n. 9.271/96 trouxe nova redação aos casos relativos à suspensão processual criminal. Em que pese as provas devam ser produzidas na instrução criminal no momento em que o Código de Processo Penal destina à sua produção, no caso do artigo 366, sabe-se que o legislador autorizou a antecipação de *provas urgentes* quando da suspensão do processo em razão do não comparecimento em juízo do réu citado por edital.

Em razão disso, a análise da natureza jurídica da antecipação da produção de provas no caso em apreço, bem como do conceito de urgência, é necessária para melhor compreender a incidência do aludido artigo.

Ainda, forçoso ponderar as garantias processuais a que a prova antecipada se submete, vez que estas geram debates doutrinário e jurisprudencial divergentes, e que, por vezes, ainda são utilizadas como argumentos para reforçar uma posição extremamente burocrática para a incidência do artigo 366 do Código de Processo Penal.

6.1 NATUREZA JURÍDICA

A prova, como elemento que permite o juiz chegar à conclusão acerca da veracidade de um fato, almeja convencer seu destinatário. Conforme leciona Lopes Jr.⁵³, o julgador, que desconhece o fato, terá de conhecê-lo por intermédio das provas. Assim, por meio essencialmente deste instrumento que o processo penal busca realizar uma reconstrução de um fato ocorrido no passado, proporcionando condições para que o magistrado exerça sua atividade jurisdicional com base numa verdade processual.

No que atine à natureza jurídica da prova, a doutrina não é unânime. Não paira dúvidas de que a prova deve ser produzida na instrução criminal - daí porque dizer

⁵³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 518.

em natureza processual. Todavia, no caso específico da antecipação de provas do artigo 366 do Código de Processo Penal, é possível analisar sua natureza cautelar, vez que a produção ocorre em fase anterior àquela determinada pelo mesmo diploma legal. Nesse sentido, mais uma vez, destaca-se o entendimento de Peluso⁵⁴:

Na hipótese da suspensão do processo determinada pelo art. 366 do CPP, a 'produção antecipada' da prova oral tem o nítido caráter de medida cautelar incidental as perpetuam 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 antecipada de prova como ocorre, v.g., nos casos definidos no art. 225 do CPP, mas sim de mera assecuração cautelar de prova, com efeito puramente conservativo, não implicando na plena e efetiva realização do direito probatório.

Assim, é possível afirmar que a prova antecipada do artigo 366 possui natureza cautelar, vez que a finalidade reside em assegurar que a prova não pereça com a demora que a suspensão processual pode acarretar. Ademais, sobre o *periculum in mora* inerente à prova testemunhal, forçoso apresentar o posicionamento de Polastri⁵⁵:

Entendemos que, em vista da falibilidade do testemunho humano, este já é impregnado do requisito da urgência, o que não afasta a motivação a respeito em face do caso concreto. Como já visto supra, o art. 92 do CPP, ao determinar outra espécie de suspensão do processo, mais provisória e transitória do que a presente, estabelece que poderá ser produzida, de forma cautelar, a inquirição das testemunhas e outras provas urgentes. Assim, o CPP, ao se referir à prova testemunhal e outras provas urgentes, reconhece a natureza urgente, *a priori*, daquela, pois, como conclui Tourinho:

Se com a simples suspensão do processo, em face de uma questão prejudicial, cuja solução no cível não dura mais que três ou quatro anos, o legislador determinou a ouvida das testemunhas e de outras provas de natureza urgente, de concluir, pois, a nosso juízo, que, em se tratando de réu que não atendeu à citação editalícia nem constituiu advogado, não deve o juiz limitar-se a inquirir as testemunhas que estejam enfermas ou idosas. E se o réu comparecer dez ou quinze anos depois? As testemunhas seriam capazes de relatar pormenores? Não poderiam morrer neste espaço de tempo? Mudar de endereço sem que se possa localizá-las?

Tal não retira o caráter cautelar da medida, e nem mesmo afasta um dos seus requisitos, o que ocorre é que, em se tratando de prova testemunhal, o *fumus boni iure* e o *periculum in mora* sempre estarão presentes, seja em vista da suspensão indefinida, seja em razão da falibilidade da pessoa humana.

⁵⁴ 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, v. 16, n. 72, p. 186–205, maio/jun., 2008. p. 195.

⁵⁵ LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 638 e 639.

Salienta-se que a própria eficácia da prestação jurisdicional é prejudicada quando ocorre o efetivo perecimento da prova, sobretudo em se tratando de casos em que a prova testemunhal é o principal meio de prova no processo – circunstância esta, infelizmente, usual na prática jurídica criminal.

6.2 GARANTIAS

O contraditório e a ampla defesa são devidamente respeitados na antecipação da produção da prova, seja em fase pré-processual ou no curso do processo. Antes de adentrar ao mérito da questão, é necessário fazer breve análise das leis n. 11.719/2008 e n. 11.690/2008, da reforma de 2008, as quais trouxeram significativas alterações aos procedimentos e às provas no processo penal.

Inicialmente, importante destacar que, antes da aludida reforma, assim que recebida a denúncia, o magistrado ordenava a citação do réu para interrogatório, consoante antiga redação do artigo 394 do Código de Processo Penal. Todavia, com a nova legislação, oferecida a denúncia ou queixa, agora, deve-se abrir a oportunidade para o exercício do direito de defesa através da resposta escrita, podendo o réu alegar tudo o que possa interessar, conforme disposição do novo artigo 396-A do Código de Processo Penal⁵⁶.

Assim, pela redação antiga, a resposta escrita era facultativa e poderia ser oferecida somente após o interrogatório, que representava o primeiro ato processual do réu.

Por outro lado, atualmente, a resposta escrita tornou-se obrigatória e representa o primeiro ato que o polo passivo vai praticar no processo, sendo possível verificar em tal manejo que houve preocupação por parte do legislador com a ampla defesa. É isto que Luís Marques da Silva⁵⁷ explica:

⁵⁶ Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008). BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 27 jan. 2024.

⁵⁷ SILVA, Ivan Luís Marques da. **A Reforma processual penal de 2008: Lei 11.719/2008, procedimento penais: Lei 11.690/2008, provas: Lei 11.689/2008, júri: comentadas artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 41.

Antes o interrogatório era o primeiro ato probatório produzido no decorrer da ação penal. Agora ele vem por último. O ato de defesa e de prova, consubstanciado no rol de perguntas feitas pelo juiz e pelas partes ao acusado, será realizado após a oitiva do ofendido e de todas as testemunhas de acusação e de defesa.

Assim, no caso da produção antecipada de provas, com o advento da referida legislação, e considerando que o interrogatório do réu passou a ser o último ato processual da instrução, a prova antecipada deixou de importar em inversão prejudicial à defesa. Sobre o assunto, o mesmo autor complementa:

Levou-se o interrogatório, corretamente em nossa opinião, para o último momento da audiência. Ora, o réu só consegue se defender de forma ampla se souber, com antecedência as impressões pessoais e fáticas que as testemunhas de acusação tem para afirmar. Apresentado todo o acervo probatório, o réu sabe exatamente do que se defender e de que forma, aliando sua autodefesa à defesa técnica de seu advogado.⁵⁸

Especificamente no caso do artigo 366 do Código de Processo Penal, verifica-se que alguns aspectos controvertidos levantados pela doutrina sobre a antecipação probatória são automaticamente superados. Isso porque já há denúncia formalizada, o que permite a possibilidade de contraditório judicial, na presença de um magistrado, afastando as discussões acerca da incidência, ou não, da referida garantia.

No que tange à ampla defesa, na eventual necessidade de realização de provas antecipadas, um defensor público ou advogado dativo deve ser nomeado para o ato, observando-se o devido processo legal. Assim, com a presença de um juiz, do Ministério Público e de um defensor que defenda os interesses do réu, não há em que se falar em qualquer violação dos princípios constitucionais anteriormente estudados.

Portanto, por meio de uma breve análise legislativa histórica, verifica-se que o legislador manteve certa impropriedade na redação do artigo 155 do Código de Processo Penal ao elencar a prova antecipada como exceção ao contraditório, vez que, conforme demonstrado, não há qualquer violação às garantias constitucionais do devido processo legal na produção probatória antecipada.

⁵⁸ SILVA, Ivan Luís Marques da. **A Reforma processual penal de 2008: Lei 11.719/2008, procedimento penais: Lei 11.690/2008, provas: Lei 11.689/2008, júri: comentadas artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 44.

6.3 CONCEITO DE PROVA URGENTE

Superada as discussões acerca da incidência do contraditório e da ampla defesa na colheita de prova antecipada do artigo 366 do Código de Processo Penal, ainda há que se analisar a problemática que reside na identificação de uma *prova urgente*. Outrossim, em que pese a lei autorize o magistrado a determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes, observa-se que o legislador deixou de se preocupar em especificar quais os critérios que devem ser analisados para caracterizar tal urgência.

Em razão disso, no que atine à prova testemunhal, a doutrina apresenta três principais argumentos para fundamentar sua urgência. O primeiro deles encontra fundamento no artigo 225 do Código de Processo Penal, anteriormente analisado, cuja “(...) necessidade pode advir de diversas circunstâncias, como a idade avançada da testemunha ou a notícia de que a testemunha permanecerá por longo período no exterior, ou, ainda, de que está acometida de enfermidade grave.”, conforme lição de Alexandre Reis⁵⁹.

Outro argumento doutrinário, agora num sentido mais amplo, é de que a urgência da prova testemunhal só pode ser conferida no caso concreto, quando realizada a análise acerca de eventual prejuízo à prova em razão do lapso temporal desde a suposta prática dos fatos.

A última vertente é de que a urgência deve ser vista como regra geral, vez que a prova testemunhal sempre perece com o decurso de tempo, seja em razão do esquecimento humano ou do fenômeno das falsas memórias.

Dito isto, neste trabalho, entende-se que a antecipação da prova testemunhal é uma técnica que pode diminuir os efeitos do esquecimento e a probabilidade de perecimento da prova, de modo a justificar sua urgência justamente em razão da limitação da memória humana, devendo o juiz, no caso concreto, analisar as circunstâncias que o processo se encontra – isto é, se já transcorreu um decurso de tempo substancial.

⁵⁹ REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 304.

Diante disso, afirma-se que tal circunstância é plenamente observável no caso do artigo 366 do Código de Processo Penal, em que até se percorrer a uma decisão de suspensão processual, certamente, decorreu considerável período de tempo desde a suposta prática dos fatos imputados na ação penal.

Importante referir que, da leitura dos artigos 92⁶⁰ e 225⁶¹ do Código de Processo Penal, há a confirmação de que a prova testemunhal se adequa a provas consideradas urgentes, conforme explicação de Tourinho Filho⁶²:

Ora, se o pronome adjetivo 'outras', num discurso, retoma sempre a ideia ou conceito dado anteriormente, parece claro que o legislador reputou o testemunho como prova de natureza urgente. E, com efeito, considerando a imprevisibilidade da morte, a inquirição de testemunha é providência que deve ser tomada com certa urgência. Não são apenas os testemunhos das pessoas elencadas no art. 225 deste Código que apresentam a marca da urgência. É claro que a testemunha pode mudar de endereço, sem que se saiba onde foi morar, pode ausentar-se do Estado ou do País, ficar gravemente enferma, de molde a nem poder comunicar-se com o mundo exterior, falecer. Tais circunstâncias já indicam que, suspenso o processo, na hipótese de o Juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes, uma destas será a testemunhal. Na verdade, se com a simples suspensão do processo, em face de uma questão prejudicial, cuja solução no cível não dura mais que três ou quatro anos, o legislador determinou a 'ouvida das testemunhas e de outras provas de natureza urgente', é sinal de que considerou a prova testemunhal como urgente. De se concluir, pois, a nosso juízo, que, em se tratando de réu que não atendeu à citação editalícia nem constituiu Advogado, não deve o Juiz limitar-se a inquirir as testemunhas que estejam enfermas ou idosas. E se o réu comparecer dez ou quinze anos depois? As testemunhas seriam capazes de relatar pormenores? Não poderiam morrer nesse espaço-tempo? Mudar de endereço sem que se possa localizá-las? Evidente que o Juiz, em hipóteses dessa natureza, deve não só colher antecipadamente os depoimentos, como, inclusive, determinar perícias e busca e apreensão, se for o caso. (Grifou-se)

Portanto, considerando que o transcurso de tempo compromete a busca da verdade dos fatos narrados na peça inicial, pois a memória humana é suscetível de falhas, fazendo com que as vítimas e testemunhas se tornam incapazes de recordar

⁶⁰ Art. 92. Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz reputar séria e fundada, sobre o 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*. BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 27 jan. 2024.

⁶¹ 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. BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 27 jan. 2024.

⁶² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo Penal Comentado**. 13. ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2010. p.927-939.

dos fatos com clareza e precisão necessária, é possível verificar a natureza urgente da prova testemunhal.

Outrossim, dentre as várias provas no processo penal, a testemunhal é certamente a mais prejudicada pelo decurso do tempo, razão pela qual se defende a incidência da antecipação probatória, fins de evitar o perecimento da colheita do testemunho.

Mormente nos casos em que as testemunhas são policiais, civis ou militares, os quais lidam diariamente com situações similares e que se tornam confusas com o transcurso de tempo, não há como se negar que a antecipação da prova deve ser manejada nos processos suspensos na forma do artigo 366 do Código de Processo Penal.

7. JURISPRUDÊNCIA

Na tentativa de resolver a discussão acerca da aplicabilidade do artigo 366 do Código de Processo Penal, o Superior Tribunal de Justiça, equivocadamente, editou a Súmula n. 455, com o seguinte enunciado:

A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo. (Súmula n. 455, Terceira Seção, julgado em 25/8/2010, DJe de 8/9/2010)

Aliando-se a este posicionamento, Nucci⁶³ e outros juristas repudiam a banalização do aludido dispositivo, sustentando que a incidência do artigo 366 deve ser permitida somente em casos extremamente necessários. No entanto, ao contrário do que defende este e diversos doutrinadores, a jurisprudência atual não vem compactuando com o entendimento uma vez sustentado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Inicialmente, é importante contextualizar o momento em que editada a Súmula n. 455. Os precedentes que lhe deram origem datam dos anos de 2004, 2006 e 2008, ou seja, anteriores à significativa alteração no processo penal promovida pela Lei n. 11.719 de 2008, citada em tópico anterior.

Considerando que até o final do ano de 2008 o interrogatório do réu era o primeiro ato processual a ser praticado durante a instrução, logo, a produção antecipada de provas importava, obrigatoriamente, numa inversão de atos processuais.

Contudo, com o advento da reforma, e passando o interrogatório a figurar como o último ato da instrução, a produção probatória antecipada deixou de importar em inversão prejudicial à defesa. Desse modo, o principal fundamento que deu origem a referida súmula não se mantém na atualidade.

Somado a isso, verifica-se que o esvaziamento dos aplicadores do direito com relação ao instituto da antecipação de provas acarretou problemas sensíveis para a prática jurídica criminal. Isso porque, considerando que a prova testemunhal constitui

⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 633.

precipuamente a prova da autoria delitiva, quando a prova parece não há como se chegar próximo a verdade processual. Assim, para que a produção probatória seja útil e cumpra o papel a que se destina, os depoimentos devem ser colhidos em tempo hábil, isto é, em momento em que a memória da testemunha ainda está fiel aos fatos.

Em razão disso, e considerando que a prova testemunhal é revestida de natureza de urgência, a posição mais atual das Cortes Superiores vem sendo no sentido de permitir a incidência do artigo 366 do Código de Processo Penal em razão do decurso do tempo, pois existe a efetiva possibilidade de perecimento da prova.

Outrossim, não é de hoje que pairam questionamentos sobre a Súmula n. 455. Em 2011, por exemplo, o relator do *habeas corpus* n. 203.161⁶⁴, o Ministro Jorge Mussi, já aduzia que a antecipação probatória do artigo 366 do Código de Processo Penal se trata de uma “(...) medida acautelatória que visa o resguardo da efetividade da prestação jurisdicional”, entendendo que existia a possibilidade de perecimento da prova em razão do decurso do tempo no qual o processo permanece suspenso. Em razão disso, à época, Mussi afirmou que a urgência necessária para legitimar a produção probatória antecipada é “(...) inerente à própria prova testemunhal, a qual deve ser colhida o quanto antes para não comprometer um dos objetivos da persecução penal, qual seja, a busca da verdade dos fatos narrados na exordial acusatória.”

No entanto, este assunto recebeu maior atenção nos últimos anos. Com efeito, basta uma pesquisa superficial nos precedentes do Superior Tribunal de Justiça para verificar a efetiva mudança de postura da Corte com relação a súmula em comento.

Importante marco resultou por ocasião do julgamento do recurso em *habeas corpus* 64.086⁶⁵, em que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça assentou entendimento no sentido da necessidade de mitigar o rigor da Súmula n. 455, levando em consideração os ensinamentos de Heráclito Mossin⁶⁶, assim colacionados no julgado:

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 203.161 - MG (2011/0079595-7). Min. Rel. Jorge Mussi. Brasília, DF. DJe 01/08/2011. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100795957&dt_publicacao=01/08/2011>. Acesso em 31/01/2024.

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* nº 64.086 - DF (2015/0234797-0). Min. Rel. Nefi Cordeiro. Brasília, DF. DJe 09/12/2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502347970&dt_publicacao=09/12/2016>. Acesso em 31/01/2024.

⁶⁶ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 1998. p. 89.

(...) se, por um lado, a suspensão do processo tende a favorecer o réu ausente, não permitindo seu julgamento à revelia, de outro não poderá ser prejudicada a instrução do processo, quando houver a necessidade de produção de prova considerada urgente, que, não sendo coletada de imediato, não poderá sê-lo em outra oportunidade, uma vez que poderá desaparecer. Embora a norma processual penal tenha tendência para limitar a produção da prova às situações consideradas urgentes, a verdade é que se torna aconselhável a coleta dos elementos probatórios, quaisquer que sejam eles, uma vez que, ficando suspenso o prazo prescricional, não se sabe quando o processo terá seu prosseguimento normal, fazendo presumir que toda a prova a ser colacionada na instrução criminal tem caráter imprescindível, pois pode desaparecer com o decurso do tempo.

Na época, além das questões tradicionalmente controvertidas, sobretudo no que atine às garantias constitucionais, também persistia divergência de pensamentos entre os próprios ministros que compõem o Superior Tribunal de Justiça. Em razão disso que a Terceira Seção, a fim de uniformizar entendimentos divergentes das duas Turmas que a integram, temperou a aplicação do enunciado sumular n. 455, por meio do aludido recurso em *habeas corpus* n. 64.086.

Desde então, as demais decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre a temática fazem alusão a ementa da decisão supramencionada, como é o caso do agravo regimental no recurso em *habeas corpus* n. 146.314⁶⁷, em que o Ministro relator Felix Fischer ressalta que, considerando a suscetibilidade da memória das testemunhas, a Terceira Seção temperou a aplicação da súmula em comento.

Desse modo, atualmente, pode-se afirmar que a Súmula n. 455 do Superior Tribunal de Justiça vem sendo mitigada pela própria corte que uma vez a deu origem. Ademais, todos aspectos controvertidos acerca da aplicabilidade do artigo 366 do Código de Processo Penal são superados nas próprias decisões que flexibilizam a aplicação do entendimento sumulado.

A exemplo disso, no *habeas corpus* n. 532.843⁶⁸, o Ministro relator Rogério Schietti Cruz enfrentou a problemática das garantias constitucionais a que o procedimento probatório deve estar submetido, sustentando que a produção de provas antecipadas não acarreta prejuízo para a defesa, pois “além de o ato ser realizado na presença de defensor nomeado, caso o réu compareça ao processo

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* nº 146.314 - GO (2021/0122689-7). Min. Rel. Felix Fischer, Quinta Turma. Brasília, DF. DJe 25/05/2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101226897&dt_publicacao=25/05/2021>. Acesso em 31/01/2024.

⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 532.843 - SP (2019/0272733-3). Min. Rel. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma. Brasília, DF. DJe 21/02/2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902727333&dt_publicacao=21/02/2020>. Acesso em 31/01/2024.

futuramente, poderá requerer a produção das provas que julgar necessárias para a tese defensiva”.

No mesmo sentido, o Ministro Ribeiro Dantas, relator do agravo regimental no *habeas corpus* n. 557.840⁶⁹, afirmou que “o ato deve ser realizado com a presença de membro do Ministério Público e de defesa técnica, preservando-se, assim, o contraditório e ampla defesa da parte”. Na mesma oportunidade, também ressaltou que no acórdão recorrido já estava consignado que a produção antecipada de provas não ensejaria prejuízo ao paciente, visto que este se encontrava representando pela Defensoria Pública Estadual e que o réu “a qualquer tempo poderá se pronunciar nos autos ou requerer às diligências que entender necessárias ao seu direito de defesa”.

Seguindo esta linha de pensamento, o Ministro Jesuíno Rissato, relator do agravo regimental no agravo em recurso especial n. 1908229⁷⁰, também reconheceu a inexistência de qualquer prejuízo ao réu advindo da oitiva antecipada de testemunhas, vez que a produção antecipada de provas urgentes possui propósito puramente conservativo e cautelar e “(...) não esgota a plena e efetiva realização do direito probatório do acusado, o que somente se verificará com a retomada da marcha processual, presentes o acusado e seu defensor.”

Este e diversos outros julgados do Superior Tribunal de Justiça são encontrados em pesquisa jurisprudencial da aludida Corte, sendo possível verificar que todos julgados mais recentes acerca da produção de provas antecipadas do artigo 366 do Código de Processo Penal mitigam o enunciado da Súmula n. 455. E é este o entendimento compactuado neste trabalho de conclusão de curso, vez que, ao se postergar a produção probatória ao momento em que o acusado comparece em juízo, corre-se o efetivo risco do perecimento da prova testemunhal.

Em suma, o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça tem sido no sentido de que a realização antecipada de provas não acarreta prejuízo ínsito à defesa, vez que ocorre a evidente preservação ao contraditório e à ampla defesa. Outrossim, a colheita da prova deve ocorrer com a participação de defensor público

⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no *Habeas Corpus* nº 557.840 - TO (2020/0011096-0). Min. Rel. Ribeiro Dantas, Quinta Turma. Brasília, DF. DJe 14/05/2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000110960&dt_publicacao=14/05/2020>. Acesso em 31/01/2024.

⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 1908229 - GO (2021/0185384-3). Min. Rel. Jesuíno Rissato, Quinta Turma. Brasília, DF. DJe 25/11/2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101853843&dt_publicacao=25/11/2021>. Acesso em 31/01/2024.

ou de um advogado dativo, atuante na defesa do réu citado por edital, em evidente preservação ao devido processo legal.

Nesse contexto, portanto, que a jurisprudência mais atualizada dos Tribunais Superiores vem sufragando o entendimento de que é possível a produção probatória antecipada sob o risco de perecimento pelo decurso de tempo e pela falibilidade da memória humana.

Salienta-se, novamente, que até haver eventual determinação de suspensão processual pelo artigo 366 do Código de Processo Penal, transcorre um efetivo lastro temporal. Assim, não se está defendendo a antecipação probatória a todo e qualquer expediente, mas, sim, àqueles cuja localização do réu para citação pessoal foi frustrada e o decurso do tempo se mostra preocupante, ante a efetiva possibilidade de perecimento da prova testemunhal, devendo-se admitir a produção da prova antecipada.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Antes de adentrar ao tema da produção antecipada de provas, foram assentadas premissas acerca da teoria geral da prova, tal como seu conceito, meios, elementos e resultados probatórios, para, então, se poder apresentar a prova mais utilizada no processo penal: a testemunhal. Assim, foram superados estes primeiros tópicos introdutórios da prova, a ser entendida como o elemento utilizado para auxiliar no convencimento judicial e que permite a busca da verdade processual, razão pela qual necessária sua preservação.

Outrossim, viu-se que a prova testemunhal, para ser efetiva, deve ser colhida o mais breve possível, enquanto a lembrança dos fatos permanece vívida na memória do depoente. Em razão disso, a legislação permite, em casos específicos, a colheita antecipada do testemunho, como é o caso do artigo 366 do Código de Processo Penal, em que há o receio de que prova pereça com a demora que a suspensão processual pode acarretar.

Destarte, foram abordados os principais aspectos controvertidos a respeito da incidência do artigo supramencionado, vez que parte majoritária da doutrina admite sua aplicação somente em casos extremos – e, aqui, tentou-se desmistificar tal posição.

A problemática surge em razão do fato de que, pela letra da lei, em que pese o Código de Processo Penal brasileiro autorize a produção antecipada de provas em determinadas hipóteses, que foram devidamente analisadas em tópico específico, o legislador posicionou a prova antecipada como exceção ao contraditório judicial.

No entanto, através de ampla pesquisa doutrinária, demonstrou-se que as garantias do devido processo legal, em verdade, são devidamente respeitadas na produção probatória antecipada, seja em momento pré-processual ou durante o curso do processo, como no caso do artigo 366 do Código de Processo Penal.

Não bastasse a existência de tal impropriedade, percebe-se, ainda, que o legislador autorizou a produção antecipada de provas *urgentes*, mas deixou de determinar os parâmetros de urgência a serem seguidos. Em razão disso que surgiram divergências doutrinária e jurisprudencial, culminando, inclusive, no enfrentamento da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça, que editou a Súmula n. 455.

No entanto, conforme examinado no último capítulo deste trabalho, não assiste razão ao entendimento sumulado, que dispõe que a decisão que determina a produção antecipada de provas com base no artigo 366 do Código de Processo Penal não pode ser fundamentada unicamente em razão do decurso de tempo.

Além dos motivos ensejadores para sua edição não estarem mais hígidos após as reformas sofridas pelo Código de Processo Penal, é possível afirmar que a referida súmula sequer é observada pela própria corte que a formulou. Isto é, a jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça tem sido no sentido de *temperar* o entendimento sumular n. 455, considerando a suscetibilidade e falibilidade da memória das testemunhas.

Não obstante, conforme devidamente consignado nos julgados que enfrentam a matéria, a audiência de produção de prova antecipada não acarreta qualquer ofensa à ampla defesa e ao exercício do contraditório, pois a nomeação de um defensor *ad hoc*, para a prática deste ato certo e determinado, preserva o devido processo legal.

Isto é, a eventual incidência do artigo 366 do Código de Processo Penal não fere o contraditório, tampouco a ampla defesa, vez que amplamente comprovado que a determinação de prova antecipada nos termos deste dispositivo está de acordo com as garantias constitucionais. Outrossim, demonstrou-se que a urgência da prova testemunhal se dá por sua própria natureza, vez que existe a efetiva possibilidade de perecimento desta prova em razão do decurso de tempo.

Em verdade, assegurar a prova de forma cautelar, nos processos suspensos em razão do não comparecimento do réu citado por edital em juízo, representa a proibição de excesso e a proibição de insuficiência, ou seja, ao evitar o perecimento da prova, é possível garantir um efetivo resultado probatório não só ao indivíduo criminalmente processado, mas à coletividade.

Em suma, os critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade do artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal⁷¹, para a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, são devidamente atendidos pela medida do artigo 366 do mesmo diploma legal, pois: *i*) necessária para a mais exata apuração

⁷¹ 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; BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 27 jan. 2024.

possível dos fatos, *ii*) adequada na medida em que é produzida à luz do contraditório e ampla defesa e, ainda, *iii*) proporcional, não acarretando qualquer prejuízo ao réu, mas, em verdade, traduzindo-se em importante instrumento para o legítimo interesse da persecução penal.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das Garantias**. 3. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.

BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las Pruebas Judiciales**. V. II. Tradução de Manuel Osorio Floriat. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jan. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 27 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 203.161 - MG** (2011/0079595-7). Min. Rel. Jorge Mussi. Brasília, DF. DJe 01/08/2011. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100795957&dt_publicacao=01/08/2011>. Acesso em 31/01/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 64.086 - DF** (2015/0234797-0). Min. Rel. Nefi Cordeiro. Brasília, DF. DJe 09/12/2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502347970&dt_publicacao=09/12/2016>. Acesso em 31/01/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 146.314 - GO** (2021/0122689-7). Min. Rel. Felix Fischer, Quinta Turma. Brasília, DF. DJe 25/05/2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101226897&dt_publicacao=25/05/2021>. Acesso em 31/01/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 532.843 - SP** (2019/0272733-3). Min. Rel. Rogério Schiatti Cruz, Sexta Turma. Brasília, DF. DJe 21/02/2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902727333&dt_publicacao=21/02/2020>. Acesso em 31/01/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Habeas Corpus nº 557.840 - TO** (2020/0011096-0). Min. Rel. Ribeiro Dantas, Quinta Turma. Brasília, DF. DJe 14/05/2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000110960&dt_publicacao=14/05/2020>. Acesso em 31/01/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 1908229** - GO (2021/0185384-3). Min. Rel. Jesuíno Rissato, Quinta Turma. Brasília, DF. DJe 25/11/2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101853843&dt_publicacao=25/11/2021>. Acesso em 31/01/2024.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARRIO, Alejandro D. **Garantías Constitucionales en el Proceso Penal**. 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1994.

DONEGA, Jose Marcilio. **Código de Processo Penal Explicado. Teoria e Prática**. 4. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

DUCLERC, Elmir. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

MARCÃO, Renato Flávio. A produção antecipada de prova no art. 366 do CPP. **Revista dos Tribunais**, v. 811, p. 511-, maio 2003.

MARINS, Graciela Iurk. **Produção Antecipada de Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2014.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

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, v. 16, n. 72, p. 186–205, maio/jun., 2008.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARAIVA, Railda. **A Constituição de 1988 e o Ordenamento Jurídico-penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

SILVA, Ana Paula Gonzatti. **O auxílio direito à Luz dos Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório: da experiência brasileira à inspiração européia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SILVA, Ivan Luís Marques da. **A Reforma processual penal de 2008: Lei 11.719/2008, procedimento penais: Lei 11.690/2008, provas: Lei 11.689/2008, júri: comentadas artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

TORNAGUI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo Penal Comentado**. 13. ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.