

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC  
CURSO DE DIREITO**

**STEPHANIE SCHMIDT COELHO**

**A DETERMINAÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA TESTEMUNHAL  
NOS CASOS DE SUSPENSÃO DO PROCESSO PENAL QUANDO SE TRATAREM  
DE TESTEMUNHAS POLICIAIS: FRENTE A ATUAL DIVERGÊNCIA DE  
JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL.**

**CRICIÚMA  
2017**

**STEPHANIE SCHMIDT COELHO**

**A DETERMINAÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA TESTEMUNHAL  
NOS CASOS DE SUSPENSÃO DO PROCESSO PENAL QUANDO SE TRATAREM  
DE TESTEMUNHAS POLICIAIS: FRENTE A ATUAL DIVERGÊNCIA DE  
JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Especialista Leandro Alfredo da Rosa

**CRICIÚMA**

**2017**

**STEPHANIE SCHMIDT COELHO**

**A DETERMINAÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA TESTEMUNHAL  
NOS CASOS DE SUSPENSÃO DO PROCESSO PENAL, COM BASE NO LAPSO  
TEMPORAL QUANDO SE TRATAREM DE TESTEMUNHAS POLICIAIS: A  
DIVERGÊNCIA DE JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Antecipação de Provas no Processo Penal.

Criciúma, 29 de novembro de 2017.

**BANCA EXAMINADORA**

Prof. Especialista Leandro Alfredo da Rosa - (UNESC) - Orientador

Prof. Mestre Fernando Pagani Possamai - (UNESC)

Prof. Especialista João de Mello - (UNESC)

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço a Deus por ter guiado meu caminho para esta realização e por ter colocado em meu caminho todas as pessoas as quais agradecerei seguidamente.

À todos aqueles que de forma direta ou indireta contribuíram para que eu obtivesse êxito na conclusão do Curso de Direito e no Trabalho de Conclusão de Curso, especialmente minha mãe Rosane Schmidt, maior motivadora e a principal espectadora das minhas realizações.

Agradeço também ao meu orientador Leandro Alfredo da Rosa que não poupou esforços para que o presente trabalho se concretizasse da melhor forma possível. Além de orientador foi um amigo, com o qual pude contar neste último ano de faculdade.

**“Se apenas houvesse uma única verdade, não poderiam pintar-se cem telas sobre o mesmo tema.”**

**Pablo Picasso**

## RESUMO

Trata-se de estudo sobre a determinação da produção antecipada da prova testemunhal, quando determinada a suspensão do processo e do prazo prescricional, com o fundamento no lapso temporal e no fato de as testemunhas serem policiais, com enfoque nos entendimentos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. O objetivo geral do presente trabalho é sobre pesquisar sobre as decisões que determinam a produção antecipada de provas urgentes quando o réu não é encontrado para ser citado, com fundamento no lapso temporal e no fato das testemunhas serem policiais, e verificar se são pertinentes sob os fundamentos que sustentam o Processo Penal. Diante disso, entre os objetivos específicos está analisar os fundamentos do processo penal, especialmente os princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência, sob a ótica da Constituição Federal; estudar os ritos processuais penais e a produção antecipada de provas quando o acusado não é encontrado para ser citado; e verificar como o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal têm se posicionado acerca da produção antecipada de provas urgentes quando as testemunhas são policiais. O problema central do trabalho é verificar se as decisões que determinam a produção antecipada de provas urgentes quando o réu não é encontrado para ser citado, com fundamento no lapso temporal e no fato das testemunhas serem policiais, é pertinente sob os fundamentos que sustentam o Processo Penal. O método utilizado é o dialético, em pesquisa teórica e qualitativa dos procedimentos técnicos de pesquisa bibliográfica - precisamente por livros de leitura corrente e publicações periódicas -, pesquisa documental, coleta de jurisprudência e análise de argumentos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

**Palavras-chave:** Provas. Testemunhas. Antecipação. Policiais.

## **ABSTRACT**

It is a study on the determination of the anticipated production of testimonial evidence, when the suspension of the process and the prescriptive period were determined, based on the time lapse and on the fact that the witnesses are police, focusing on the understandings of the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court on the subject. The general objective of this paper is to investigate the decisions that determine the anticipated production of urgent evidence when the defendant is not found to be summoned, based on the time lapse and the fact that the witnesses are police officers, and verify if they are relevant under the the basis of the Criminal Procedure. In view of this, among the specific objectives is to analyze the foundations of the criminal process, especially the principles of due process of law, ample defense, contradiction and presumption of innocence, from the perspective of the Federal Constitution; to study criminal procedural rites and the early production of evidence when the accused is not found to be summoned; and to verify how the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court have been standing on the anticipated production of urgent evidence when the witnesses are policemen. The central problem of the work is to verify if the decisions that determine the anticipated production of urgent evidence when the defendant is not found to be quoted, based on the time lapse and the fact that the witnesses are police, is pertinent under the foundations that sustain the Process Criminal. The method used is the dialectic, in theoretical and qualitative research of the technical procedures of bibliographical research - precisely by current reading books and periodicals -, documentary research, collection of jurisprudence and analysis of jurisprudential arguments of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice.

**Palavras-chave:** Evidences. Witnesses. Anticipation. Cops.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
HC	Habeas Corpus
RHC	Recurso em Habeas Corpus
ROHC	Recurso Ordinário em Habeas Corpus
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>2 FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL .....</b>	<b>13</b>
2.1 PROCESSO PENAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL .....	14
2.2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ÂMBITO CRIMINAL.....	18
2.3 PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.....	23
2.4 BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL .....	26
<b>3 PROCESSO E PROCEDIMENTO PENAL.....</b>	<b>30</b>
3.1 RITOS PROCESSUAIS PENAIS COMUNS. ....	31
3.2 PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS.....	35
3.3 PROVA TESTEMUNHAL E A FALIBILIDADE DA MEMÓRIA HUMANA .....	40
3.4 TESTEMUNHO DOS POLICIAIS.....	44
<b>4 ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS.....</b>	<b>48</b>
4.1 JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA .....	48
<b>4.1.1 Habeas Corpus n. 322956/SP. ....</b>	<b>49</b>
<b>4.1.2 Habeas Corpus n. 342114/SC.....</b>	<b>52</b>
<b>4.1.3 Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 64086/DF .....</b>	<b>53</b>
4.2 JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....	58
<b>4.2.1 Habeas Corpus n. 135386/DF.....</b>	<b>58</b>
<b>4.2.2 Habeas Corpus n. 130038/DF.....</b>	<b>61</b>
<b>4.2.3 Habeas Corpus n. 114519/DF.....</b>	<b>63</b>
4.3 PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS QUANDO AS TESTEMUNHAS SÃO POLICIAIS .....	64
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>72</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>76</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Segundo o art. 366 do Código de Processo Penal<sup>1</sup> nas situações em que o acusado, devidamente citado por edital, não comparecer ou constituir advogado, o processo e o curso do prazo prescricional ficarão suspensos, oportunidade em que o magistrado poderá determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, caso cabível, decretar a prisão preventiva.

Da leitura desse dispositivo, é possível inferir que nas hipóteses em que o acusado, devidamente citado por edital, não comparece aos autos e não constitui advogado, o magistrado estaria autorizado a determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes. Ocorre que o artigo em comento não possui maior aprofundamento sobre quais circunstâncias autorizariam essa antecipação da prova, sendo a legislação omissa sobre o conceito de urgência.

Não obstante a ausência de regulamentação do assunto, operadores do direito passaram a utilizar-se do artigo em comento para determinar a oitiva antecipada de toda e qualquer testemunhas, tendo como fundamento a falibilidade da memória humana.

Diante disso, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a “[...] decisão que determina a produção antecipada de provas com base no artigo 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo” (BRASIL, 2010).

Em que pese a súmula mencionada, o tema acerca da antecipação probatória está longe de ser solucionado, pois a cada momento novas teses surgem, exigindo nova análise e reflexão.

Nesse contexto, surgiu a tese de que o decurso do tempo ameadado à condição de policial das testemunhas autorizaria a produção antecipada de seus depoimentos.

Essa questão chegou ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, os quais assumiram posições divergentes em seus julgados. O

---

<sup>1</sup> 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. (BRASIL, 2017a)

primeiro considerou suficiente o argumento. Porém, o Supremo Tribunal Federal rechaçou referidas teses em razão do caráter excepcional da medida.

Dessa forma, o objetivo do presente trabalho monográfico é pesquisar sobre a divergência jurisprudencial existente entre essas Cortes acerca da antecipação da prova quando as testemunhas são policiais.

A grande quantidade de processos que são suspensos após a citação editalícia, situações nas quais os autos ficam parados durante anos, demonstra a necessidade da discussão sobre o assunto.

Ademais, a grande quantidade de processos criminais nos quais a sentença se baseia exclusivamente no depoimento de policiais demonstra a imprescindibilidade da discussão.

O primeiro capítulo tem por objeto analisar os principais fundamentos do processo penal, especialmente os princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da verdade real, sob a ótica da Constituição Federal. Já o segundo tem o escopo de estudar de forma ampla os ritos processuais penais e analisar o procedimento adotado quando o acusado não é encontrado para ser citado. Ao final, o terceiro capítulo tem como objetivo verificar as principais decisões do Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal acerca do tema em análise.

A presente pesquisa será exploratória com o intuito de discutir sobre o tema “produção antecipada de provas urgentes”, assim, tornando-o mais explícito e, após isso, criar um raciocínio lógico-jurídico para as hipóteses em que a prova dos autos se constitui exclusivamente da prova testemunhal de agentes públicos.

O método utilizado será o dialético, em pesquisa teórica e qualitativa dos procedimentos técnicos de pesquisa bibliográfica - precisamente por livros de leitura corrente e publicações periódicas -, pesquisa documental, coleta de jurisprudência e análise dos principais argumentos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça de 2012 a 2017.

## 2 FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL

A vida em sociedade, “agrupamento de seres humanos em busca de um fim comum”, é inerente ao homem. Essas sociedades foram aprimoradas com o surgimento do Estado. (AQUINO; NALINI, 2009, p. 19)

No Brasil, nos termos do art. 1º, §1º da Constituição Federal de 1988<sup>2</sup>, o Poder Estatal emana do povo. Assim, o poder do Estado deve ser exercido em prol do bem comum, de modo a garantir condições mínimas de convivência entre os membros da sociedade, bem como proteger os interesses fundamentais dos indivíduos. (BONFIM, 2009, p. 1)

Com o intuito de atingir seu objetivo fim, o Estado elabora leis disciplinando certas condutas e, através dessas normas, estabelece consequências jurídicas em caso de seu descumprimento (TOURINHO FILHO, 2006, p. 6).

Importante frisar que ao elaborar essas leis, é necessário que o legislador respeite os ditames da Constituição. (AQUINO; NALINI, 2009, p. 20)

Existem, no entanto, violações a bens jurídicos que merecem tratamento diferenciado, mais repressivo. O direito penal tem como objetivo precípua combater a violação a esses direitos sendo, de todos os ramos das ciências jurídicas, o único que possibilita a restrição da liberdade dos indivíduos com caráter punitivo (TOURINHO FILHO, 2006, p. 9).

Segundo Aury Lopes Júnior (2016, p. 63) os tipos penais previstos no Código Repressivo possuem duplo caráter: preventivo e repressivo. Exercem função preventiva porque não só protegem bens jurídicos de eventuais violações, mas também tutelam o particular em relação aos atos abusivos do Estado. Também possuem a função restritiva, pois impõem sanções àqueles que violem suas disposições.

Em razão da função repressiva do Direito Penal, é necessário um processo que legitime o poder punitivo estatal, razão pela qual existe o processo penal. Dessa forma, pode-se dizer que o processo penal é um instrumento, pois é o

---

<sup>2</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 2017b)

caminho necessário para a pena, a qual somente se legitima através dele. (LOPES, JÚNIOR, 2016, p. 66)

O autor Julio Fabbrini Mirabete (2004, p. 43) aponta as duas finalidades do processo:

A finalidade mediata do processo penal confunde-se com a do Direito Penal, ou seja, é a proteção da sociedade, a paz social, a defesa dos interesses jurídicos, a convivência harmônica das pessoas no território da nação. O fim direto, imediato, é conseguir, mediante a intervenção do juiz, a realização da pretensão punitiva do Estado derivada da prática de uma infração penal, em sua, a realização do direito penal objetivo.

Na mesma linha, diferenciando o direito penal e o direito processual penal, Aquino e Nalini explicam: “O direito penal é a substância. O direito processual penal é o instrumento que coloca a substância a atuar. O direito penal é o corpo; o direito processual penal é a alma. Não há corpo sem alma, como não existe alma sem corpo.” (2009, p. 24)

Ante o exposto, considerando a dupla função dos tipos penais e o processo como instrumento necessário para a aplicação das sanções, imperativo se faz o estudo do processo penal a luz da Carta Magna.

## 2.1 PROCESSO PENAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Nas últimas décadas, em diversos países, surgiu o movimento chamado de neoconstitucionalismo, o qual criou uma nova percepção da Constituição e de seu papel nas relações e interpretações jurídicas.

No Brasil, o neoconstitucionalismo foi fruto de um lento processo, cuja evolução pode ser analisada através de três marcos: histórico, filosófico e teórico. (BARROSO, 2017, p. 3)

Sob o ponto de vista histórico, pode-se apontar o surgimento da Constituição de 1988, que consagrou a travessia de um regime autoritário para o Estado democrático de direito. Não só isso: fez surgir o que Luis Roberto Barroso (2017, p. 3) chama de sentimento constitucional, caracterizado pela “capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços”.

Sobre a transição do regime autoritário para a democracia, Antonio Scarance Fernandes (2010, p. 19) expõe:

[...] com a evolução histórica surgiu a necessidade de normas que assegurassem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder estatal intervencionista. Buscando resolver esse problema, o Brasil inseriu em sua Constituição diversas regras de cunho garantista, impondo ao Estado e à própria sociedade o respeito aos direitos individuais.

Por outro lado, sob a ótica filosófica é possível ressaltar o pós-positivismo, caracterizado pela junção do positivismo e do jusnaturalismo. Essa nova percepção reaproximou o Direito e a filosofia, consagrando os pontos positivos de cada corrente: “busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas”, implicando, sobretudo, em uma maior normatividade dos princípios; no surgimento de uma nova hermenêutica constitucional; e no desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais. (BARROSO, 2017, p. 3)

Sobre esse marco, Luigi Ferrajoli (2017, p. 96) ensina:

Com a incorporação nas Constituições de princípios de justiça de caráter ético-político, como a igualdade, a dignidade das pessoas e os direitos fundamentais, desaparece o principal traço distintivo do positivismo jurídico: a separação entre direito e moral, ou seja, entre validade e justiça. Segundo esta tese, a moral, que no velho paradigma juspositivista correspondia a um ponto de vista externo ao direito, agora faria parte do seu ponto de vista interno.

Como bem anota o jurista Aury Lopes Júnior (2016, p. 32), em oposição ao passado - quando o conflito existente era entre o direito positivo e o direito natural -, atualmente, com a recepção dos direitos naturais pelas constituições, o desafio passa a ser como dar eficácia a esses direitos fundamentais previstos na Lei Maior.

Finalmente, referente ao marco teórico podem ser apontadas três grandes modificações: o reconhecimento da força normativa à Constituição, ou seja, a atribuição de imperatividade a ela, inerente a todas as normas jurídicas, de modo que o descumprimento de suas disposições enseja mecanismos próprios de cumprimento forçado; a expansão da jurisdição constitucional (caracterizada pela inserção de controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais); e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. (BARROSO, 2017, p. 3)

Nas palavras de José Afonso da Silva (2005, p. 45 – grifo do autor):

A *rigidez constitucional* decorre da maior dificuldade para sua maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o *princípio da supremacia da constituição* [...]. Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos.

Nesse contexto, a Carta Magna foi reconhecida como norma superior, o que, por consequência, obriga que a interpretação das normas infraconstitucionais se guie por ela, especialmente as normas processuais:

Todo o direito processual, como ramo de direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a efetividade do direito objetivo; que estabelece alguns princípios processuais; e o direito processual penal chega a ser apontado como direito constitucional aplicado às relações entre autoridade e liberdade. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p. 87)

Com o direito processual penal não é diferente. É de extrema importância que as normas contidas no Código de Processo Penal sejam analisadas a luz da matriz constante na Constituição.

Nesse norte, Edilson Mongenot Bonfim (2009, p. 10) reconhece a ocorrência da constitucionalização do processo penal e aponta a Constituição Federal como uma das principais fontes formais dessa ciência jurídica, uma vez que contém em seus dispositivos diversas normas que influenciam diretamente o direito processual penal. Essas disposições “limitam e orientam o alcance e a força das leis ordinárias, que ficam hierarquicamente subordinadas aos comandos constitucionais”.

Ademais, “a atual ordem constitucional não deixa margem a dúvidas quanto à necessidade de se vincular a aplicação do Direito e, assim, do Direito Processual Penal, à tutela e à realização de direitos humanos [...]” (PACELLI, 2014, p. 35).

Logo, conforme se visualiza, é pacífico na doutrina o entendimento de que, num Estado Democrático de Direito, as normas de direito processual penal devem se submeter às disposições da Magna Carta em função de sua força normativa.

Feitas essas considerações, importante citar o dispositivo da Constituição que fundamenta a razão de existência do processo penal e analisar seus pontos mais pertinentes. Consta no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] (BRASIL, 2017b)

Como se vê, a Lei Maior assegura como direito individual de todos a inviolabilidade da liberdade.

O autor José Afonso da Silva (2005, p. 233) conceitua liberdade:

[...] *liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal.*

Nessa noção, encontramos todos os elementos objetivos e subjetivos necessários à idéia de liberdade; é *poder* de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas *em busca*, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente. Tudo que impedir aquela possibilidade coordenação dos meios é contrário à liberdade.

Embora o direito a liberdade seja a regra no direito brasileiro, em situações excepcionais, admite-se a mitigação dessa garantia fundamental, como ocorre no Direito Penal que impõe penas privativas de liberdade àqueles que violem suas disposições. Nas palavras de Adauto Suannes (2004, p. 147):

Falar no direito do ser humano à liberdade é falar do direito do Estado de limitá-la ou mesmo restringi-la drasticamente, em nome de interesses difusos que se ocultam na vaga expressão “interesse público”.

Nessa esteira, uma vez perpetrada uma conduta incriminada por um dos tipos penais, nasce para o Estado o *ius puniendi*<sup>3</sup> concreto, ou seja, o poder de punir o agente violador de suas normas. No entanto, esse direito de punir se contrapõe à liberdade, direito fundamental previsto na Constituição, razão pela qual não é possível a aplicação de pena ou medida de segurança sem o devido processo legal. (GOMES, 2005, p. 09).

---

<sup>3</sup> Tradução livre: direito de punir.

Em razão de o poder estatal não poder ser exercido de forma arbitrária, o processo penal é a única forma de se legitimar a pena. Conforme José Afonso da Silva (2005, p. 240 – grifo do autor):

[...] a liberdade da pessoa física, para ter efetividade, precisa de *garantias* contra a prisão, a detenção e a penalização arbitrárias, mediante mecanismos constitucionais denominados, em conjunto, *direito de segurança*. Essas regras de segurança pessoal exigem que as medidas tomadas contra os indivíduos sejam conformes com o direito, isto é, anterior e regularmente estabelecidas, vale dizer, atendam ao *princípio da legalidade, ao devido processo legal*.

Na mesma linha, Aury Lopes Júnior (2014, p. 44) ensina:

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).

Dessa forma, dada a importância do devido processo legal para a aplicação das sanções penais, imperativa é a análise pormenorizada desse princípio.

## 2.2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ÂMBITO CRIMINAL

O art. 5º, inciso LIV, da Lei Maior assegura: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988b).

Interpretando esse mandamento constitucional, pode-se dizer que:

[...] impõe a asseguarção, ao ser humano envolvido numa *persecutio criminis*, de livre acesso ao juiz natural, com o direito de participar, em igualdade de condições, com os agentes estatais da persecução penal, e em inafastável contraditoriedade, de todo o iter procedimental, orientado por mecanismos de controle e exatidão de desfecho do processo, num prazo razoável (TUCCI, 2009, p. 76).

O processo é conceituado, pela doutrina clássica, como “um *instrumento a serviço da paz social*” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p. 50).

Além desse conceito, há também quem defina o processo como “conjunto de coordenados cuja finalidade é a resolução do litígio, através do pronunciamento do Judiciário”. (AQUINO; NALINI, 2009, p. 23)

No entanto, a doutrina moderna define o processo como um meio de limitação do poder que assegura o respeito aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. (BONFIM, 2009, p. 25)

Nessa linha de raciocínio, é possível dizer que o mandamento do devido processo legal impõe que sejam respeitadas “todas as formalidades previstas em lei para que haja o cerceamento da liberdade (seja ela qual for)”. (RANGEL, 2010, p. 3)

Especialmente no âmbito criminal, o direito de punir do Estado somente pode ser exercido após a observância do devido processo legal, como já mencionado, a fim de garantir a “lisura na apuração da conduta do infrator”. (AQUINO; NALINI, 2009, p. 21)

No entendimento de Luigi Ferrajoli (2010, p. 556):

[...] o processo, como de resto a pena, justifica-se precisamente enquanto técnica de minimizar a reação social ao delito: minimizar a violência, mas, também, o arbítrio que de outro modo seria produzido de forma ainda mais selvagem e desenfreada.

Seguindo o mesmo raciocínio, o doutrinador Aury Lopes Júnior (2016, p. 66) aponta que o processo nada mais é do que um instrumento, pois é o caminho necessário para a pena. No entanto, esse caráter instrumental do processo deve ser analisado não só como instrumento a serviço da pretensão acusatória, mas também como a serviço da realização do projeto democrático, buscando-se, por conseguinte, a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais.

O autor Alexandre de Moraes (2014, p. 110) também concebe essa dupla função do processo:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

Deste modo, considerando essa dupla função do processo penal, importante analisar no que consiste cada uma delas.

Sob a perspectiva procedimental, também chamada de “*faceta formal, objetiva ou estática*” (BONFIM, 2009, p. 26 – grifo do autor), o processo penal é um procedimento ordenado. “Assim, o aplicador do Direito deve estar atento para não atingir quaisquer dos interesses protegidos pela garantia, sem antes trilhar por certos caminhos”. (LIMA, 1999, p. 190). Esse “caminho” deve ser obrigatoriamente observado pelo Estado, para que o julgamento seja justo. (SUANNES, 2004, p. 167-168)

Exemplo do caráter procedimental do processo penal é o art. 400, *caput*, do Código de Processo Penal, que dispõe a ordem dos atos da audiência de instrução e julgamento do procedimento comum. Veja-se:

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, neste ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. (BRASIL, 2017a)

Conforme Aduino Suannes (2004, p. 152), esse caráter instrumental é necessário para minorar as consequências do inevitável envolvimento emocional do juiz, como membro da sociedade na qual ocorreu o crime. Veja-se:

Enquanto na esfera civil podemos dizer que os titulares de pretensões conflitivas situam-se no mesmo patamar, não tendo o juiz, em princípio, interesse algum, ainda que remoto, em que vença o autor ou o réu, no campo criminal seu interesse é evidente: membro da sociedade onde teria ocorrido a infração, tem ele, como membro dela, interesse em viver em paz, desfrutando com seus familiares e amigos de um ambiente onde o risco de ser vitimado pela criminalidade seja nenhum ou, pelo menos, o menor possível. É absolutamente irreal pretender que o julgador interrogue um pretense *serial killer* com a mesma tranquilidade com que toma o depoimento pessoal do senhorio em uma ação de despejo. Por menos que o desejasse, suas limitações humanas fazem dele algo mais do que um mero espectador ou, na melhor das hipóteses alguém comprometido com os aspectos puramente formais do processo.

O princípio do devido processo legal é, atualmente, uma “cláusula aberta indeterminada”, pois dele derivam diversos princípios, os quais devem

obrigatoriamente ser observados para chegar-se legitimamente à pena. (MIRABETE, 2004, p. 29)

Dessarte, o devido processo legal impõe a obediência à sucessão de atos processuais prevista em lei, com o intuito de que ele seja eficiente e sirva de caminho à “ordem jurídica justa”. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p. 50)

Assim sendo, o devido processo legal processual “implica garantir às partes uma atuação efetiva durante o desenrolar do processo (deduzindo pretensões, produzindo provas, fazendo alegações), na busca do convencimento do juiz” obrigando este à plena obediência ao princípio. (BONFIM, 2009, p. 40)

Em contrapartida, o conteúdo material do princípio ora analisado se refere ao direito ao respeito às garantias fundamentais, na medida em que representa uma garantia do particular contra qualquer atividade estatal arbitrária, desproporcional ou não razoável. (BONFIM, 2012, p. 99)

Nesse sentido:

*Entretanto, o processo judicial tem também um aspecto relacional. As partes e o juiz não apenas trafegam por um itinerário previsto no modelo legal, mas efetivamente atuam no processo, exercendo poderes, faculdades, deveres e ônus a eles conferidos pela lei, assumindo, alternadamente, posições jurídicas diversas no curso do processo, contribuindo para um contínuo envolver rumo à construção de uma decisão final. É a faceta subjetiva, dinâmica do processo. (BONFIM, 2009, p. 26 – grifo do autor)*

Como exemplo desse enfoque, pode-se mencionar o art. 157, *caput*, do Código de Processo Penal<sup>4</sup> que prevê a inadmissibilidade das provas ilícitas, exatamente como assegura o art. 5º, LVI, da Constituição Federal<sup>5</sup>.

Rogério Lauria Tucci (2009, p. 20) registra a importância de se analisar o devido processo legal sob essa perspectiva:

*[...] consistindo a jurisdição criminal numa atividade estatal determinada à aplicação do Direito Penal material a um conflito de interesses (*punitivo e de liberdade*) de alta relevância social; correspondendo um destes, como visto, ao anseio de liberdade do ser humano, que se faz fundamento do processo penal; e constituindo as normas processuais penais, necessariamente, e*

<sup>4</sup> Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (BRASIL, 2017a)

<sup>5</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; [...] (BRASIL, 2017b)

sempre, projeção atual e dinâmica das garantias constitucionais, qualquer que seja o ângulo visualizado, apresentam-se os preceitos da Constituição respeitantes ao Direito Processual Penal como base e diretriz das regras disciplinadoras do respectivo processo.

Corroborando com essa visão garantista, Eugênio Pacelli (2014, p. 19) esclarece:

O devido processo penal constitucional busca, então, realizar uma Justiça Penal submetida à exigência de igualdade efetiva entre os litigantes. O processo justo deve atentar, sempre, para a desigualdade material que normalmente ocorre no curso de toda persecução penal, em que o Estado ocupa posição de proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela atuação da jurisdição, sobre a qual exerce o monopólio.

Finalmente, importante mencionar que, conforme os ditames de Antonio Sacarance Fernandes (2010, p. 19), não existe confronto entre eficiência e garantismo no processo penal na visão moderna, “pois não se concebe um processo eficiente sem garantismo”.

Apesar de o processo penal ser entendido como um instrumento de garantia de direitos fundamentais, os doutrinadores Lenio Luiz Streck e Rafael Tomasi de Oliveira (2012, p. 18) fazem as seguintes observações:

Um fator instigante, nem sempre mencionado nesse âmbito de discussões, é que, no meio dessa “operação matemática” que afere pesos e medidas, pode acontecer da balança pender com mais força ora para o lado do punitivismo estatal, ora para o lado da defesa ilimitada do acusado. Isso leva a um tipo muito específico de suspensão da juridicidade criando uma espécie de “Estado de Exceção”,<sup>15</sup> na medida em que esse recorte teórico tende a pender ora para um lado (*jus puniendi*) ora para outro (*status libertatis*). Explicamos: tanto o excesso de punitivismo quanto a deficiência no desempenho da persecução criminal, conduz o ambiente processual para um lugar do não direito, para uma dimensão fora do nomos (daí o caráter de quase-exceção). Na verdade, toda vez que se confere peso demais para a imposição da punição ou peso demais para as garantias do acusado, acaba-se por conduzir a discussão para um espaço de indefinição sobre o sentido do direito.

Por conseguinte, pode-se concluir que o processo penal é visto pelos doutrinadores como o instrumento que assegura os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal e que ordena a série de atos a serem seguidos em um procedimento com o escopo de efetivamente tornar o julgamento justo.

Bem caracterizadas as funções do processo penal, torna-se imperativo estudar os princípios corolários do devido processo legal.

### 2.3 PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

O contraditório e a ampla defesa são garantias fundamentais de todos os acusados. Assim dispõe do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal:

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; (BRASIL, 2017b)

Embora estejam previstos no mesmo inciso do artigo citado, os dois institutos não se confundem, razão pela qual serão diferenciados nesta obra.

Com efeito, o princípio do contraditório pode ser caracterizado como o direito que obriga que a parte contrária seja também ouvida em igualdade de condições. Essa garantia decorre do princípio da isonomia processual, pois garante a ambas as partes igualdade de condições (*audiatur et altera pars*<sup>6</sup>). (MIRABETE, 2004, p. 46)

Nesse entendimento, o contraditório assegura o direito à parte de manifestação acerca de toda alegação ou prova apresentada pela parte contrária, o que, conseqüentemente, estabelece equilíbrio entre a pretensão punitiva do Estado, o direito à liberdade e a presunção de inocência do acusado. (NUCCI, 2013, p. 92)

Pode-se dizer, tradicionalmente, que esse instituto se compõe de dois elementos: informação e reação. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p. 66) Sobre esses elementos, Julio Fabbrini Mirabete (2004, p. 46) ensina:

[...] A ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contrariá-los são os limites impostos pelo contraditório a fim de que se conceda às partes ocasião e possibilidade de intervirem no processo, apresentando provas, oferecendo alegações, recorrendo das decisões etc.

Logo, enquanto a informação consiste em dar ciência à parte adversa da existência da demanda e dos argumentos da parte contrária, a reação possibilita a parte se manifestar a respeito desses argumentos. (LIMA, 2014, p. 54)

---

<sup>6</sup> Tradução Livre: Oitiva da parte contrária.

Em um processo penal acusatório, formado pela trílice processual (réu, juiz e titular da ação penal), torna-se imperativa a existência de um processo contraditório.

Dessa forma, é vedado ao órgão julgador decidir sobre determinado aspecto no processo sem ouvir previamente a parte contrária, sobre a qual é deduzida. (ALVIM, 2016, p. 225)

Nessa linha de raciocínio:

O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a *tese* e a outra, a *antítese*) o juiz pode corporificar a *síntese*, em um processo dialético. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p. 64)

Além disso, importante mencionar que essa garantia não admite exceções, tendo em vista que mesmos nos casos de urgência a parte contrária poderá exercer esse direito antes que o provimento se torne definitivo (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p.66)

Por outro lado, a ampla defesa se caracteriza pelo direito do acusado à defesa sem restrições, colocando, assim, o réu em paridade com o Estado. (MIRABETE, 2004, p. 46) Somente por amplos e extensos métodos assegurados por esse princípio, é possível que o réu se defenda da imputação feita pela acusação. (NUCCI, 2013, p. 92)

Sobre esse princípio, Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 92) ensina:

Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a *ampla* possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal.

Deste modo, esse princípio também está ligado diretamente ao devido processo legal, porquanto o direito à ampla defesa implica na existência de mecanismos que assegurem essa garantia. (COSTA; NEGRI, 2017, p.7)

O autor Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 63) entende que a garantia constitucional a ampla defesa compreende o direito à defesa técnica (processual ou específica) e à autodefesa (material ou genérica). Aquela é a exercida por profissional dotado de capacidade postulatória, a qual é um direito irrenunciável do acusado, enquanto esta é a exercida pelo próprio acusado em determinados momentos no processo.

Nesse sentido:

No processo penal, entendem-se indispensáveis quer a defesa técnica, exercida por advogado, quer a autodefesa, com a possibilidade dada ao acusado de ser interrogado e de presenciar todos os atos instrutórios. Mas enquanto a defesa técnica é indispensável, até mesmo pelo acusado, a autodefesa é um direito disponível pelo réu, que pode optar pelo direito ao silêncio (Const., art. 5º, inc. LXIII). (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p. 65)

Segundo Vicente Greco Filho (2012, p. 95) a ampla defesa engloba a instrução contraditória, pois esta torna efetiva a garantia.

No entendimento de Renato Brasileiro de Lima:

Apesar da influência recíproca entre o direito de defesa e o contraditório, os dois não se confundem. Com efeito, por força do princípio do devido processo legal, o processo penal exige partes em posições antagônicas, uma delas obrigatoriamente em posição de defesa (ampla defesa), havendo a necessidade de que cada uma tenha o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária (contraditório). (2014, p. 57)

Apesar da diferença conceitual existente entre o princípio do contraditório e o da ampla defesa, o primeiro é inerente a este, “pois não se concebe um processo legal, buscando a verdade processual dos fatos, sem que se dê ao acusado a oportunidade de desdizer as afirmações feitas pelo Ministério Público (ou seu substituto processual) em sua peça exordial.” (RANGEL, 2010, p. 17)

Segundo Aury Lopes Júnior (2014, p. 223):

A relevância da distinção reside na possibilidade de violar um deles sem a violação simultânea do outro, com reflexos no sistema de nulidades dos atos processuais. É possível cercear o direito de defesa pela limitação do uso de instrumentos processuais, sem que necessariamente também ocorra violação do contraditório. A situação inversa é, teoricamente, possível, mas pouco comum, pois em geral a ausência de comunicação gera a impossibilidade de defesa.

Dessa forma, pode-se dizer que a ampla defesa diz respeito somente ao réu, razão pela qual sua defesa deve ser ampla, enquanto o contraditório diz respeito tanto ao réu quanto ao responsável pela ação penal.

## 2.4 BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

É praticamente impossível abordar os fundamentos do processo penal e o tema provas no processo penal sem fazer uma menção, mesmo que breve, à busca da verdade no processo penal.

Dessa forma, aborda-se o presente princípio apenas com caráter meramente informativo, não se pretendendo, pois, esgotar o tema, uma vez que se trata de celeuma doutrinária.

Durante anos prevaleceu o entendimento de que no âmbito cível, por este versar sobre direitos disponíveis, vigorava o princípio da verdade formal que compulsava o juiz a decidir exclusivamente no material probatório das partes, enquanto no âmbito processual penal, caberia ao magistrado a busca da verdade material<sup>7</sup>, podendo determinar a produção de provas de ofício. (LIMA, 2014, p. 71)

Nesse viés, o princípio da verdade real autorizaria o magistrado a assumir uma posição ativa na atividade probatória, sendo tal medida justificada pelo receio do Estado em não punir um inocente, uma vez que o processo penal trata de direitos indisponíveis. (NUCCI, 2013, p. 116)

Assim, pode-se dizer que o princípio da verdade real impõe que o processo penal busque, o máximo possível, a “verdadeira realidade dos fatos” com o intuito de que o direito de punir seja concretizado de forma eficaz. (GOMES, 2017)

Explicando o princípio da verdade real, Guilherme de Souza Nucci ensina:

O princípio da verdade real significa, pois, que o magistrado deve buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente. Note-se o disposto nos arts. 209 (“o juiz, *quando julgar necessário*, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes”, grifamos), 234 (“se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, *independentemente de requerimento de qualquer das partes*, para sua juntada aos autos, se possível”, grifo nosso), 147 (“o juiz poderá,

---

<sup>7</sup> Sinônimos: verdade substancial ou real.

*de ofício*, proceder à verificação da falsidade”, grifamos), 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; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para *dirimir dúvida* sobre ponto relevante”, grifamos), 566 (“não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da *verdade substancial* ou na decisão da causa”, destaque nosso) do Código de Processo Penal, ilustrativos dessa colheita de ofício e da expressa referência à busca da verdade real. (NUCCI, 2013, p. 114-115 – grifo do autor)

Nesse desiderato, Ada Pellegrini Grinover (2017, p. 4-5) ressalta a importância da existência dos poderes instrutórios do juiz com base na função social do processo, uma vez que o resultado da prova, na esmagadora maioria dos casos, é o que determina a convicção do magistrado. Por conseguinte, este deve assumir posição ativa na instrução processual, devendo determinar a produção de provas sempre que considerar necessário.

Apesar de defender a posição ativa do magistrado durante a persecução penal, Grinover (2017, p. 5) não aponta a verdade real como a finalidade do processo, admitindo que dificilmente no processo atingir-se-á a verdade e a certeza. Veja-se:

Ninguém melhor do que o juiz, a quem o julgamento está afeto, para decidir se as provas trazidas pelas partes são suficientes para a formação de seu convencimento. Isto não significa que a busca da verdade seja o fim do processo e que o juiz só deva decidir quando a tiver encontrado. Verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis, no processo ou fora dele. Mas é imprescindível que o juiz diligencie a fim de alcançar o maior grau de probabilidade possível. Quanto maior sua iniciativa na atividade instrutória, mais perto da certeza ele chegará.

Em que pese tais entendimentos, o princípio em análise é refutado por muitos doutrinadores, os quais sustentam que ele daria margem para a ilimitação do poder do magistrado, apresentando resquícios do sistema inquisitório.

Nesse entendimento, o primórdio da verdade real seria apenas uma maneira de se justificar práticas inquisitórias na persecução penal. (BURATO, 2017)

Da mesma forma, Aury Lopes Júnior (2006, p. 272-273) critica o pressuposto em análise, alegando que a verdade real é “uma artimanha engedrada nos meandros da inquisição para justificar o substancialismo penal e o decisionismo processual (utilitarismo), típicos do sistema inquisitório”. Segundo ele, a origem do

princípio em comento teria sido na inquisição e, a partir desse momento, é usado como pretexto para o cometimento de diversas atrocidades.

Segundo Andre Faria (2011, p. 52), embora seja realizada a reconstrução dos fatos durante a persecução penal, a perfeita correspondência entre o fato delituoso e a sentença é inviável, considerando as limitações e a fragilidades da mente humana.

Em suma, existem três linhas doutrinárias sobre a verdade e a função da prova nos processo.

A primeira linha doutrinária dispõe que as provas são inexistentes, de modo que não são hábeis para determinar a realidade dos fatos. Para os autores que defendem essa posição não há real significado na prova dos fatos, de modo que o seu procedimento de produção seria apenas um rito criado para reforçar a opinião pública e dar uma aparência de que o sistema processual implementa e respeita valores positivos. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 276-278)

Em contrapartida, a segunda corrente tem como fundamento que o processo nada mais é do que um dialogo, no qual são narrados fatos, os quais nem sempre possuem direta relação com a realidade. Assim, cada prova é tida como uma partícula da história, sendo a decisão do magistrado fundamentada na narrativa da acusação e da defesa. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 276-278)

Por fim, a terceira posição defende a possibilidade de a verdade ser determinada no processo penal, porém esta verdade seria a “judicial” (ou processual). Para esses doutrinadores, a verdade pode ter diversas versões. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 276-278)

Para os adeptos dessa corrente, embora a verdade objetiva, “aquela que corresponde perfeitamente com o acontecido no plano real”, seja inalcançável, é perfeitamente possível que o juiz desenvolva, após a atividade probatória, uma crença segura da verdade e, com base nisso, condene ou absolva o réu. (NUCCI, 2013, p.114)

Em razão de tantas divergências, a doutrina moderna sustenta que o princípio que vigora no processo penal não é o da verdade material ou real, mas sim o da busca da verdade. (LIMA, 2014, p. 72)

Por conseguinte, pode-se dizer que o princípio da verdade real não é consenso na doutrina brasileira, embora apontado por muitos manuais de processo penal como princípio atinente ao processo.

O seu aceite ou não como princípio interfere diretamente na produção de provas no processo, pois aqueles que o aceitam o utilizam para fundamentar a atividade probatória do magistrado, o que não é aceito por aqueles que o refutam.

### 3 PROCESSO E PROCEDIMENTO PENAL

Os conceitos de processo e procedimento estão diretamente relacionados, porém ambos não se confundem.

O processo é o conjunto de atos procedimentais realizados no decorrer da persecução penal, enquanto o procedimento denomina a sequência de atos realizados no decorrer no processo, os quais devem seguir a ordem prevista na legislação. (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 919)

Nesse entendimento, pode-se dizer que enquanto o processo configura a “verdadeira relação jurídica”, pois é um conjunto de atos para a prestação jurisdicional penal, o procedimento nada mais é do que uma forma de atuar. (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 919-920)

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Fernando da Costa Tourinho Filho (2006, p. 2) ensina:

[...] Para que o Juiz possa solucionar o litígio, fazendo atuar a vontade concreta da lei e, assim, dando a cada um o que é seu, praticam-se, perante eles numerosos atos: o pedido do autor, o chamamento do réu, sua resposta, a produção de provas, o seu exame crítico e, finalmente, a sentença, a resolução da lide. Ao conjunto de atos processuais que se sucedem, coordenadamente, com a finalidade de resolver, jurisdicionalmente, o litígio, denomina-se *processo*. Mas, sob esse aspecto, isto é, sequência, coordenação e ordem dos atos processuais, fala-se, tecnicamente, em *procedimento*. Este, pois, é a exteriorização do processo, isto é, o processo visto pelo lado de fora, externamente.

Existem diversos procedimentos para cada tipo de processo, os quais são previstos em lei para cada situação específica de direito material com o intuito de prestar a atividade jurisdicional da melhor forma possível. (GRECO FILHO, 2013, p. 413)

Esses procedimentos devem ser rigidamente observados a fim de efetivar o direito constitucional do devido processo legal, do qual são corolários à integralidade do rito – imposição ao juiz do dever de fiel e integral observância dos atos processuais – e a taxatividade do procedimento - segundo o qual é vedado aplicar procedimento distinto daquele previsto em lei e a inversão dos atos procedimentais. (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 920)

Diante disso, imperativo estudar de forma sumária os procedimentos penais comuns a fim de traçar algumas considerações sobre a produção antecipada de provas.

### 3.1 RITOS PROCESSUAIS PENAIS COMUNS.

Preconiza o art. 394 do Código de Processo Penal:

Art. 394. O procedimento será comum ou especial.

§1º O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo:

I – ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;

II – sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;

III – sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei.

§2º Aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial. (BRASIL, 2017a)

Conforme se observa o artigo supracolacionado, o Código de Processo Penal dividiu os procedimentos em comuns e especiais. Nos comuns, encontra-se a subdivisão em ordinário, sumário e sumaríssimo.

O procedimento ordinário é cabível para crimes cuja sanção máxima de pena privativa de liberdade for igual ou superior a 4 (quatro) anos, independentemente se a pena for de reclusão ou de detenção. Em contrapartida, o procedimento sumário tem por objeto crimes cuja sanção máxima seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade, excluídos destes a competência dos juizados especiais criminais, os quais se atêm aos crimes de menor potencial ofensivo.

O presente trabalho se limitará a analisar os procedimentos dos ritos ordinário e sumário, os quais são pertinentes para o objeto de estudo, qual seja, a produção antecipada de provas com fundamento no art. 366 do Código de Processo Penal<sup>89</sup>.

---

<sup>8</sup> 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. (BRASIL, 2017a)

Inicialmente, importante mencionar que o procedimento do rito ordinário e do sumário é monofásico, ou seja, mantém uma unidade de sua instauração até a sentença. (GRECO FILHO, 2013, p. 425)

A instrução criminal de ambos os ritos se inicia a partir da denúncia, a qual deve ser oferecida no prazo de 5 (cinco) dias se o acusado estiver preso ou 15 (quinze) se o acusado estiver solto. (GRECO FILHO, 2013, p. 425)

Oferecida a denúncia, o juiz, se não rejeitá-la liminarmente, a receberá e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, no prazo de 10 (dez) dias, exatamente como consta no art. 396 do Código de Processo Penal.<sup>10</sup> Veja-se no que consiste a citação:

A citação é, portanto, modalidade de ato processual cujo objetivo é o chamamento do acusado ao processo, para fins de conhecimento da demanda instaurada e oportunidade do exercício, desde logo, da ampla defesa e das demais garantias individuais. (PACELLI, 2014, p. 610)

A citação do acusado deve ser feita pessoalmente. Porém, se o acusado não for encontrado deve ser citado por edital, circunstância na qual o prazo para resposta acusação somente começará a correr a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído (NUCCI, 2013, p. 696).

Nesse momento, caso o réu, devidamente citado por edital, não compareça em juízo e não apresente resposta à acusação, deve ser determinada a suspensão do processo e do prazo prescricional (LIMA, 2014, p. 1237). Nessa situação, caso o acusado, posteriormente, compareça aos autos, será considerado pessoalmente citado, prosseguindo normalmente o curso do processo. (PACELLI, 2014, p. 622)

Vale frisar que esta peça processual é obrigatória, tanto que o art. 396-A, §2º, do CPP<sup>11</sup> dispõe que caso o acusado, devidamente citado, não apresente

---

<sup>9</sup> Nota: vale ressaltar que a suspensão do processo em razão do não comparecimento aos autos após a citação editalícia é inerente a todos os ritos (exceto nos juizados especiais criminais). No entanto, no presente trabalho abordou somente os ritos processuais comuns.

<sup>10</sup> Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. No caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído. (BRASIL, 2017a)

<sup>11</sup> 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,

resposta à acusação no prazo legal, deverá o magistrado nomear defensor para oferecê-la. (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 923)

Nesse ponto, importante colacionar o entendimento de Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 696) sobre a importância da resposta à acusação:

A resposta equivale à defesa prévia e deve conter toda a matéria interessante à defesa, tais como preliminares (levantamento de falhas e vícios a serem sanados), justificações (alegações de excludentes de ilicitude, em particular), oferecimento de novos documentos, propositura de provas a serem realizadas e apresentação do rol de testemunhas, até o máximo de oito.

Por outro lado, o doutrinador Paulo Rangel (2010, p. 537) argumenta que essa peça é mais processual do que de mérito:

Nesta peça processual, o principal para a defesa é arrolar seu número legal de testemunhas (oito – art. 401 do CPP) e requerer as diligências que entender cabíveis, pois, não requerendo nesta fase, haverá preclusão temporal, não lhe sendo mais lícito fazê-lo. A lei não fala expressamente em “requerer diligências” nessa fase, mas é inerente ao direito de defesa que se possa fazê-lo ao oferecer a RPA.

A defesa técnica não deve, nesta peça processual, esmiuçar sua tese defensiva, mostrando ao Ministério Público sua bateria de provas, pois o ato de recebimento da denúncia já ocorreu e de nada adianta agora uma profunda contestação, salvo nos procedimentos em que se exige uma *resposta prévia à acusação*, antes de o juiz emitir o juízo de admissibilidade da demanda, como no caso em tela.

A matéria alegada na RPA é mais processual e nem tanto de mérito, salvo um caso raro de atipicidade visível ou de total exclusão da culpabilidade.

Apresentada a resposta à acusação pelo réu, abre-se a possibilidade de o magistrado absolver sumariamente o réu, o que ele fará caso presente alguma das situações arroladas no art. 397 do Código de Processo Penal<sup>12</sup>, quais sejam, existência manifesta de causa excludente da ilicitude ou culpabilidade (exceto a inimputabilidade), o fato narrado não constituir crime ou estiver extinta sua punibilidade. (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 956)

---

qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário. [...] § 2º Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias. (BRASIL, 2017a)

<sup>12</sup> Art.397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: I- a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II- a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; III- que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou IV- extinta a punibilidade do agente. (BRASIL, 2017a)

Nesse ponto, importante mencionar que colacionar os ensinamentos de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2014 p. 923):

Agora, o juiz tem autorizativo legal expresso para julgar antecipadamente o mérito penal quando estiver comprovada situação fática ou jurídica que autoriza o provimento que afaste o pedido condenatório. (art. 397, CPP)

Caso não absolva sumariamente o acusado, o magistrado designará audiência de instrução e julgamento para a produção de provas e determinará a intimação dos envolvidos. Essa audiência deverá ser concentrada, devendo a ela comparecer as partes. (GRECO FILHO, 2013, p. 426).

Após, o polo ativo da relação processual e o polo passivo apresentarão alegações finais. Esse é um momento crucial do processo, pois eles farão uma pormenorizada análise do material probatório e será o último momento de se manifestarem durante a persecução penal. (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 960)

Após, o magistrado proferirá sentença no prazo de 10 dias.

Em suma, esse é o caminho processual dos ritos ordinário e sumário, pois ambos se diferenciam apenas no prazo para realização da audiência de instrução e julgamento – no ordinário é de no máximo 60 (sessenta) dias, enquanto no sumário é de no máximo 30 (trinta) dias; no número de inquirição de testemunhas, que no ordinário é possível arrolar até 8 (oito) testemunhas e no sumário o máximo previsto é de 5 (cinco); na existência de previsão expressa de no procedimento ordinário as partes requererem diligência cuja necessidade se origine de provas colhidas na instrução, a qual não existe no procedimento sumário; e, por fim, não existe previsão de substituição das alegações finais orais por memoriais no procedimento sumário, o que ocorre no ordinário caso houver necessidade.

Por fim, importante mencionar que o procedimento sumaríssimo não foi abordado no presente trabalho em razão de esse rito não admitir a citação por edital, nos termos do art. 66, parágrafo único, da Lei 9.099/95<sup>13</sup>.

No mesmo sentido:

---

<sup>13</sup> Art. 66. A citação será pessoal e far-se-á no próprio Juizado, sempre que possível, ou por mandado.

Parágrafo único. Não encontrado o acusado para ser citado, o Juiz encaminhará as peças existentes ao Juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei. (BRASIL,2017c)

O disposto no art. 366 do CPP não tem aplicação, em se tratando de *infração penal de menor potencial ofensivo*, pois, por for do art. 66, *caput*, da Lei nº 9.099/95, não pode haver no Juizado Especial Criminal, citação por edital, somente pessoal. Assim, inaplicável é a suspensão do processo e do curso do prazo prescricional o JECRIM. (RANGEL, 2010, p. 872 – grifo do autor)

Assim, feitas as considerações acerca dos procedimentos comuns penais, passa-se a analisar a produção antecipada de provas.

### 3.2 PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

Conforme já mencionado brevemente no tópico anterior, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal<sup>14</sup>, na hipótese de o acusado, após a citação por edital, não comparecer em juízo ou constituir advogado para apresentar resposta escrita à acusação, o processo e o prazo prescricional ficarão suspensos.

Ensinando sobre o tema, a autor Paulo Rangel (2010, p. 871) aponta pressupostos para a suspensão do processo:

A suspensão do processo e do curso do prazo prescricional somente se dará quando a citação for ficta (ou presumida), portanto, desde que atendidos os seguinte pressupostos:

- a) Citação por edital;
- b) Não-comparecimento do acusado e
- c) Não-constituição de advogado.

O legislador não diz em quais infrações penais será aplicada a suspensão, não podendo o interprete substituí-lo. Portanto, em toda infração penal (crime apenas, pois nas contravenções haverá incidência da Lei 9.099/95, onde a citação será pessoal), se houver citação editalícia e não houver comparecimento do acusado nem for constituído advogado, haverá suspensão do processo e do curso do prazo prescricional.

Na mesma linha, Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 665):

Lembremos que, para a suspensão do processo, deve haver a citação por edital, associada ao fato do réu não apresentar defesa prévia, nem contratar advogado para isso. Não é só a citação ficta que acarreta a suspensão, sendo indispensável, portanto, a ausência do réu.

---

<sup>14</sup> 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. (BRASIL, 2017a)

Nessa situação, o magistrado está autorizado a determinar a produção de provas urgentes e, se for o caso, decretar a prisão preventiva.

Assim, caso haja necessidade da prática de atos instrutórios de natureza urgente, o juiz está autorizado a determinar sua produção, situação em que devem estar presentes o Ministério Público e um defensor dativo. (PACELLI, 2014, p. 622)

Essa possibilidade de antecipação da prova foi inserida em razão da preocupação do legislador com a possibilidade de que estas pudessem se perder com o transcurso do tempo, o que dificultaria a descoberta da verdade real. (GOMES, 2017)

Nessa linha:

[...] mesmo com a suspensão do processo, pode haver provas urgentes a produzir, cujo atraso implicaria a sua perda, fundamento pelo qual abriu-se a exceção de, sem a certeza de se ter sido o acusado cientificado da existência do processo-crime, determinar o juiz a realização de provas consideradas imprescindíveis e imediatas. (NUCCI, 2013, p. 667)

Dessa forma, aquela situação que, no curso regular do processo, seria tratada como mero indício e deveria ser repetida na instrução processual, quando colhida na situação constante no artigo mencionado, terá o mesmo *status* de prova das demais. (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 622)

Dessarte, o magistrado poderá fundamentar sua decisão exclusivamente nessas provas antecipadas, uma vez que gozam do mesmo valor das colhidas no curso da regular instrução processual.

É o que preceitua o art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal:

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.  
Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (BRASIL, 2017a)

Em razão disso, é indispensável a presença do magistrado, do Ministério Público e de um defensor para a realização do ato. Segundo Aury Lopes Júnior (2014, p. 622):

[...] o incidente deve ser praticado com a mais estrita observância do contraditório e direito de defesa. Logo, a prova antecipada deve ser produzida:

- a) em audiência pública, salvo o segredo justificado pelo controle ordinário da publicidade em atos processuais;
  - b) o ato será presidido por um órgão jurisdicional (nos sistemas de investigação policial e a cargo do MP, presidirá o juiz *garante*);
  - c) na presença dos sujeitos (futuras partes) e seus respectivos defensores;
- sujeitando-se ao disposto para a produção da prova em juízo, ou seja, com os mesmos requisitos formais a que deveria obedecer o ato se realizado na fase processual; deve permitir o mesmo grau de intervenção a que teria direito o sujeito passivo se praticado no processo.

O autor Marcelo Batlouni Mendroni (2015, p. 58) também corrobora do entendimento de que é imperativa a presença do magistrado na produção dessas provas, o que caracterizaria tão somente a instalação prematura da jurisdição. Veja-se:

Entretanto, desde que se faça necessária a atuação do Judiciário, em produção antecipada de prova, por exemplo, evidentemente que haverá, de forma prematura e provisória, a instalação da Jurisdição.

Apesar disso, o Código de Processo Penal não regulamentou de forma eficaz essa questão, uma vez que é omissivo em relação às situações que autorizariam essa produção antecipada e sobre o critério de urgência, ficando a critério do operador de direito fazer essa valoração.

Diante da omissão legislativa, o Ministério Público passou a requerer a antecipação da prova pelos mais variados fundamentos, entre eles o risco do esquecimento da prova dos fatos pelas testemunhas durante o período em que o processo permanece suspenso. Essa tese foi acolhida por alguns Tribunais dos Estados, dessa forma, a reiteração dos casos levou o Superior Tribunal de Justiça a editar a seguinte súmula:

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, 2010)

Apontando os precedentes da súmula supracitada, Rômulo de Andrade Moreira (2002) assevera:

Entre os processos que serviram de precedentes para a nova súmula, está o Habeas Corpus n. 67.672, relatado pelo Ministro Arnaldo Esteves Lima. No caso, o Ministro relator considerou que não ficou demonstrado o risco de a prova não poder ser produzida mais tarde no processo. O Ministro afirmou que apenas as provas consideradas urgentes pelo órgão julgador podem ter sua produção antecipada. Para o Ministro, afirmações genéricas não são suficientes para justificar a antecipação. Outro habeas corpus que serviu como precedente foi o 111.984, de relatoria do ministro Felix Fischer. No caso, o acusado não compareceu aos interrogatórios e não constituiu advogado. Foi decretada a produção antecipada de provas, com a consideração de que essas seriam imprescindíveis para o processo. O Ministro, entretanto, apontou que o artigo 366 do CPP deve ser interpretado levando-se em conta o artigo 225 do mesmo código. Para o Magistrado, a antecipação da prova não é obrigatória, devendo ser exceção e não automática. Também foram usados como base para a nova súmula o Eresp 469.775, o HC 132.852, o HC 45.873, entre outros.

No entendimento de alguns autores, acertada foi a edição dessa súmula, pois “admitir a produção antecipada de provas com supedâneo único e exclusivo na passagem do tempo afronta diversos princípios constitucionais inerentes ao direito à prova no processo penal, a começar pelo devido processo legal”. (MILANEZ, 2015)

Nesse norte:

Quanto à produção antecipada de provas, muita cautela. Colher antecipadamente uma prova, sem a presença do réu ou seu defensor (sim, pois a defesa dativa nesse caso é meramente simbólica, sem qualquer eficácia real), é uma flagrante violação da garantia do contraditório e, por contaminação, do direito de defesa, ambos assegurados no art. 5º, LV, da Constituição. Daí por que o ideal é que a produção antecipada seja reservada para casos extremos, em que a prova efetivamente é relevante e sofre risco real de perecimento. Ainda, nesse caso, devem-se tomar todas as cautelas para documentar da forma mais ampla possível, incluindo gravações de áudio e vídeo. (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 779-780)

Comungando da mesma erudição, o autor Edilson Mongenout Bonfim (2007, p. 539) menciona que a produção antecipada de provas é medida de caráter excepcional, motivo pelo qual a decisão que a determina deve ser devidamente justificada e demonstrar a urgência e necessidade da medida.

Ainda nessa perspectiva, o doutrinador Aury Lopes Júnior (2014, p. 622) sugere dois requisitos para a antecipação da prova:

Em síntese, são requisitos básicos:

- a) relevância e imprescindibilidade do seu conteúdo para a sentença;
- b) impossibilidade de sua repetição na fase processual, amparado por indícios razoáveis do provável perecimento da prova.

No entendimento desse autor, por conseguinte, inexistindo um dos requisitos apontados a prova antecipada deveria ser considerada nula, pois seria caso de flagrante violação do contraditório.

Nessa linha de pensamento, somente provas relevantes e urgentes podem ser colhidas antecipadamente, sendo inadmissíveis afirmações genéricas sobre o risco de perecimento e a mera argumentação em torno do decurso de tempo em razão da suspensão do processo. (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 779-780)

Advogando no mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci (2009, p.673) sustenta:

Não se deve banalizar o disposto nesse artigo, crendo ser regra o que vem a ser exceção. Somente as provas realmente perecíveis precisam ser efetivadas na ausência do réu, ainda que lhe seja nomeado defensor dativo ou indicado defensor público. [...] Assim, sustentamos que cabe ao prudente critério do magistrado decidir a respeito da urgência da prova, sem haver qualquer tipo de generalização.

Ainda, é de se anotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal<sup>15</sup> de que a produção antecipada de provas está adstrita às circunstâncias descritas no art. 225 do Código de Processo Penal<sup>16</sup>.

De forma diversa, Renato Marcão (2003) sustenta que uma vez determinada a suspensão do processo, imperativa a determinação antecipada das provas disponíveis para salvaguardar a realidade dos fatos, em nome do princípio da verdade real.

Além disso, o escritor (MARCÃO, 2003) sustenta que o réu, na maioria das vezes, se oculta a fim de se esgueirar-se das rédeas do Direito Penal, razão pela qual não deveria ser beneficiado pela suspensão do processo:

Após a prática do crime, conhecedor de sua real situação frente a Justiça Penal, não raras vezes o réu se põe em fuga, indo à lugar incerto e não sabido, daí a necessidade de sua citação ficta, conforme determina o artigo 361 do Código de Processo Penal.  
Ausenta-se do distrito da culpa por opção, e assim procede no mais das vezes acreditando estar se furtando à aplicação da lei penal, e caso assim

---

<sup>15</sup> Será analisada em tópico específico.

<sup>16</sup> 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, 2017a)

não fosse, buscaria informar o Juízo processante sobre seu atual paradeiro, o que sabemos quase nunca ocorrer, e se ocorresse não seria citado por edital e nem haveria, de conseqüência, a necessidade de se produzir prova antecipadamente.  
É inegável que, por assim dizer, age o réu maliciosamente, buscando ludibriar a Justiça.

Nessa linha, Renato Marcão (2003) ainda sustenta que a não produção antecipada das provas quando da suspensão do processo contribui para o descrédito da Justiça Penal e constitui verdadeiro estímulo à criminalidade. Além do mais, enfatiza que a busca da verdade real interessa toda a tríplice processual (réu, Ministério Público e Juiz), razão pela qual não se deve falar em nulidade absoluta dos autos quando tal medida for determinada.

Comungando desse entendimento, Rômulo de Andrade Moreira (2003) considerou a edição da Súmula n. 455 do Superior Tribunal de Justiça um equívoco:

Ora, além das perícias que, evidentemente, adequam-se ao conceito de prova urgente, devemos fazer uma interpretação analógica (art. 3º, CPP), aplicando-se o art. 92, in fine do Código de Processo Penal (“inquirição de testemunhas e de outras provas de natureza urgente”). Por este dispositivo, parece-nos que a prova testemunhal é sempre considerada urgente.

Porém, frisa que obviamente as testemunhas ouvidas poderão ser reinquiridas, caso o réu através de seu defensor considere necessário, quando da retomada da marcha processual. Segundo Rômulo (2003), “o que não se deve é arriscar-se a ouvir as testemunhas arroladas na peça acusatória após cinco ou dez anos, depois do retorno do réu”, uma vez que não se pode exigir destes depoimentos a firmeza necessária para o decreto condenatório.

Dessa forma, com o intuito analisar os julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, nos quais se analisa a antecipação da prova em razão de sua condição de policial das testemunhas, imperioso se faz estudar a prova testemunhal e a falibilidade da memória humana.

### 3.3 PROVA TESTEMUNHAL E A FALIBILIDADE DA MEMÓRIA HUMANA

A prova, sumariamente, é aquilo que pode levar à comprovação de um fato. A finalidade desta no processo penal é permitir que o juiz conheça a sucessão de fatos ocorridos e, com base nisso, forme sua convicção. (JACOB, 2016)

Apesar dos diversos meios de prova previstos no Código de Processo Penal, existem fatos cuja prova somente pode ser feita através da prova testemunhal. Isso pode ocorrer em situações nas quais o único meio disponível para comprovar os fatos ou nas hipóteses em que as demais provas, quando analisadas isoladamente, não são suficientes para formular o convencimento do magistrado. Nesse sentido:

A prova testemunhal é o meio de prova mais utilizado no processo penal brasileiro e, por via de consequência, a base da grande maioria das sentenças (condenatórias ou absolutórias), proferidas. (SOUZA, 2012, p. 64)

Essa prova testemunhal é obtida através do depoimento oral das testemunhas, as quais são chamadas a depor perante o magistrado sobre suas percepções sensoriais. (AMARAL, 2002, p. 102)

Pode-se conceituar a testemunha como a “pessoa que toma conhecimento de um fato juridicamente relevante, sendo apta a confirmar a veracidade do ocorrido, sob o compromisso de ser imparcial e dizer a verdade.” (NUCCI, 2009, p. 98) Não é sujeito processual, nem auxiliar do juízo. (AMARAL, 2002, p. 102)

O autor Marcelo Batlouni Mendroni (2015, p. 147-148), em linhas gerais, aponta três princípios básicos a serem observados na análise do valor probatório das testemunhas no processo penal que informam sua produção: imediação, contradição e oralidade. O primeiro se caracteriza pela necessidade da presença física da testemunha perante o juiz, a fim de que este possa avaliá-la sob o aspecto da sua pronta e espontânea resposta. Por sua vez, o princípio da contradição preceitua que às partes deve ser dado o direito a exploração do conhecimento da testemunha a respeito dos fatos. Finalmente, o da oralidade, intimamente ligado com o primeiro princípio, permite ao juiz receber a resposta às perguntas de forma direta, o que viabiliza aferir o grau de segurança e convicção com que responde.

Além da necessidade de observância dos princípios mencionados, deve-se levar em consideração diversas circunstâncias que podem influenciar a prova testemunhal.

Nesse ponto, importante colacionar o entendimento de Marcelo Batlouni Mendroni (2015, p. 94) sobre o tema:

A prova testemunhal [...] é, pela sua própria natureza, uma prova indireta. Isso porque cada pessoa, ao testemunhar um fato, faz com que seu cérebro emita, automaticamente, um juízo de valor em relação à situação presenciada, que traz em si, embutidos e de forma inconsciente, elementos carregados pela sua experiência de vida que podem transformar tópicos daquela situação e que acabam assumindo proporções com eventuais nuances de irrealidades que, em si, não são necessariamente mentirosas, mas sim a forma como a testemunha enxergou os fatos.

O autor Guilherme de Souza Nucci (2017) aponta que primeiramente deve-se atentar para o fator denominado “testemunhabilidade” quando se analisa a credibilidade do testemunho. Esse fator se caracteriza pelo interesse despertado na sociedade diante da ocorrência do fato sobre o qual se analisa.

Há também diversos outros fatores a serem relevados como o envolvimento da testemunha, de qualquer forma, pela situação que presencia; cansaço, deficiência na visão, distância do pensamento e o estado de nervosismo da pessoa. Todos esses fatores podem alterar a verdade da transmissão dos dados ao cérebro humano, despertando uma interpretação equivocada da cena ocorrida. (MENDRONI, 2015, p. 94)

Conforme Vilma Aparecida do Amaral (2002, p. 104) são cinco os fatores que fundamentam o testemunho sobre um acontecimento:

- a) como a pessoa percebeu o acontecimento: depende das condições do meio e das aptidões da pessoa;
- b) como sua memória conversou os fatos: refere-se à questão de cunho orgânico do funcionamento do mnêmico;
- c) sua capacidade de evocá-lo: há intervenção de mecanismos psíquicos;
- d) o desejo de expressá-lo: manifestar a sinceridade;
- e) como lhe é permitido expressá-lo: refere-se à precisão com que a pessoa é capaz de descrever suas impressões e representações.

Assim, “sempre que uma pessoa se recorda de determinado objeto ou pessoa, não está obtendo, em verdade, uma reprodução exata, mas uma mera *interpretação* (ou seja, uma versão reconstruída da original)”. (SOUZA, 2012, p. 65)

Além dos inúmeros fatores apontados pelos mais variados autores, cabe mencionar sobre as falsas memórias, assunto amplamente discutido na doutrina quando se fala em prova testemunhal.

Definindo as falsas memórias, o autor Ambrocio Mojardín-Heráldez (2007) ensina:

Las Falsas memorias (FM), también referidas como falsos recuerdos, son reportes memorísticos que difieren parcial o totalmente de la realidad que fue experimentada. En algunas ocasiones, las FM se presentan como pequeñas desviaciones de forma (e.g., afirmar que el ratero usaba cachucha al momento de asaltar la tienda, cuando en realidad usaba sombrero), pero en otras son verdaderas modificaciones de significado de los hechos vividos (e.g., reportar un abuso sexual que nunca tuvo lugar).<sup>17</sup>

Assim, pode-se dizer que nada mais são do que pedaços de lembranças que destoam parcial ou totalmente da realidade. Nestas, “o indivíduo tem como verdadeiro aquilo que está declarando, mas sua informação não é fiel ao fato realmente ocorrido” (SOUZA, 2012, p. 69)

As falsas memórias e a mentira se diferenciam porque, nas primeiras, a pessoa acredita no que está relatando, uma vez que a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente), enquanto a mentira é um ato consciente, em que a pessoa tem ciência da parte inventada. (LOPES JÚNIOR, 2014)

Ambas são prejudiciais para a credibilidade da prova testemunhal, porém as falsas memórias, na opinião de Aury Lopes Júnior (2014), são mais graves, pois a testemunha desliza no imaginário sem consciência disso, razão pela qual é mais difícil identificá-las.

A autora Vilma Aparecida do Amaral (2002, p. 105) aponta situações em que há maior chance de se receber resposta falsa na prova testemunhal:

Com isto, há possibilidade de resposta falsa quando:

- a) a idéia da pergunta não corresponde com a realidade a testemunhar;
- b) quando o interrogado não encontra resposta em sua memória, aventurando como resposta uma dedução lógica;
- c) quando o interrogado sente-se humilhado diante de pergunta que o coloca em condições de inferioridade, impedindo-o de responder devidamente.

Diante disso, imperioso que o magistrado tenha a sensibilidade para compreender que as pessoas são diferentes e se resguarde das cautelas

---

<sup>17</sup> Tradução Livre: As memórias falsas (FM), também referidas como falsas recordações, são relatórios de memória que diferem parcial ou totalmente da realidade que foi experimentada. Em algumas ocasiões, os FMs são apresentados como pequenos desvios na forma (por exemplo, afirmar que o piloto usou um chapéu ao agredir a loja, quando na verdade ele usava um boné), mas em outros são verdadeiras modificações do significado dos fatos vividos (por exemplo, denuncia de abuso sexual que nunca ocorreu). (2007)

necessárias para interpretar e valorar um depoimento, a fim de analisá-lo com precisão. (NUCCI, 2017)

Assim, passa-se a estudar sobre o testemunho dos policiais, a fim de verificar se estes são válidos e justificariam a produção antecipada da prova.

### 3.4 TESTEMUNHO DOS POLICIAIS

O art. 202 do Código de Processo Penal dispõe: “Art. 202. Toda pessoa poderá ser testemunha” (BRASIL, 2017a).

Diante de tal dispositivo, pode-se inferir que ele abrange todas as pessoas humanas, afastando-se tão somente as pessoas jurídicas. (NUCCI, 2009, p. 98).

Nesses termos:

Ao dispor que toda pessoa pode servir como testemunha, procurou o Código afastar qualquer espécie de preconceito, deixando a critério do julgador, em uma análise global do conjunto probatório, a valoração de cada depoimento de acordo com os princípios da busca da verdade real e da livre apreciação da prova. (CUNHA, 2017)

Existe grande celeuma doutrinária acerca da validade da prova testemunhal quando as testemunhas são policiais.

Parcela da jurisprudência e dos doutrinadores enxerga essa espécie de depoimento com restrições. Segundo estes, o fato de o policial ter sido o responsável pela prisão do réu faz com que aquele busque sempre confirmar a legalidade de seu ato. Dessa forma, em razão da suposta posição antagônica que se encontra em relação ao acusado, possivelmente narraria uma situação pior do que aquela testemunhada, de modo a prejudicar a situação do agente. (CUNHA, 2017)

Corroborando desse entendimento, André Lozano Andrade (2017) sustenta que não se deve condenar o réu com base apenas nos testemunhos policiais, pois atuando dessa maneira o Poder Judiciário, de forma implícita, demonstra que os servidores públicos devem receber maior credibilidade do que os demais cidadãos, sem demonstrar os motivos que levam tais pessoas a serem merecedoras de maior confiabilidade.

Fundamentando seu posicionamento, o autor (ANDRADE, 2017) aponta que existem diversas ilegalidades praticadas por funcionários públicos, especialmente por policiais, situações as quais exigem que o agente público narre exatamente o noticiado no flagrante, sob pena de ter a ilegalidade de sua atuação evidenciada. Menciona também que o policial tem interesse na condenação do acusado, pois caso comprovado que ele prendeu um inocente pode vir a responder processo por abuso de autoridade ou procedimento disciplinar por ter atuado sem a devida cautela.

Por outro lado, há quem defenda a validade do depoimento dos policiais argumentando que o fato de eles terem participado diretamente da prisão faz com que sejam as pessoas mais capazes para prestar suas declarações sobre os fatos. Ademais, segundo essa corrente, seria um contrassenso do Estado caso ele, de um lado, habilitasse o agente para prestar-lhe serviços, e, de outro, negasse a credibilidade de seu depoimento. (CUNHA, 2017)

Nesse sentido, Rogério Sanches da Cunha (2017) expõe:

A nosso ver, não há nenhum óbice à tomada de depoimentos por parte de policiais, não só porque são eles que em inúmeros casos – como de apreensão de drogas, por exemplo – podem atestar com fidedignidade o que realmente aconteceu, como também porque, em muitas situações, pessoas – particulares – que presenciaram o delito se recusam a colaborar, afirmando que nada viram, por receio de represálias ou mesmo para apoiar o próprio criminoso. Não há razão plausível para colocar sob suspeita o relato de um agente público legitimado para o combate ao crime simplesmente em razão de sua condição. Seu testemunho deve ser tomado sem nenhuma espécie de reserva a esse respeito, e deve ser cotejado – como qualquer outro – com outros elementos probatórios que integrem o processo. Se não há indicação de vício no relato apresentado, é plenamente possível sua utilização para fundamentar a sentença condenatória. O simples fato de que a testemunha é policial não pode jamais servir para desacreditá-la.

Ainda, existe uma posição intermediária, a qual admite que a esmagadora maioria das infrações ocorre de forma clandestina, o que faz com que os policiais, muitas vezes, sejam as únicas testemunhas dos fatos delituosos.

Porém, tal corrente aponta que o depoimento testemunhal, especialmente o do policial, deve ser analisado com cautela, pois é impossível ignorar o processo psíquico inerente a todo ser humano. Desse modo, o valor a ser dado à sua palavra deve ser relativo, pois, em tese, possuem interesse em legitimar e concretizar seu trabalho. (JOSÉ, 2017)

Nesse sentido:

Porém, desprezar totalmente o depoimento de policiais seria uma medida muito radical, tendo em vista que tal postura iria deixar a sociedade desamparada frente ação de criminosos. Por outro lado, atribuir presunção de veracidade ao depoimento de policiais, bem como lastrear um juízo condenatório tão somente em tais declarações, fere o princípio constitucional da presunção de inocência, que vale dizer, rege o processo penal. Além disso, desequilibra ainda mais a relação processual, em manifesto prejuízo a ampla defesa do acusado.

Sendo assim, a presumida idoneidade e legitimidade atribuída aos depoimentos dos milicianos não deve prevalecer.

O depoimento de policial, por si só, não pode ser considerado prova segura o bastante para lastrear um juízo condenatório. Dificilmente um policial atuará de maneira imparcial quando intimado para depor. Mesmo que inconscientemente, o policial se pronunciará de maneira a validar o ato que o levou a efetuar a prisão do acusado, e portanto, passa a ser um depoimento eivado de descrédito. (JOSÉ, 2017)

É com fundamento nessa última corrente doutrinária que o Superior Tribunal de Justiça fundamenta suas decisões:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERESTADUAL DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGAÇÃO DE INIDONEIDADE DAS PROVAS QUE ENSEJARAM A CONDENAÇÃO. TESTEMUNHAS POLICIAIS CORROBORADAS POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. INCOMPATIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS.

DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] 2. Não obstante as provas testemunhais advirem de agentes de polícia, a palavra dos investigadores não pode ser afastada de plano por sua simples condição, caso não demonstrados indícios mínimos de interesse em prejudicar o acusado, mormente em hipótese como a dos autos, em que os depoimentos foram corroborados pelo conteúdo das interceptações telefônicas, pela apreensão dos entorpecentes - 175g de maconha e aproximadamente 100g de cocaína -, bem como pelas versões consideradas pelo acórdão como inverossímeis e permeadas por várias contradições e incoerências apresentadas pelo paciente e demais corréus.

3. É assente nesta Corte o entendimento no sentido de que o depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso (HC 165.561/AM, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 15/02/2016). Súmula nº 568/STJ. [...] (HC 393.516/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 30/06/2017)

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, já se manifestou:

HABEAS CORPUS - PRISÃO EM FLAGRANTE - ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL - NULIDADE - INEXISTÊNCIA - PRETENDIDA REPERCUSSÃO SOBRE O PROCESSO E A CONDENAÇÃO PENAL - INOCORRÊNCIA - REEXAME DE PROVA - INVIABILIDADE - TESTEMUNHO PRESTADO POR POLICIAIS - VALIDADE - PEDIDO INDEFERIDO. IRREGULARIDADE FORMAL DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE - INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO SOBRE O SUBSEQÜENTE PROCESSO PENAL DE CONDENAÇÃO. - [...] VALIDADE DO DEPOIMENTO TESTEMUNHAL DE AGENTES POLICIAIS. -

O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. - O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos. Doutrina e jurisprudência. [...] (HC 73518, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 26/03/1996, DJ 18-10-1996 PP-39846 EMENT VOL-01846-02 PP- 00293)<sup>18</sup>

Assim, não se pode desconsiderar a validade do testemunho dos policiais, uma vez que o exercício da função por si só não o desmerece, nem o torna suspeito, razão pela qual deve-se presumir que diga a verdade, como qualquer testemunha. Seu depoimento somente não terá valor quando, diante do caso concreto, ficar demonstrado que o policial tem interesse na investigação e seu relato não encontrar amparo nos demais elementos probatórios (MIRABETE, 2004, p. 332).

---

<sup>18</sup> Nota: Embora antigo, o presente julgado é o mais completo acerca do tema.

## 4 ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS

“A interpretação é o processo lógico que procura estabelecer a vontade da lei”. (MIRABETE, 2004, p.74). “Não se trata de processo de criação de norma, nem de singelo suprimento de lacuna, mas de dar o real significado a uma lei.” (NUCCI, 2013, p. 140)

Dessa forma, pode-se dizer que interpretar é desvendar o verdadeiro conteúdo de uma norma jurídica, processo este que deve preceder a aplicação da lei processual penal. Através disso é que se submete o caso concreto à norma geral. (MIRABETE, 2004, p.74)

Assim, é possível afirmar que interpretar a lei é atividade de todo operador do direito. Esse processo é de sobejada importância especialmente nas situações em que o legislador se vale de termos dúbios, contraditórios, obscuros e incompletos na criação de certos dispositivos. (NUCCI, 2013, p. 140).

Entre as diversas espécies existentes de interpretação (autêntica, doutrinária, gramatical, teleológica), destaca-se a jurisprudencial (ou judicial):

A jurisprudência pode ser conceituada como conjunto de manifestações judiciais sobre determinado assunto legal, exaradas num sentido razoavelmente Constant. A interpretação **jurisprudencial** é, assim, a orientação que os juízos e tribunais vêm dando à norma, sem, entretanto, ter força vinculativa. Podem ser incluídas como interpretação jurisprudencial as *súmulas* do STF e do STJ e as decisões de *uniformização de jurisprudência* dos tribunais. (MIRABETE, 2004, p. 75 – grifo do autor)

Assim, tendo em vista o relevante papel da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal na interpretação do direito, passa-se a analisar suas principais decisões sobre o objeto de estudo.

### 4.1 JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em pesquisa aos julgados do Superior Tribunal de Justiça, utilizando-se como palavras-chave “produção antecipada”, “art.366” e “policiais” foram encontrados 12 (doze) acórdãos, entre os anos de 2006 a 2017.

Diante da quantidade de decisões encontradas, foram selecionadas as mais relevantes sobre o tema antecipação da prova com base no lapso temporal e na condição de policiais das testemunhas.

#### **4.1.1 Habeas Corpus n. 322956/SP.**

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. URGÊNCIA DEMONSTRADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. NÃO OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. ANTECEDENTES. FRAÇÃO DE AUMENTO. RAZOABILIDADE. REGIME FECHADO. MANUTENÇÃO. ORDEM DENEGADA. (HC 322.956/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 29/08/2017)

Segundo consta nos autos, Robson Otávio dos Santos impetrou habeas corpus, perante o Superior Tribunal de Justiça, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

No remédio constitucional, a defesa, entre outros argumentos, sustentou que a decisão do Juiz de primeiro grau que determinou a produção antecipada de provas quando suspendeu o processo – em razão de o réu, devidamente citado por edital, não ter comparecido e não ter constituído advogado – seria nula por não se verificar a urgência do ato, requisito necessário para caracterização da excepcionalidade da medida, alegando não ser motivação idônea a mera referência ao possível esquecimento, mudança das testemunhas ou aproveitamento de atos praticados em relação ao corréu. Assim, requereu a concessão da ordem, a fim de que seja reconhecida a nulidade apontada.

No julgamento de referido caso, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça entendeu pela possibilidade de temperar a aplicação do enunciado n. 455 da Súmula do STJ, de modo que se justifica a urgência do ato quando, não havendo outros meios de prova disponíveis, as testemunhas, pela natureza de sua atuação profissional, tenham contato diário com fatos criminosos que apresentem semelhanças em sua dinâmica.

Na oportunidade, referido tribunal superior colacionou o art. 366 do Código de Processo Penal<sup>19</sup> e, seguidamente, afirmou que é possível inferir desse dispositivo que na hipótese de ser desconhecido o paradeiro do acusado após sua citação por edital, referido preceito autoriza o magistrado a determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes, com o objetivo de resguardar a efetividade da prestação jurisdicional, uma vez que o decurso do prazo pelo qual o processo permanecerá suspenso possibilita o perecimento da prova.

Dessa forma, frisou a existências de controvérsias na doutrina acerca da urgência da produção da prova testemunhal, haja vista a grande possibilidade de esquecimento dos fatos pelas testemunhas durante o período em que o processo permanece sobrestado:

Não se discute que a memória humana é suscetível de falhas com o decurso do tempo, por isso não se pode atribuir a uma testemunha o encargo de guardar em sua mente os detalhes de um fato eventualmente presenciado, enquanto o acusado permanece alheio à persecução penal deflagrada em seu desfavor. (BRASIL, 2017 p. 12)

Diante disso, colacionou o entendimento daquele Tribunal de que o simples argumento da possibilidade de as testemunhas esquecerem os detalhes dos fatos com o decurso do tempo, desacompanhado de outros motivos, não autorizaria a antecipação da prova, sendo imprescindível fundamentar concretamente referida medida. Veja-se:

Todavia, este Superior Tribunal firmou o entendimento de que o simples argumento de que as testemunhas poderiam esquecer detalhes dos fatos com o decurso do tempo não autorizaria, por si só, a utilização de tal medida, sendo indispensável fundamentá-la concretamente, sob pena de ofensa à garantia do devido processo legal. É que, muito embora esse esquecimento seja passível de concretização, não poderia ser utilizado como mera conjectura, desvinculado de elementos objetivamente deduzidos. (BRASIL, 2017, p.13)

Porém, consubstanciou que em certas situações, faz-se necessária a antecipação da prova testemunhal, a fim de não se perderem detalhes relevantes a

---

<sup>19</sup> 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. (BRASIL, 2017a)

resolução dos autos e não se comprometer o objetivo precípua do processo penal que é a busca da verdade:

Assim, por vezes, faz-se necessária a antecipação da prova testemunhal com arrimo no art. 366 do Código de Processo Penal – mormente quando se constata que a data dos fatos narrados na denúncia já se distancia de forma proeminente –, de maneira a não se perderem detalhes relevantes ao deslinde da questão e não se comprometer um dos objetivos da persecução penal, qual seja, a busca da verdade. (BRASIL, 2017, p. 13)

Ante o exposto, acrescentou que a fundamentação da decisão de produção antecipada de provas não pode se limitar a destacar a probabilidade de que, ausentes outros meios de provas, as testemunhas devem ser ouvidas antecipadamente, o que entendeu estar presente diante do caso em análise, uma vez que as testemunhas, segundo a sentença, se tratam dos investigadores de polícia responsáveis pela apuração do caso. Veja-se:

No caso em exame, como em muitos outros, a não produção da prova equivaleria a praticamente condenar o processo – como meio de obter a verdade dos fatos – à inutilidade, haja vista ser inexorável o esquecimento dos fatos por parte das testemunhas ou mesmo o desaparecimento destas com o passar dos anos. (BRASIL, 2017, p. 14)

Corroborando com o já mencionado, o STJ argumentou que a Lei n. 9.271/1996 atentando para a situação de que a suspensão do processo prejudica o encontro da verdade material, previu três alternativas, uma cogente e duas facultativas: a) a suspensão do prazo prescricional; b) a produção de provas urgentes e c) a decretação da prisão preventiva do réu.

Frisou que é evidente que, com o transcurso dos anos, é pouco provável que as testemunhas do delito consigam recordar-se de um fato longínquo no tempo:

Também é evidente que, após alguns anos, seria pouco provável que as eventuais testemunhas do delito consigam, se ainda estiverem vivas ou se localizadas, recordar-se de um fato longínquo no tempo. Logo, estará preservada, apenas, a prova pericial ou documental eventualmente já colhida antes da suspensão do processo, insuficientes, muitas das vezes, para firmar a convicção judicial acerca do fato objeto da ação penal. (BRASIL, 2017, p. 14)

Por fim, frisou que não se pode argumentar que a realização antecipada de provas traz prejuízo para a defesa, uma vez que o ato é realizado na presença de

defensor público ou nomeado e que caso o réu, futuramente, se apresente ao processo poderá produzir as provas que julgar necessárias, bem como, poderá, com base em argumentos idôneos, conseguir a repetição da prova produzida antecipadamente.

Nesse sentido, referida medida se trata apenas de mera asseguuração cautelar de prova,

Por fim, diante dos argumentos expostos, o STJ denegou a ordem de habeas corpus *in casu*<sup>20</sup>.

#### **4.1.2 Habeas Corpus n. 342114/SC.**

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ARTIGO 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. URGÊNCIA DEMONSTRADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS DENEGADO. (HC 342.114/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017)

Neste julgado, Alexandre Santos Brenner impetrou habeas corpus por estar sofrendo coação ilegal em razão do acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o qual indeferiu o pleito do paciente para anular a decisão do juízo de primeiro grau que suspendeu o processo e determinou a produção antecipada da prova em razão de o acusado, citado por edital, não ter comparecido aos autos nem constituído defensor. No *writ* a defesa argumentou que o magistrado determinou a antecipação da prova sem fundamento concreto para tanto e enfatizou o caráter excepcional desta medida.

No voto, novamente foi mencionado o entendimento da Terceira Seção do STJ, ao julgar o RHC n. 64.086, em que entendeu ser possível temperar a aplicação da Súmula n. 455 STJ, quando, não havendo outros meios de prova disponíveis, as testemunhas, pela natureza da profissão, tenham contato diário com fatos criminosos corriqueiros.

Foi asseverado também que, no caso concreto, além do fato de as testemunhas serem policiais, o tempo já transcorrido da data do fato justificaria esta medida:

---

<sup>20</sup> Tradução livre: Na espécie em julgamento.

Na espécie em análise, verifico que o Juiz singular, ao determinar a produção antecipada da prova oral – oitiva das testemunhas arroladas pela acusação – reportou-se aos fundamentos lançados na cota ministerial, salientando "que os depoimentos dos policiais devem ser antecipados pois atuam constantemente em situação semelhantes, o que colocará em risco a produção da prova no futuro pois terão dificuldade para lembrar dos fatos". Consignou, ainda, "que já [haviam] se passa[do] dois anos desde os fatos" e que, "quando o réu citado por edital for localizado, [poderia] ouvir novamente as vítimas e testemunhas, se assim for do interesse das partes para o esclarecimento da verdade" (fl. 180). (BRASIL, 2017, p. 10)

Além disso, vale transcrever alguns dos argumentos manejados neste julgado:

O processo penal não deve pender para qualquer dos lados do combate, como se ele existisse unicamente para a proteção dos direitos do acusado ou, de outro lado, dos direitos da sociedade. O processo penal deve sempre conduzir-se em busca da verdade substancial sobre os fatos, observando, decerto e prioritariamente, a garantia da dignidade humana e o mínimo direito de defesa (função instrumental garantista).  
 Todavia, o processo se presta também a permitir ao Estado o exercício do seu jus puniendi, de modo civilizado e eficaz, devendo as regras pertinentes ser sempre lidas e interpretadas com essa dúplici vertente – proteção do acusado e, concomitantemente, proteção da sociedade – sob pena de desequilibrarmos, sobremodo, os legítimos interesses e direitos envolvidos na persecução penal. (BRASIL, 2017, p. 11)

Dessa forma, considerando que a prova oral, por sua natureza, perde qualidade e fidedignidade a cada dia que tarda a instrução processual, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a decisão impugnada não deveria ser anulada, razão pela qual não concedeu provimento ao recurso em habeas corpus.

#### **4.1.3 Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 64086/DF**

RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TENTADO. RÉU FORAGIDO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. TESTEMUNHAS POLICIAIS. ART. 366 DO CPP. SÚMULA 455 DO STJ. TEMPERAMENTO. RISCO DE PERECIMENTO DA PROVA. TEMPO E MEMÓRIA. JURISDIÇÃO PENAL E VERDADE. AFETAÇÃO DA MATÉRIA À TERCEIRA SEÇÃO DO STJ. RECURSO NÃO PROVIDO. (RHC 64.086/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2016, DJe 09/12/2016)

Trata-se de recurso ordinário interposto por Krishnamon Alves dos Passos em face de acórdão da 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e

dos Territórios que, nos autos do habeas corpus que denegou a ordem que pleiteava a anulação da decisão do juízo de primeiro grau, a qual decretou a suspensão do processo e do prazo prescricional e deferiu a produção antecipada de provas.

No recurso em tela, a defesa sustenta, em linhas gerais, ausência de fundamentação concreta para a produção antecipada de provas, em ofensa ao enunciado da Súmula 455/STJ.

No julgamento do recurso em análise, teve-se o voto vencido do Ministro Nefi Cordeiro (relator) – acompanhado pelos Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik e Maria Thereza de Assis Moura -, o qual opinou pelo provimento do recurso, argumentando que a decisão do juízo *a quo* realmente contraria a súmula n. 455 do STJ:

Como se vê, o aresto impugnado encontra-se em dissonância com a Súmula 455 do STJ, segundo a qual 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. Isso porque, consoante mencionado, para que se admita a produção antecipada de provas, nos termos do art. 366 do CPP, exige-se a demonstração, com fundamento em dados concretos, da necessidade da medida excepcional, não sendo bastante a mera alegação abstrata de urgência e de decurso do tempo. (BRASIL, 2016, p. 7)

Além disso, frisou que a suposta diferenciação no caso de testemunha policial não é suficiente para antecipar a prova:

É que a justificativa de diferenciação no caso de testemunha que atue como policial não destoaria da inadmitida regra geral da impossibilidade de antecipar prova oral por presunção de esquecimento pelo tempo, expressado pela Súmula 455 do STJ. Fator concreto necessitaria ser arguido, como o tempo de anos efetivamente já decorrido, a transferência da testemunha para o exterior, sua condição de saúde gravemente abalada, enfim, fatores diversos do esquecimento antecipadamente presumido. (BRASIL, 2016, p. 9)

Após, o Ministro Rogério Schietti Cruz solicitou vista aos autos. Em seu voto, entendeu não existir constrangimento ilegal que fundamente a concessão do recurso ordinário em habeas corpus.

Inicialmente, o Ministro Rogério Schietti Cruz colacionou o art. 366 do Código de Processo Penal, informando que da análise a esse dispositivo é possível concluir que caso desconhecido o paradeiro do acusado após sua citação editalícia,

está o juiz autorizado a determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes. Após, foi feita contraposição de argumentos:

Se, de um lado, pondera-se que a produção antecipada de provas poderia pode representar prejuízo à ampla defesa, visto que não oportunizaria ao acusado o exercício da autodefesa, não se desconhece que, cuidando-se de prova testemunhal, evidencia-se certa urgência em sua colheita, haja vista o possível esquecimento dos fatos pelos depoentes durante o período em que o processo permanece, por força da norma referida, sobrestado. (BRASIL, 2016, p. 15)

Na sequência, foi mencionada a falibilidade da memória humana e o risco de esquecimento dos acontecimentos pelo decurso do tempo e colacionado diversos autores que abordaram o assunto em suas obras, o que o fez concluir:

Portanto, diante do contexto apresentado, fica claro que o atual estágio de conhecimento científico sobre a questão de fundo **nos permite analisá-la com outro olhar, diferente do momento e dos dados considerados por ocasião da edição da Súmula n. 455 do STJ.**

Com efeito, a partir das limitações da mente humana relatadas pelos inúmeros estudos transcritos, seria o caso de se interpretar a Súmula n. 455 do STJ cum grano salis, a fim de se compreender pela idoneidade da fundamentação da produção antecipada de provas lastreada em circunstâncias que agravam as limitações normais da memória humana, como, por exemplo, o trabalho policial, em que a testemunha corre sério risco de confundir fatos em decorrência da sobreposição de eventos, que, de corriqueiros e cotidianos, tendem a perder sua importância no registro mnemônico dos agentes da segurança, sobretudo quando os fatos se assemelham, variando de um caso a outro por pequenos detalhes, como, por exemplo, a quantidade ou a natureza da droga apreendida em poder do acusado, em crimes de tráfico de entorpecentes. (BRASIL, 2016, p. 19 - grifo do autor)

Seguidamente, mencionou que a decisão impugnada possui perfeita compatibilidade com a Súmula editada por aquela Corte, uma vez que ela prevê que eventualmente será indispensável a antecipação da prova testemunhal a fim de não comprometer o princípio da busca da verdade. Nessa linha, asseverou:

[...] forçoso repetir que o enunciado na súmula anteriormente mencionada deve ser interpretado criteriosamente. Tenho que, na verdade, a prova testemunhal é, se comparada a outros meios de prova, mais urgente, de maneira que a tardança em coletá-la compromete, definitivamente, a prestação jurisdicional, com reflexos nos fins a que se destina a jurisdição penal. (BRASIL, 2016, p. 20)

Dessa forma, entendendo que a decisão do juízo de primeiro e segundo grau estava devidamente fundamentada, votou pela não anulação da antecipação da prova.

Além disso, frisou:

O processo penal não deve pender para nenhum dos lados envolvidos na lide, como se ele existisse unicamente para a proteção dos direitos do acusado ou, de outro lado, dos direitos da sociedade. Em verdade, o exercício da jurisdição penal reclama o equilíbrio entre, de um lado, os justos anseios da sociedade por um grau maior de eficiência do sistema punitivo, com a diminuição do nível de morosidade dos processos e de impunidade dos autores de condutas criminosas e, de outro, a não menos cara aspiração de que a atividade repressora do Estado jamais se afaste das conquistas civilizatórias que qualificam e condicionam aquela atividade como formal e substancialmente legítima.

O processo penal permite ao Estado exercitar seu jus puniendi de modo civilizado e eficaz, devendo as regras pertinentes sempre ser lidas e interpretadas sob dúplici vertente – proteção do acusado e proteção da sociedade – sob pena de desequilibrarem-se os legítimos interesses e direitos envolvidos na persecução penal. É dizer, repudia-se tanto a excessiva intervenção estatal na esfera de liberdade individual (proibição de excesso), quanto a deficiente proteção estatal de que são titulares todos os integrantes do corpo social (proibição de proteção penal deficiente). (BRASIL, 2016, p. 21-22)

Dessa forma, o Ministro Rogerio Schietti Cruz concluiu que na situação dos autos a não produção da prova condenaria o processo à inutilidade, uma vez que seria inevitável o esquecimento dos fatos por parte dos agentes de polícia.

Corroborando com todos os argumentos mencionados, recordou que o artigo 366 do Código de Processo Penal foi inserido pela Lei n. 9.271/1996, a qual foi editada pelo legislador com o objetivo de proporcionar maior celeridade, racionalidade e eficácia ao processo penal.

Por fim, frisou que a realização antecipada de provas não traz prejuízo para a defesa:

De mais a mais, não se pode olvidar que a realização antecipada de provas não traz prejuízo para a defesa, visto que, além de o ato ser realizado na presença de defensor nomeado, o comparecimento eventual do réu – e a conseqüente retomada do curso processual – lhe permitirá requerer a produção das provas que julgar necessárias para sua defesa e, ante argumentos idôneos, poderá até mesmo lograr a repetição da prova produzida antecipadamente.

Isso significa que a produção antecipada de provas urgentes, com propósito puramente conservativo e cautelar, não esgota a plena e efetiva realização do direito probatório do acusado, o que somente se verificará com a retomada a marcha processual, presente o acusado e seu defensor. (BRASIL, 2016, p.26)

Diante dos fatos elencados em seu voto-vista, o Ministro Rogério Schietti Cruz votou pelo não provimento do recurso em habeas corpus.

Por sua vez, o Ministro Felix Fischer solicitou vista aos autos, oportunidade em que discordou do voto do relator, argumentando que a atividade rotineira, especialmente de policial, prejudica a memória humana. Fundamentando seu argumento fez um comparativo à atividade judicial:

O decorrer do tempo apaga da memória do Magistrado detalhes processuais de causas decididas, exatamente em razão de ser sua atividade rotineira, salvo algumas exceções bem delimitadas. Por sua vez, o Jurado que compõe o conselho de sentença e aprecia uma única demanda, provavelmente, levará consigo que ocorrer durante instrução processual em plenário, com riqueza de detalhes, por não ser habituado a decidir processos. Do mesmo modo, reitero, o Policial poderá esquecer de alguns detalhes de prisões efetuadas, com o decurso do tempo, por ser essa sua atividade habitual. (BRASIL, 2016, p. 30)

Nesses termos, acompanhou o Ministro Rogério Schietti Cruz para negar provimento ao recurso ordinário em habeas corpus.

Na sequência, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca deu seu voto no sentido de prover o recurso em habeas corpus, arrazoando que o objetivo da edição da Súmula n. 455 daquela Corte foi tolher a produção antecipada de prova com fundamentação genérica, de modo que ainda que as peculiaridades da atividade policial possam justificar a produção antecipada da prova, esta deve ser devidamente motivada no caso específico, o que não teria ocorrido nos autos.

Seguidamente, o Ministro Ribeiro Dantas acompanhou o voto da divergência (Rogério Schietti Cruz).

Por fim, o Ministro Jorge Mussi proferiu seu voto a favor da divergência, oportunidade em que colacionou seu entendimento sobre a urgência da prova testemunhal, por si só, bem como frisou a importância da antecipação da prova testemunhal quando se trata de testemunhas policiais:

Entretanto, se faz imperiosa a distinção da situação da testemunha policial, agente público cuja função é a promoção da segurança pública e repressão às condutas contrárias ao ordenamento jurídico, as quais, como é notório, fazem parte do cotidiano destes profissionais. O atuar constante no combate à criminalidade expõe o agente da segurança pública a inúmeras situações conflituosas com o ordenamento jurídico, sendo certo que as peculiaridades de cada uma acabam se perdendo em

sua memória, seja pela frequência com que ocorrem, ou pela própria similitude dos fatos, sendo inviável a exigência de qualquer esforço intelectual que ultrapasse a normalidade para que estes profissionais colaborem com a Justiça apenas quando o acusado se submeta ao contraditório deflagrado na ação penal.

Aliás, esse é o tipo de situação que, embora corriqueira, justifica a produção antecipada da prova testemunhal, pois além da proximidade temporal com a ocorrência dos fatos proporcionar uma maior fidelidade às declarações, possibilita o registro oficial da versão dos fatos vivenciada pelo agente da segurança pública, o qual terá grande relevância para a garantia à ampla defesa do acusado, caso a defesa técnica repute necessária a repetição do seu depoimento por ocasião da retomada do curso da ação penal. (BRASIL, 2016, p. 40)

Dessarte, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, nos termos do voto do Ministro Rogério Schietti Cruz, por maioria de votos.

## 4.2 JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em pesquisa aos julgados do Supremo Tribunal Federal não foi possível filtrar os resultados com as mesmas palavras-chaves usadas para o Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual se utilizou como palavra-chave “produção antecipada de prova”, oportunidade em que foram encontrados 52 (doze) acórdãos<sup>21</sup>, entre os anos de 1983 a 2017.

Entre esses julgados, foram selecionados somente os julgados que discutiam o tema produção antecipada da prova em razão de a testemunha ser policial.

### 4.2.1 Habeas Corpus n. 135386/DF

Habeas corpus. 2. Homicídio culposo na direção de veículo automotor (artigo 302, caput, da Lei n. 9.503/1997). Réu revel. Citação editalícia. Suspensão do processo e da prescrição nos termos do artigo 366 do CPP. 3. Produção antecipada de provas, ao fundamento de que haveria a possibilidade de “não serem mais localizadas as testemunhas” e porque uma das testemunhas é “policial militar” e pode se esquecer dos fatos. 4. Medida necessária, considerando a gravidade do crime praticado e a possibilidade concreta de perecimento (testemunhas esquecerem de detalhes importantes dos fatos em decorrência do decurso do tempo). 5. Nomeação da Defensoria Pública para acompanhar a colheita cautelar da

---

<sup>21</sup> Nesses julgados, 4 (quatro) falavam sobre o tema produção antecipada de provas, porém, não especificamente sobre a condição de policial das testemunhas.

prova testemunhal. Observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa. 6. Direito à razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII). A construção de uma justiça mais célere depende da adoção de medidas que preservem os atos praticados, evitando repetições desnecessárias. Ordem denegada. (HC 135386, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 13/12/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-169 DIVULG 01-08-2017 PUBLIC 02-08- 2017)

O julgamento em análise foi proferido em habeas corpus impetrado pela Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios, em favor de Divino Carlos Teixeira, em face de acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, o qual denegou a ordem postulada no HC 346.603/DF para não anular a produção antecipada de provas determinada pelo juízo de primeiro grau.

Sumariamente, a defesa sustentou ocorrência de cerceamento de defesa e prejuízo, bem como alegou que não havia outra fundamentação para realização da produção antecipada de prova além do argumento de que a demora da coleta dos depoimentos contribui para a imperfeição da prova.

Inicialmente, o relator Ricardo Lewandowski entendeu pela concessão de ordem em habeas corpus, pois entendeu que não havia fundamento concreto que indicasse a imprescindibilidade da produção antecipada da prova, uma vez que a decisão que a determinou baseou-se apenas em justificativas genéricas, as quais não observaram os pressupostos da norma processual penal.

Segundo o relator, a redação do art. 366 do Código de Processo Penal<sup>22</sup> deve ser analisada em conjunto com o art. 156, inciso I, e art. 225, ambos do mesmo Diploma<sup>23</sup>.

Nessa esteira, entendeu o relator que a colheita antecipada da prova testemunhal somente tem guarida nas situações em que a testemunha houver de ausentar-se ou existam fundados receios de que ao tempo da instrução criminal já

---

<sup>22</sup> 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. (BRASIL, 2017a)

<sup>23</sup> 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, 2017a)

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, 2017a)

não exista. Assim, relacionando esse entendimento com o caso em análise, mencionou:

No caso em exame, o juiz justificou a necessidade tão somente pela possibilidade de “que tais testemunhas não sejam mais localizadas” e pelo fato de uma delas ser policial militar, o que penso não estar de acordo com a regra processual. (BRASIL, 2016, p. 9)

Ainda, asseverou:

Ocorre que, no presente caso, o Ministério Público ofereceu a denúncia em 3/9/2014. Após tentativas frustradas de localizar o Réu, o juiz de piso determinou a sua citação por edital. Com a publicação dos editais, o Parquet formulou pedido de produção antecipada da prova, que foi deferido pelo Juízo de origem em 27/8/2015, ou seja, apenas onze meses após o oferecimento da peça acusatória. Por essas razões, não vislumbro qualquer situação concreta que autorize a realização antecipada da prova. (BRASIL, 2016, p. 12)

Assim, entendendo haver ilegalidade, votou concedendo a ordem.

Entendendo da mesma forma, o Ministro Dias Toffoli votou com o relator, percebendo que não havia excepcionalidade no fundamento utilizado pelo juízo *a quo* para antecipar a prova testemunhal.

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes pediu vista aos autos, situação em que proferiu seu voto no sentido de não conceder a ordem em habeas corpus, uma vez que entendeu que a antecipação da prova testemunhal configurava medida necessária diante do caso concreto:

Diversamente do alegado pela impetrante, entendo que a antecipação da prova testemunhal configura medida necessária, considerando a gravidade do crime praticado e a possibilidade concreta de perecimento (testemunhas esquecerem de detalhes importantes dos fatos em decorrência do decurso do tempo). (BRASIL, 2016, p. 23)

Ainda, mencionou sobre o direito à razoável duração do processo previsto no art. 5º da Carta Magna<sup>24</sup> e relacionou com o fato de os autos estarem tramitando no Tribunal do Júri. Veja-se:

---

<sup>24</sup> Art. 5º [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...] (BRASIL, 2017b)

A demora na prestação jurisdicional afeta o particular (jurisdicionado), mesmo que não exista uma prisão cautelar decretada, pois uma das misérias do processo penal (Carnelutti) é a punição decorrente do simples trâmite processual. Além de acarretar sérias consequências ao investigado/processado, a duração irrazoável do processo penal pode ocasionar o enfraquecimento da lembrança dos fatos pelas testemunhas, o desaparecimento dos elementos de prova, o esquecimento social, a impossibilidade de perícia etc.

A duração razoável do processo penal é um direito público subjetivo de todo investigado/processado e que precisa de, realmente, efetivar-se, obtendo-se dos agentes do Poder Judiciário sua real aplicação. (BRASIL, 2016, p. 24)

Diante dos argumentos mencionados, o Ministro Gilmar Mendes instaurou a divergência.

Na sequência, os Ministros Teori Zavascki e Ministro Celso de Mello acompanharam o Ministro Gilmar Mendes, votando pela não concessão da ordem em habeas corpus.

Ao final, a Turma, por maioria, denegou a ordem, nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes, vencidos os Ministros Relator e Dias Toffoli.

#### **4.2.2 Habeas Corpus n. 130038/DF**

Habeas corpus. Processual penal. Produção antecipada de prova testemunhal (art. 366, CPP). Inexistência de demonstração da necessidade concreta da medida. Invocação de fórmulas de estilo genéricas aplicáveis a todo e qualquer caso. Inadmissibilidade. Flagrante ilegalidade caracterizada. Writ concedido. 1. A decisão que determina a produção antecipada da prova testemunhal deve demonstrar a presença dos requisitos previstos no art. 225 do Código de Processo Penal. 2. Firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que "[s]e o acusado, citado por edital, não comparece nem constitui advogado, pode o juiz, suspenso o processo, determinar produção antecipada de prova testemunhal, apenas quando esta seja urgente nos termos do art. 225 do Código de Processo Penal". Precedentes. 3. Na espécie, o juízo de primeiro grau valeu-se de fórmulas de estilo, genéricas, aplicáveis a todo e qualquer caso, sem indicar os elementos fáticos concretos que pudessem autorizar a medida. 4. Ausente a indicação de circunstância excepcional que justificasse a antecipação da produção da prova testemunhal, há que se reconhecer a ilegalidade da colheita antecipada da prova oral na hipótese em exame. 5. Ordem concedida. (HC 130038, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 03/11/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 11-12-2015 PUBLIC 14-12-2015)

Trata-se de habeas corpus impetrado pela Defensoria Pública do Distrito Federal em favor de Kennedy Vieira da Silva Filho, apontando como autoridade coatora o Superior Tribunal de Justiça, a qual negou provimento a recurso em

habeas corpus que impugnava a decisão do juízo de primeiro grau que determinou a produção antecipada de provas.

No *writ*<sup>25</sup>, o impetrante sustentou que a decisão do juízo de primeiro grau não apresentou fundamentação idônea para a antecipação da prova, apenas o argumento de que as testemunhas podem se esquecer dos fatos com o decurso do tempo, razão pela qual pugnou pela nulidade do ato.

O relator Ministro Dias Toffoli entendeu que razão assistia ao paciente, sustentando que a argumentação de que as testemunhas eram basicamente policiais não era suficiente para antecipar a prova:

Na espécie, o juízo de primeiro grau valeu-se, em sua decisão, de fórmulas de estilo genéricas aplicáveis a todo e qualquer caso, sem indicar elementos fáticos concretos que pudessem autorizar a medida. Não restou evidenciada, portanto, a necessidade concreta de antecipação da produção da prova nos termos exigidos pela legislação processual penal e pela jurisprudência desta Suprema Corte. (BRASIL, 2015, p. 7)

Além disso, colacionou diversos julgados nos quais o STF entendeu que a determinação da produção antecipada da prova deveria ser justificada com base no art. 225 do CPP<sup>26</sup>:

Portanto, na linha desse raciocínio, não havendo nenhuma circunstância excepcional que justificasse a antecipação da produção da prova testemunhal prevista no art. 225 do Código de Processo Penal, é de rigor o reconhecimento da ilegalidade da colheita antecipada da prova oral. (BRASIL, 2015, p. 11)

Os demais ministros acompanharam o voto do relator, de modo que a Turma, por votação unânime, concedeu a ordem de habeas corpus, reconhecendo-se, por conseguinte, a nulidade da decisão que determinou a produção antecipada da prova testemunhal.

---

<sup>25</sup> Tradução livre: mandado, ordem.

<sup>26</sup> 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, 2017a)

### 4.2.3 Habeas Corpus n. 114519/DF

[...] Produção antecipada de prova. Ausência de circunstância excepcional que justifique a antecipação da produção da prova testemunhal (art. 225 do Código de Processo Penal). Writ extinto, em face da inadequação da via eleita. Ordem concedida de ofício. [...] 3. De acordo com a jurisprudência desta Suprema Corte, tem-se entendido que toda a antecipação de prova realizada nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal está adstrita à fundamentação da necessidade concreta desse ato. 4. Não tendo sido aventada, na espécie, nenhuma circunstância excepcional que justificasse a antecipação da produção da prova testemunhal prevista no art. 225 do Código de Processo Penal, penso que deva ser reconhecida a ilegalidade da colheita antecipada da prova oral na hipótese em exame. [...] (HC 114519, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 26/02/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-067 DIVULG 11-04-2013 PUBLIC 12-04-2013)

Trata-se de Habeas corpus impetrado pela Defensoria Pública do Distrito Federal em favor de Anderson da Silva Ferreira, tendo como autoridade coatora o Superior Tribunal de Justiça, em razão de este ter negado provimento ao RHC nº 30.488/DF impetrado àquela Corte, no qual impugnava decisão do juiz de primeiro grau que determinou produção antecipada de provas em razão de a testemunha ser policial militar.

Em linhas gerais, a defesa sustentava a existência de constrangimento ilegal na decisão impugnada e requeria a concessão da ordem para que fosse reconhecida a nulidade da prova produzida antecipadamente.

Em análise ao habeas corpus em comento, o relator Ministro Dias Toffoli entendeu que o *writ* não é a via judicial cabível para questionar o objeto de discussão, porém, frisou que nada impede o STF de analisar a questão de ofício nas hipóteses de flagrante ilegalidade, o que entendeu estar presente nos autos.

Em seu voto, o relator mencionou que aquela Corte possui entendimento de que toda antecipação de prova deve ser fundamentada em critérios de urgência, os quais devem ser extraídos do art. 225 do Código de Processo Penal<sup>27</sup>:

---

<sup>27</sup> 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, 2017a)

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

A conveniência quanto à realização da antecipação da prova limita-se às hipóteses previstas no art. 225 do mesmo codex, dando-se, quanto ao citado dispositivo, contudo, alguma discricionariedade ao magistrado para justificá-la, de modo a demonstrar, no caso concreto, a efetiva necessidade da antecipação e o perigo de dano à instrução processual futura caso a prova não seja coligida de imediato. (BRASIL, 2013, p. 8)

Deste modo, entendeu que o juiz de piso, ao determinar a antecipação da prova em razão da condição de policial da testemunha, valeu-se de fundamento genérico e despido de motivação concreta, o que impossibilita a pretendida antecipação probatória.

Assim, entendendo não ter sido vislumbrada nenhuma circunstância excepcional justificando a medida nos termos do art. 225 do CPP<sup>28</sup>, o relator se manifestou pelo reconhecimento da ilegalidade do ato.

Após o voto do Relator, os Ministros da Sessão proferiram seus votos.

Dessarte, por unanimidade a Turma julgou extinta a ordem de habeas corpus por inadequação da via processual. Porém, os Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux votaram pela não declaração de nulidade do ato de ofício, havendo, portanto, empate, razão pela qual foi concedida a ordem.

#### 4.3 PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS QUANDO AS TESTEMUNHAS SÃO POLICIAIS

Conforme é possível extrair dos julgados colacionados, atualmente há divergência de entendimentos, sobre o tema produção antecipada de prova com fundamento de as testemunhas serem policiais, entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

O Superior Tribunal de Justiça nos julgados HC n. 322956/SP, ROHC n. 43768/SP, HC n. 342114/SC, ROHC n. 70406/BA e ROHC n. 64086/DF (e em diversas outras oportunidades) adotou o entendimento de que seria plenamente

---

<sup>28</sup> 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, 2017a)

justificável a antecipação da prova testemunhal dos policiais em razão de sua atividade laboral.

Em suas decisões, o Superior Tribunal de Justiça registrou que o objetivo precípuo do art. 366 do Código de Processo Penal é resguardar a efetividade da prestação jurisdicional, levando em consideração que o tempo em que o processo permanece sobrestado em virtude da suspensão do processo contribui para o perecimento.

Em relação à prova testemunhal, frisou o entendimento da Corte de que a simples possibilidade de as testemunhas esquecerem detalhes dos fatos em razão do decurso do tempo, desacompanhada de outros motivos, não autoriza a antecipação da prova, sendo imprescindível fundamentar concretamente referida medida.

No entanto, ao analisar os casos colacionados - os quais sustentavam que a colheita antecipada da oitiva dos policiais se justificava em razão de sua atividade – entendeu que em certas situações como a questão dos policiais, é necessária a antecipação da prova testemunhal, a fim de não se perderem detalhes relevantes a resolução dos autos e não se comprometer a busca da verdade.

Frisou que referida antecipação da prova não traz prejuízo à defesa, pois além de o ato ser realizado na presença de defensor, o réu, quando da retomada da marcha processual, poderá produzir as provas que julgar necessárias, bem como, pleitear a repetição da prova produzida antecipadamente.

Nessa linha de raciocínio, Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 56) diferencia contraditório para a prova e o contraditório sobre a prova:

O contraditório sobre a prova, também conhecido como contraditório diferido ou postergado, traduz-se no reconhecimento da atuação do contraditório após a formação da prova. Em outras palavras, a observância do contraditório é feita posteriormente, dando-se oportunidade ao acusado e a seu defensor de, no curso do processo, contestar a providência cautelar, ou de combater a prova pericial feita no curso do inquérito.

Dessa forma, a prova produzida antecipadamente seria uma das hipóteses de contraditório sobre a prova.

Assim, pode-se dizer que o Superior Tribunal de Justiça entende pelo temperamento do enunciado n. 455 da Súmula do STJ<sup>29</sup>, quando, não havendo outros meios de prova disponíveis, as testemunhas, pela natureza de sua atuação profissional, tenham contato diário com fatos criminosos que apresentem semelhanças em sua dinâmica.

Nesse sentido:

No julgamento do RHC 64.086/DF, todavia, o STJ considerou que o fato de as testemunhas serem policiais militares justifica a antecipação da prova testemunhal porque, dada a natureza da atividade desempenhada por esses agentes públicos, que lidam diariamente com os mais diversos tipos de crimes, nas circunstâncias mais inusitadas, é possível – e comum – que o decurso do tempo provoque confusão, fazendo com que essas testemunhas confundam fatos e agentes criminosos. Por isso, ouvi-las antecipadamente não contraria o princípio da ampla defesa e colabora para a busca da verdade real. (CUNHA, 2017)

Por outro lado, conforme foi possível visualizar, o Supremo Tribunal Federal, de modo geral, assumiu o entendimento de que a urgência necessária para a antecipação da prova não estaria presente na prova testemunhal policial, oportunidades em que sustentou que o critério de urgência da medida deve ser analisada em conjunto com o art. 156, inciso I, e art. 225, ambos do Código de Processo Penal. Veja-se seu teor:

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, 2017a)

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, 2017a)

Nessa linha de raciocínio, somente quando existir receio de que ao tempo da instrução criminal a testemunha, por enfermidade ou velhice, já não exista, seria possível antecipar a prova. O autor Fernando Capez (2012, p. 587) advoga no mesmo sentido:

---

<sup>29</sup> Súmula 445 STJ: A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo. (BRASIL, 2010)

c) Produção antecipada de provas: suspenso o processo, permite o § 1º do art. 366 a produção antecipada de provas consideradas urgentes, como perícias (antes que desapareçam os vestígios) e depoimentos ad perpetuam rei memoriam, na presença do Ministério Público e do defensor dativo. Depoimentos urgentes são os das testemunhas velhas ou enfermas, nos moldes traçados pelo art. 225 do Código de Processo Penal. Entretanto, o juiz poderá considerar qualquer prova testemunhal como desta natureza, uma vez que o passar do tempo tende a fragilizá-la, apagando o fato da memória da testemunha. O deferimento da realização cautelar de prova depende de análise do caso concreto diante de elementos que indiquem sua necessidade e o risco de não ser possível produzi-la no futuro (*periculum in mora*).

Em relação ao Habeas Corpus n. 135386/DF, no qual os Ministros entenderam pela não concessão do *writ*, pode-se dizer que foi uma decisão isolada na jurisprudência daquela Corte. Como colacionado, os Ministros do Supremo Tribunal Federal que a prova colhida antecipadamente pelo juízo de primeiro grau estava devidamente fundamentada, não só em razão de existir testemunha policial, mas também em razão de o caso concreto versar sobre homicídio culposo e estar tramitando no rito do Tribunal do Júri, o que tornaria delicado reconhecer uma nulidade em razão do alto risco de o crime prescrever.

Logo, é possível inferir que o Supremo Tribunal de Federal em regra considera inidônea a antecipação da prova em razão da condição de policial das testemunhas.

Diversos autores também interpretaram as decisões do STF da mesma forma. Veja-se:

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu que é incabível a produção antecipada de prova testemunhal fundamentada na simples possibilidade de esquecimento dos fatos, sendo necessária a demonstração do risco de perecimento da prova a ser produzida (art. 225 do CPP). Não serve como justificativa a alegação de que as testemunhas são policiais responsáveis pela prisão, cuja própria atividade contribui, por si só, para o esquecimento das circunstâncias que cercam a apuração da suposta autoria de cada infração penal. STF. 2ª Turma. HC 130038/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 3/11/2015 (Info 806). (SARAIVA, 2015)

No mesmo sentido:

Para que seja possível a inversão do procedimento natural, faz-se mister a presença de todos os requisitos intrínsecos (urgência e relevância) e extrínsecos (necessidade, adequação e proporcionalidade), não sendo possível, a qualquer pretexto, vulgarizar a medida cautelar em questão.

Em recentíssima decisão, tal posição foi firmada pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (HC nº 130038/DF, Rel. Min. Dias Toffoli), a qual julgou, em 03/11/2015, incabível a produção antecipada de prova testemunhal fundamentada na simples possibilidade de esquecimento dos fatos, ressaltando a necessidade de demonstração do risco de perecimento da prova a ser produzida. No caso em concreto a alegação seria de que “as testemunhas são basicamente policiais responsáveis pela prisão, cuja própria atividade contribui, por si só, para o esquecimento das circunstâncias que cercam a apuração da suposta autoria de cada infração penal”. O Supremo reconheceu a nulidade da prova testemunhal e determinou o desentranhamento dos respectivos termos de depoimento dos autos. (BAYS, 2017)

É de se salientar que a divergência de posições visualizada nos julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal não significa que algum esteja mais correto que o outro, mas sim que adotam interpretações diferentes acerca do mesmo dispositivo.

Isso é perfeitamente comum, considerando que o assunto produção antecipada de provas é decorrente de diversos temas que possuem divergência doutrinária, entre eles é possível citar a discussão existente sobre qual a função do processo penal, a diferenciação do princípio do contraditório e da ampla defesa, o princípio da busca da verdade, a discussão sobre se a resposta a acusação consiste em defesa predominantemente de mérito ou processual, entre outras.

Conforme já visto no primeiro capítulo desta obra, têm-se o entendimento na doutrina de que o processo penal possui duas finalidades, uma mediata e outra imediata. A finalidade mediata é a proteção da sociedade, a paz social e a proteção dos interesses jurídicos, enquanto a imediata seria lograr êxito na pretensão punitiva do Estado, a qual surgiria da prática da infração penal. (MIRABETE, 2004, p. 43)

Nesse entendimento, o processo seria conceituado como “um *instrumento a serviço da paz social*” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p. 50) ou como “conjunto de coordenados cuja finalidade é a resolução do litígio, através do pronunciamento do Judiciário”. (AQUINO; NALINI, 2009, p. 23)

Partindo dessa concepção, se chegaria ao entendimento de que o Magistrado, ao tomar suas decisões, deveria respeitar as garantias fundamentais do acusado, mas, sobretudo, visar a finalidade social do processo penal. Isso poderia ser utilizado para justificar a posição do Superior Tribunal de Justiça no sentido de autorizar a oitiva dos policiais em razão da sua atuação cotidiana, pois atuou visando garantir a efetividade do processo.

Por outro lado, têm-se o entendimento de que atualmente o processo não deve ser visto apenas como instrumento a serviço do poder punitivo, mas sim deve desempenhar a função de limitar o poder e garantir os direitos do indivíduo a ele submetido. Diante disso, a pena somente seria legitimamente imposta quando as regras do processo penal fossem rigorosamente observadas e as garantias devidamente asseguradas. (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 44)

Diante disso, seria possível dizer que o mandamento do devido processo legal impõe que sejam respeitadas “todas as formalidades previstas em lei para que haja o cerceamento da liberdade (seja ela qual for)”. (RANGEL, 2010, p. 3)

Nessa linha, o devido processo penal buscaria realizar uma Justiça Penal submetida à exigência de igualdade efetiva entre as partes envolvidas, atentando para a desigualdade material que normalmente ocorre no curso de toda persecução penal, em que o Estado ocupa posição de proeminência. (PACELLI, 2014, p. 19)

Partindo desse pressuposto, é que o Supremo Tribunal Federal exarou suas decisões, entendendo o critério de urgência exigido pelo art. 366 do CPP não estava devidamente demonstrado nos casos, razão pela qual era imperativa a declaração da nulidade dos atos, assim entendeu que havia violação ao direito fundamental do devido processo legal.

Além disso, conforme se adote determinada posição acerca da existência de diferença ou não entre os princípios do contraditório e da ampla defesa, se chegará a entendimentos divergentes sobre se a produção antecipada da prova acarreta ou não prejuízo à defesa.

Nesse ponto, importante colacionar o entendimento de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (2014, 174-175) no sentido de que contraditório e ampla defesa são o mesmo princípio:

Contraditório e ampla defesa perfazem uma mesma garantia processual, pois não pode existir ampla defesa sem contraditório e vice-versa. [...] Genericamente, contraditório e ampla defesa incluem a possibilidade de contraditar as provas produzidas, contraprovar, tomar conhecimento das alegações da parte contrária, contra-alegar e, finalmente, tomar ciência dos atos e decisões judiciais para poder impugná-los.

Por outro lado, é possível citar as lições de Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 57) nas quais diferencia os dois princípios:

Apesar a influência recíproca entre o direito de defesa e o contraditório, os dois não se confundem. Com efeito, por força do princípio do devido processo legal, o processo penal exige partes em posições antagônicas, uma delas obrigatoriamente em posição de defesa (ampla defesa), havendo a necessidade de que cada uma tenha o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária (contraditório). Como se vê, a defesa e o contraditório são manifestações simultâneas, intimamente ligadas pelo processo, sem que daí se possa concluir que uma derive da outra.

Caso se entenda que o contraditório e a ampla defesa perfazem uma mesma garantia processual, consistindo estes na possibilidade de contraditar as provas produzidas, se chegará à conclusão de realmente não há prejuízo ao réu quando determinada a produção antecipada de provas, exatamente como entendeu o Superior Tribunal de Justiça.

Porém, entendendo-se que o princípio do contraditório e o princípio da ampla defesa são distintos, é possível chegar a conclusão de que mesmo que ocorra o contraditório postergado na produção antecipada de provas, caso esta seja determinada sem a urgência necessária, haverá violação ao princípio da ampla defesa, uma vez que as provas são colhidas antes de o acusado apresentar resposta a acusação.

Nesse ponto, importante frisar a importância da resposta a acusação pelo acusado:

3. Resposta à acusação: regularmente citado, deverá o réu apresentar “resposta à acusação”, por escrito, no prazo de 10 dias. [...] É o momento em que o imputado poderá arguir defeitos (ou nulidades, se preferirem a terminologia clássica) da denúncia ou queixa e alegar tudo que interesse à sua defesa (ou, estrategicamente, deixar de aduzir agora questões que prefira reservar para os debates finais), juntar documentos, indicar suas provas, bem como arrolar testemunhas. É nesse momento, mas em peça separada que deverão ser opostas as exceções previstas no art. 95 do CPP. [...] (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 956)

Assim, pode-se dizer que a decisão do STF visou resguardar tanto o princípio do devido processo legal quanto o princípio da ampla defesa, uma vez que se trata de medida excepcional, que inverte a ordem do processo e permite a colheita de provas antes de apresentada a resposta a acusação pelo acusado.

Além disso, a grande discussão existente acerca da verdade real no processo penal interfere diretamente na decisão acerca da produção antecipada de provas quando as testemunhas são policiais, pois caso se tenha como pressuposto que o juiz deva buscar a verdade dos fatos, plenamente justificadas seriam as

decisões do Superior Tribunal de Justiça que entendem possível a antecipação da prova abordada no presente trabalho.

No entanto, caso se entenda que o juiz deva ter iniciativa probatória ponderada, provavelmente se chegue a conclusão que a posição mais ajustada aos fundamentos do processo penal é a do Supremo Tribunal Federal, ou seja, apenas em casos excepcionais.

Portanto, a discussão acerca a antecipação da prova quando as testemunhas são policiais é mais complexa do que parece, impondo a consideração de uma série de preceitos do processo penal para se chegar a decisão mais justa, não se tratando apenas de mera divergência jurisprudencial.

## 5 CONCLUSÃO

Nas últimas décadas, o Brasil sofreu influência do movimento neoconstitucionalista, que criou uma nova percepção da Constituição e de seu papel nas relações e interpretações jurídicas.

Esse movimento fez com que a Carta Magna fosse reconhecida como norma superior, a qual deveria irradiar seus valores para os demais ramos jurídicos, e, por conseguinte, obrigar que a interpretação das normas infraconstitucionais a tivessem como ponto de partida. Dessa forma, diversas ciências jurídicas buscaram se compatibilizar com a Constituição e os direitos e garantias existentes em suas disposições.

Pode-se apontar como fruto desse novo entendimento, a visão moderna sobre a função do processo penal.

Como já visto, a doutrina clássica costumava apontar o processo penal como mero instrumento a serviço da paz social, ou seja, nada mais que um conjunto de coordenados cuja finalidade era satisfazer o *ius puniendi*<sup>30</sup> estatal.

Essa visão foi ampliada pela doutrina moderna, que passou a identificar o processo também como meio assegurar os direitos e garantias fundamentais do acusado, assim, limitando o poder estatal.

Nessa linha de raciocínio, atualmente o processo penal é visto como o instrumento que garante direitos e ordena a série de atos a serem seguidos durante a persecução penal, tendo como objetivo principal tornar o julgamento o mais justo possível.

No entanto o processo penal possui vários desdobramentos, os quais constituem subprincípios, entre os quais é possível citar o princípio do contraditório e da ampla defesa, os quais são garantias fundamentais de todos acusados.

O princípio do contraditório e da ampla defesa, apesar de intimamente relacionados, não se confundem: o primeiro diz respeito à obrigação das partes do processo serem ouvidas em igualdade de condições (informação e reação), enquanto o segundo diz respeito ao acusado que tem ampla possibilidade de se defender durante a instrução penal.

---

<sup>30</sup> Tradução Livre: direito de punir.

Além do princípio do devido processo legal, a discussão sobre a busca da verdade no processo penal assumiu novo viés com o neoconstitucionalismo. Esse processo fez com que muitos doutrinadores passassem a questionar o princípio da verdade real, o qual permitia que várias atrocidades fossem cometidas em nome da busca dessa verdade inalcançável.

Diante dessas discussões, hoje não se fala mais em verdade real, somente em busca da verdade no processo penal. No entanto, isso ainda não é pacífico, existindo diversas divergências na doutrina acerca de determinado princípio.

Portanto, a mudança de entendimento ocasionada em razão do movimento neoconstitucionalista fez com que diversas premissas consagradas fossem repensadas, o que reflete diretamente na jurisprudência das Cortes Superiores.

Partindo dessa premissa, passou-se a estudar o assunto do trabalho propriamente dito.

Como já mencionado, o processo penal se inicia com o oferecimento da denúncia. Após, o juiz verificará se esta é passível de recebimento ou não. Caso entenda pela pertinência da peça acusatória, receberá e determinará a citação do acusado.

Caso o acusado não seja encontrado para ser citado, deverá ser feita sua citação por edital. Nesta oportunidade, caso o réu não compareça aos autos nem constitua defensor, o processo e o prazo prescricional deverão ser suspensos.

Nesse momento, juntamente com a declaração da suspensão do processo pelo magistrado, este poderá determinar a produção antecipada das provas que considerar urgentes, situação na qual devem estar presentes o magistrado, o Ministério Público e um defensor.

Nesse contexto, a prova que normalmente seria considerada mero indício, assumirá o mesmo status das provas que serão produzidas no curso da instrução processual quando da retomada do acusado.

Todavia, a produção antecipada de provas não é satisfatoriamente regulamentada, sendo a legislação omissa quanto aos critérios de urgência a serem utilizados para a realização desse ato.

Em razão dessa omissão legislativa, diversas teses surgiram, entre elas o pleito de antecipação da prova testemunhal em razão dos estudos sobre a falibilidade da memória humana e o tempo em que o processo permaneceria suspenso.

Diante disso, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 455, na qual definiu que a decisão que determinaria essas provas deve ser concretamente fundamentada, não a justificando o mero decurso do tempo.

Apesar da edição dessa súmula, o assunto ainda gera grandes divisões na doutrina sobre o tema.

Dessa forma, com intuito de analisar os julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, nos quais se analisa a antecipação da prova em razão de sua condição de policial das testemunhas, é necessário estudar sobre a prova testemunhal e a falibilidade da memória humana.

A prova testemunhal é aquela feita por pessoa que toma conhecimento de fato juridicamente relevante e deve ser obtida através de depoimento oral em juízo.

No entanto, esse meio de prova é bastante delicado, pois diversos fatores podem influenciar o relato das testemunhas, entre os quais podem ser citados: como a pessoa percebeu o acontecimento, como sua memória conversou com os fatos, sua capacidade e evocá-lo, o desejo de expressá-lo e como lhe é permitido expressá-lo.

Além disso, deve se levar em consideração a existência de falsas memórias, as quais são pedaços de lembranças de que destoam parcial ou totalmente da realidade, as quais são tidas como verdadeiras pelos indivíduos.

Nessa esteira, passou-se a estudar sobre o relato policial em juízo, o qual também divide opiniões acerca de sua validade ou não.

Na corrente dos que militam a invalidade destes testemunhos está o argumento de que os policiais possuem interesse na condenação do réu, pois estes buscariam sempre confirmar a legalidade de seu ato. Em contrapartida, há o entendimento de que esses depoimentos são plenamente válidos e devem ser utilizados para a convicção do magistrado em qualquer circunstância.

Ainda, existe a posição intermediária, a qual entende que os policiais devem ter o mesmo valor probatório das demais testemunhas, ou seja, seus relatos só deveriam ser desmerecidos quando comprovado que tivessem interesse no

resultado do processo no caso concreto. Como já abordado, esta é a corrente adotada pelo STJ e pelo STF.

Ante o exposto, no terceiro capítulo foram estudadas as principais decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal nas quais se analisou a determinação antecipada do relato dos policiais em razão de sua atividade rotineira.

Ao final, foi possível constatar que estas Cortes adotaram posições divergentes acerca essa produção antecipada de provas, tendo o STJ admitido que a condição de policial das testemunhas é suficiente para justificar a produção antecipada de seus relatos e o STF entendido que esse argumento não é idôneo para a justificação desse ato, uma vez que a produção antecipada de provas estaria adstrita às situações constates no art. 225 do Código de Processo Penal.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, J. e Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 19. ed. São Paulo: Forense, 2016. 392 p.

AMARAL, Vilma Aparecida do. **Prova Testemunhal: Depoimento On-line**. Curitiba: Juruá, 2002. 171 p.

ANDRADE, André Lozano. **A inidoneidade do testemunho policial**. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/01/26/a-inidoneidade-do-testemunho-policial/>>. Acesso em: 19 set. 2017.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 414 p.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>. Acesso em: 19 de mai. 2017.

BAYS, Ingrid. **A produção antecipada da prova testemunhal**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/a-producao-antecipada-de-prova-testemunhal/>>. Acesso em: 25 out. 2017.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 839 p.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1034.

BRASIL. Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)> Acesso em: 7 jun. 2017a.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 7 jun. 2017b.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)> Acesso em: 18 out. 2017c.

\_\_\_\_\_, **Supremo Tribunal Federal**. Ementa no Habeas Corpus n. 73518. Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJ de 18/10/1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74562>> . Acesso em: 21 out. 2017.

\_\_\_\_\_, **Supremo Tribunal Federal**. Ementa no Habeas Corpus n. 135386/DF.

Relator: Lewandowski, Ricardo. Publicado no DJ de 02/08/2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13268830>> . Acesso em: 21 out. 2017.

\_\_\_\_\_, **Supremo Tribunal Federal**. Ementa no Habeas Corpus n. 130038/DF. Relator: Toffoli, Dias. Publicado no DJ de 14/12/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9984043>>. Acesso em: 21 out. 2017.

\_\_\_\_\_, **Supremo Tribunal Federal**. Ementa no Habeas Corpus n. 114519/DF. Relator: Toffoli, Dias. Publicado no DJ de 12/04/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3633499>> . Acesso em: 21 out. 2017.

\_\_\_\_\_, **Superior Tribunal de Justiça**. Ementa no Habeas Corpus n. **393516/MG**. Relator: FONSECA, Reynaldo Soares Da. Publicado no DJ de 30/06/2017. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1613977&num\\_registro=201700663574&data=20170630&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1613977&num_registro=201700663574&data=20170630&formato=PDF)> . Acesso em: 21 out. 2017.

\_\_\_\_\_, **Superior Tribunal de Justiça**. Ementa em Habeas Corpus n. 322956/SP. Relator: CRUZ, Rogerio Schietti. Publicado no DJ de 29/08/2017. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1627183&num\\_registro=201501040070&data=20170829&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1627183&num_registro=201501040070&data=20170829&formato=PDF)>. Acesso em: 21 out. 2017.

\_\_\_\_\_, **Superior Tribunal de Justiça**. Ementa no Habeas Corpus n. 342114/SC. Relator: CRUZ, Rogerio Schietti. Publicado no DJ de 01/08/2017. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1619213&num\\_registro=201502991713&data=20170801&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1619213&num_registro=201502991713&data=20170801&formato=PDF)>. Acesso em: 21 out. 2017.

\_\_\_\_\_, **Superior Tribunal de Justiça**. Ementa no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 64086/DF. Relator: Cordeiro, Nefi. Publicado no DJ de 09/12/2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1522647&num\\_registro=201502347970&data=20161209&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1522647&num_registro=201502347970&data=20161209&formato=PDF)>. Acesso em: 21 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº. 455**, de 25 de agosto de 2010. 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. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?materia=%27DIREITO%20PROCESSUAL%20PENAL%27>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

BURATO, Vinícius Anacleto. **A Ilusão da Verdade Real**: O Processo Penal Inquisitório que vigora no Brasil. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/a->

ilusao-da-verdade-real/?doing\_wp\_cron=1502474884.7895851135253906250000. Acesso em: 11 ago. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 894 p.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. **Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 408 p.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. 398 p.

COSTA, Paula Caroline Garrido da. NEGRI, André Del. **O procedimento do contraditório e da ampla defesa no procedimento da Lei Nº 9.099/95**. Disponível em: <<http://revistas.uniube.br/index.php/ddc/article/view/151>>. Acesso em: 25 de mai. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches da. **O testemunho de policiais no processo penal**. Disponível: <<http://meusitejuridico.com.br/2017/08/21/o-testemunho-de-policiais-no-processo-penal/>>. Acesso em: 19 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **595: É possível, na aplicação do art. 366 do CPP, a antecipação do depoimento de policial**. Disponível em: <<http://meusitejuridico.com.br/2017/04/08/595-e-possivel-na-aplicacao-art-366-cpp-antecipacao-depoimento-de-policial/>>. Acesso em: 25 out. 2017.

FARIA, André. **Os Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Penal: Uma Análise a partir do Modelo Constitucional de Processo**. Belo Horizonte: Arraes, 2011. 144 p.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 348 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo**. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>>. Acesso em: 19 de mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paulo Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 925 p.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 415 p., vol. 6.

\_\_\_\_\_. **Princípio da Verdade Real**. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121915673/principio-da-verdade-real>>. Acesso em: 11 de ago. 2017.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 2002 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. **Verdade Real e Verdade Formal? Um Falso Problema**. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (Org.). *Verdade e Prova no Processo Penal: Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo*. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. p. 1-13.

JACOB, Julia. **Prova testemunhal no Processo Penal**. Disponível em: <<https://juliajacob.jusbrasil.com.br/artigos/316059037/prova-testemunhal-no-processo-penal>>. Acesso em: 13 set. 2017.

JOSÉ, Glória Ribeiro Dias São. **O valor probatório do depoimento policial na ação penal diante do ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<http://gauchanews.com.br/opinia/o-valor-probatorio-do-depoimento-policial-na-acao-penal-diante-do-ordenamento-juridico-brasileiro/354320>> Acesso em: 19 set. 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, 1.760 p.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido Processo Legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. 304 p.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 1402 p.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 288 p.

\_\_\_\_\_. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 315 p.

MARCÃO, Renato. A produção antecipada da prova no art. 366 do Código de Processo Penal. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 66, 1 jun. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4118/a-producao-antecipada-da-prova-no-art-366-do-codigo-de-processo-penal>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no Processo Penal: Estudo sobre a Valoração das Provas Penais**. 2 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015. 179 p.

MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. **Produção antecipada de provas e o argumento da “passagem do tempo”**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/producao-antecipada-de-provas-e-o-argumento-da-passagem-do-tempo/>. Acesso em: 29 ago. 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 16 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2004. 849 p.

MOJARDÍN-HERÁLDEZ, Ambrocio. **Origen y Manifestaciones de Las Falsas Memorias**. Disponível em: <<http://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/583>> Acesso em: 13 set. 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2014. 934 p.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O art. 366 do Código de Processo Penal e a produção antecipada da prova testemunhal**. Disponível em: <<https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/121938847/o-art-366-do-codigo-de-processo-penal-e-a-producao-antecipada-da-prova-testemunhal>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 1086 p.

\_\_\_\_\_. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 137 p.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal Comentado**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 1246 p.

\_\_\_\_\_. **A credibilidade da prova testemunhal no processo penal**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI14901,71043-A+credibilidade+da+prova+testemunhal+no+processo+penal>> Acesso em: 12 set. 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2014. 1067 p.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 884 p.

SARAIVA, Juliana. **Produção Antecipada de Prova: Possibilidade de esquecimento não é justificativa para produção antecipada de prova testemunhal**. Disponível em: <<https://www.professorajulianasaraiva.com.br/single-post/2015/11/17/PRODU%C3%87%C3%83O-ANTECIPADA-DE-PROVA-Possibilidade-de-esquecimento-n%C3%A3o-%C3%A9-justificativa-para-produ%C3%A7%C3%A3o-antecipada-de-prova-testemunhal>>. Acesso em: 25 out. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 925 p.

SOUZA, Bernardo de Azevedo e. **O fenômeno das Falsas Memórias e sua relação com o Processo Penal**. Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 72, p. 62-76, Fev-Mar. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **O QUE É ISTO – as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 114 p., vol 2.

SUANNES, Adauto. **Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 416 p.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 9 ed. Salvador: Jus Podivm, 2014. 1504 p.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 657 p., vol. 1.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal.** 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 669 p., vol. 4.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 397 p.