

**O ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A PRODUÇÃO
ANTECIPADA DA PROVA TESTEMUNHAL¹**

Como se sabe, a Lei nº. 11.719/2008 alterou alguns dispositivos do Código de Processo Penal relativos à suspensão do processo, **emendatio libelli, mutatio libelli** e aos procedimentos. A alteração legislativa, porém, deixou de esclarecer o que deveria ser considerada como prova urgente, para efeito de produção antecipada.

Após entendimentos jurisprudenciais e doutrinários diversos, tentando resolver a questão, o Superior Tribunal de Justiça, equivocadamente, editou súmula tratando do assunto, que recebeu o número 455 e tem o seguinte enunciado: “*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*”. 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.

¹ **Rômulo de Andrade Moreira** é Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos na Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, **lato sensu**, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia. Autor das obras “Curso Temático de Direito Processual Penal”, “Comentários à Lei Maria da Penha” (este em coautoria com Issac Sabbá Guimarães), ambas publicadas pela Editora Juruá, 2010 (Curitiba) e “A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e as demais Medidas Cautelares – Comentários à Lei nº. 12.403/11”, 2011, Porto Alegre: Editora LexMagister, além de coordenador do livro “Leituras Complementares de Direito Processual Penal”, publicado pela Editora JusPodivm, 2008 (estando no prelo a 2ª. edição). Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados no Brasil.

Ocorre que mesmo após aquele enunciado, a Quinta Turma do próprio Superior Tribunal de Justiça manteve decisão que negou pedido de habeas corpus em favor de um homem acusado pela suposta prática do crime de atentado violento ao pudor. A defesa pretendia revogar a produção antecipada de provas. A decisão foi unânime. O Ministério Público requereu a produção antecipada de provas. O juiz de primeiro grau indeferiu o pedido e suspendeu o processo e o curso da prescrição, já que o acusado não foi localizado. Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso e a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento ao pedido para determinar a produção antecipada de prova testemunhal. Em seu voto, o Ministro Jorge Mussi, relator, destacou que, à primeira vista, a colheita de prova por antecipação pode representar redução da garantia constitucional de ampla defesa, já que não será dada ao acusado a oportunidade de se defender. Entretanto, o relator ressaltou que, no caso de prova testemunhal, a questão gera alguns debates acerca da urgência na sua colheita, devido a possível esquecimento dos fatos pelos depoentes durante o período em que o processo permanece suspenso. *“A memória humana é suscetível de falhas com o decurso do tempo, razão pela qual, por vezes, se faz necessária a antecipação da prova testemunhal com base no artigo 366 do CPP, mormente quando se constata que a data dos fatos já se distancia de forma relevante, para que não se comprometa um dos objetivos da persecução penal, qual seja, a busca da verdade dos fatos narrados na denúncia”*, afirmou o Ministro. Segundo ele, o deferimento da realização antecipada de provas não traz prejuízo para a defesa, já que, além de o ato ser realizado na presença do defensor nomeado, caso o acusado compareça ao processo futuramente, poderá requerer a produção das provas que julgar necessárias para a tese defensiva. Desde que apresente argumentos idôneos, poderá até mesmo conseguir a repetição da prova produzida em antecipação. (Fonte: BRASIL. STJ - Últimas Notícias. Processo não divulgado em razão do sigilo, 5ª. Turma, relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=107740. Acesso em 20 de nov. 2012). (grifo nosso).

Irrepreensível tal decisão.

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.

Aliás, Aury Lopes Jr. e Cristina Carla Di Gesu afirmam que *“o delito, sem dúvida, gera uma emoção para aquele que o testemunha ou que dele é vítima. Contudo, pelo que se pode observar, a tendência da mente humana é guardar apenas a emoção do acontecimento, deixando no esquecimento justamente o que seria mais importante a ser relatado no processo, ou seja, a memória cognitiva, provida de detalhes técnicos e despida de contaminação (emoção, subjetivismo ou juízo de valor).”*²

Obviamente que tais provas deverão ser produzidas com a prévia notificação do Ministério Público ou do querelante e do defensor nomeado

² “Prova Penal e Falsas Memórias: Em Busca da Redução de Danos”, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n.º. 175, junho/2007, p. 14.

pelo Juiz, sem prejuízo de uma reinquirição em momento posterior, quando a marcha processual for retomada com o acusado presente e o seu defensor constituído. A observância do contraditório é de rigor, sob pena da prova ser considerada ilícita. 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. Evidentemente que não se pode exigir deste depoente a firmeza (possível) que se espera do depoimento de uma testemunha.

Neste mesmo sentido:

“A prova testemunhal, por sua própria natureza e dispensado específicos argumentos, justifica a antecipação, porque, notoriamente, o mero decurso do tempo prejudica sua eficácia, com a memória sendo prejudicada pelo avançar dos dias, em detrimento da apuração da verdade real. Antever-se prejudicialidade ao direito de defesa do réu com a antecipação da prova oral é mero exercício de adivinhação. Primeiro, sequer se sabe se a prova será prejudicial ou não à defesa. Pode ser colhido depoimento que interesse à própria defesa. E, ainda que o depoimento seja, em tese, prejudicial à defesa, não se sabe se ele, por si, terá o condão de determinar eventual condenação do réu” (TJDF – 1ª T. – Recl. 2008.00.2.010868-0 – rel. Mário Machado – j. 08.01.2009 – DJU 03.02.2009).

Portanto, em que pese o entendimento cristalizado no referido enunciado do Superior Tribunal de Justiça, continuamos defendendo que a prova testemunhal é urgente para os efeitos do art. 366 do Código de Processo Penal, tal como sempre foi em relação à suspensão do processo em razão de questão prejudicial (art. 92), sempre se respeitando o devido processo legal (contraditório) e a possibilidade de reinquirição, na forma dos arts. 196 e 616 do Código de Processo Penal (**mutatis mutandis**).