



**Ivani Santos da Mata Medeiros**

**A PROIBIÇÃO JURISPRUDENCIAL DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA NO  
PROCESSO PENAL E A PROTEÇÃO DEFICIENTE NA (DA) CONSTITUIÇÃO**

**Brasília**

**2013**

**Ivani Santos da Mata Medeiros**

**A PROIBIÇÃO JURISPRUDENCIAL DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA NO  
PROCESSO PENAL E PROTEÇÃO DEFICIENTE NA (DA) CONSTITUIÇÃO**

Trabalho de conclusão de curso  
apresentado no âmbito da pós-graduação  
*Lato Sensu* de Direito Constitucional da  
Escola de Direito de Brasília -EDB/IDP.

**Brasília**

**2013**

Reprodução parcial permitida desde que citada a fonte.

---

**MEDEIROS, Ivani Santos da Mata.**

A proibição jurisprudencial de produção antecipada de prova no processo penal e proteção deficiente na (da) Constituição / Ivani Santos da Mata Medeiros. – Brasília, 2013.

66 p.

Trabalho de conclusão de curso apresentado no âmbito da pós-graduação de Direito Constitucional da Escola de Direito de Brasília -EDB/IDP.

1. Constitucional. Processo Penal I. Título

CDU

---

Ivani Santos da Mata Medeiros

**A proibição jurisprudencial de produção antecipada de prova no processo penal e proteção deficiente na (da) Constituição**

Trabalho de conclusão de curso  
apresentado no âmbito da pós-graduação  
*Lato Sensu* de Direito Constitucional da  
Escola de Direito de Brasília -EDB/IDP.

Brasília, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2013.

Banca Examinadora

---

**Nome do Examinador**

*Titulação*  
*Instituição a qual é filiado*

---

**Nome do Examinador**

*Titulação*  
*Instituição a qual é filiado*

---

**Nome do Examinador**

*Titulação*  
*Instituição a qual é filiado*

**Nota:** \_\_\_\_\_

**Ivani Santos da Mata Medeiros**

**A proibição jurisprudencial de produção antecipada de prova no processo penal e a proteção deficiente na (da) Constituição**

Trabalho de conclusão de curso apresentado no âmbito da pós-graduação de Direito Constitucional da Escola de Direito de Brasília -EDB/IDP.

Brasília, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2013.

## RESUMO

Este trabalho intenciona analisar, na perspectiva de um sistema Constitucional de proteção integral aos direitos fundamentais, a produção antecipada da prova testemunhal nos processos suspensos. Tem-se em vista a modificação introduzida pela Lei 9.271/96, ao artigo 366 do Código de Processo Penal que suspende o processo e o curso do prazo prescricional pela revelia do réu. Parte-se da premissa de que o Direito Penal é instrumento de aplicação do Direito Constitucional. E, dessa forma, tanto deve proteger os direitos do acusado/réu, como deve, da mesma forma, tutelar os direitos da coletividade, no sentido da efetiva aplicação da prestação jurisdicional. Analisa o princípio da busca da verdade real no processo penal em contraposição ao direito de ampla defesa e contraditório. Para isso, busca decompor a natureza jurídica da prova testemunhal. Dessarte, examina as concepções dos direitos fundamentais na dimensão de normas constitucionais: princípios/regras, para solução da aplicação da norma de colisão, aplicado ao caso concreto, quando ocorre conflito aparente entre os princípios. Assim o meio efetivo, justo e equânime para solução de possível colisão entre o direito do acusado/réu e o direito, de mesma hierarquia, da sociedade na persecução penal passa por um Direito Criminal de efetiva aplicação do princípio da proporcionalidade, em sua dupla dimensão: a proibição de excesso e a proibição de proteção insuficiente.

**Palavras-chave:** *Direito Constitucional e Processual Penal. Princípio da proporcionalidade e aplicação integral do Direito Criminal. Proibição de excesso e proibição de aplicação deficiente da (na) Constituição.*

## ABSTRACT

This paper analyzes, in the perspective of the Constitutional System of full protection of fundamental rights, the anticipated production of testimonial evidence in the suspended proceedings. In sight the change introduced by Law No. 9.271/96, Article 366 of the Criminal's Code that suspends the process and the limitations period for the absence of the defendant. On the premise that criminal's law is a tool for implementing the Constitutional Law. Therefore, it also protects the rights of the accused/defendant, as it must, equally, protects the rights of the community, concerning the effective implementation of the adjudication. It enters the study of the search for real truth in criminal's proceedings as opposed to the legal rights of defense and contradictory. So it searches to decompose the legal nature of the witnesses proof. Therefore it examines the concepts of fundamental rights in the constitutional standards dimension: principles / rules for the solution when implementing the various principles of the Constitution of 88' collides. Thus the effective means, fair and equitable solution to the possible collision between the right of the accused / defendant and the right of the same hierarchy that society has in a criminal prosecution goes through Criminal's Law that should effects the application of the principle of proportionality in both faces: the excess prohibition, and the insufficient protection prohibition.

**Key words:** Constitutional Law and Criminal Procedure. Principle of proportionality and full implementation of the Criminal Law. Prohibition of excess and poor implementation of the ban (the) Constitution.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>9</b>
<b>2 CONCEITO E CONTEÚDO CONSTITUCIONAIS</b>	<b>13</b>
2.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	15
2.2 A ESTRUTURA DOS PRINCÍPIOS NAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA VISÃO DE ALEXY	17
2.3 A PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	19
2.4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	23
<b>3 A PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA – ART. 366 DO CPP</b>	<b>27</b>
3.1 O ADVENTO DA LEI 9.271/96	27
3.2 HIPÓTESES DE SUSPENSÃO	28
3.3 REQUISITOS	30
3.4 POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL	31
<b>3.4.1 Supremo Tribunal Federal</b>	<b>31</b>
<b>3.4.2 Superior Tribunal de Justiça</b>	<b>33</b>
<b>3.4.3 Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios</b>	<b>35</b>
3.5 DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL	37
<b>3.5.1 A prova testemunhal</b>	<b>41</b>
<b>4 A PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE DA CONSTITUIÇÃO</b>	<b>45</b>
4.1 O DESENVOLVIMENTO TEÓRICO	48
4.2 O GARANTISMO PENAL	49
4.3. A PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA E O GARANTISMO POSITIVO	52
<b>4.3.1 As consequências da postergação da produção antecipada da Prova</b>	<b>55</b>
<b>4.3.2 O suposto prejuízo do contraditório e ampla defesa para o acusado e outras alegações</b>	<b>57</b>
<b>5 CONCLUSÃO</b>	<b>62</b>
<b>REFERÊNCIA</b>	<b>65</b>

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo um sistema de garantias na defesa da liberdade individual. O artigo 5º, inciso LV, estabelece que “aos litigantes, em processo judicial, ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.<sup>1</sup> Dessa forma, o Constituinte de 1988 consagrou de forma expressa, os princípios que garantem às partes, no processo tanto penal quanto na esfera administrativa, a ampla defesa e o contraditório.

Referida norma é o ponto de partida hermenêutico no que diz respeito à polêmica doutrinária sobre a produção da prova antecipada nos processos em que o réu é ou se tornou revel, tratada na lei ordinária pelo artigo 366, do Código de Processo Penal, que prevê:

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 artigo 312.<sup>2</sup>

Não obstante a importância de normas que assegurem um processo penal desenvolvido de forma a que assegure ao réu a plenitude de defesa, com observância das garantias fundamentais, cresce na doutrina a designada teoria da proporcionalidade. Teoria esta que admite a ponderação dos princípios em conflito aparente, para estabelecer, no caso concreto a condução jurídica que deve preponderar.

Nesse norte, propõe esse trabalho a realizar pesquisa doutrinária e jurisprudencial de forma crítica, para análise não apenas de uma interpretação normativa, mas uma visão que contemple os aspectos sociológicos, teleológico, para uma compatibilização da garantia constitucional com os demais vetores jurídicos.

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2013.

<sup>2</sup> BRASIL. **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: 12 ago. 2013.

A despeito de o Superior Tribunal de Justiça ter sumulado a questão da antecipação da prova no processo suspenso, a polêmica jurisprudencial ainda é latente. Faltam critérios objetivos que confirmem estabilidade e segurança jurídica, de forma a não degradar o sistema de proteção aos direitos fundamentais, reprimando um processo penal inquisitivo<sup>3</sup> e de ofensa plenitude de defesa do acusado/réu. Mas também, de forma a não se olvidar do princípio da proporcionalidade no sentido de se proteger de forma insuficiente à coletividade, no sentido de se manter a paz pública.<sup>4</sup>

Portanto, esse trabalho possui o objetivo geral de responder a seguinte indagação:

1) A proibição jurisprudencial de produção antecipada de prova no processo penal fere a Constituição?

Para responder a aludido quesito, pretende-se, como objetivo específico, analisar a perspectiva jurisprudencial de proibição de antecipação da prova no processo penal e a proteção deficiente dos bens jurídicos previstos na Constituição. Essa investigação será realizada à luz da teoria dos direitos fundamentais, buscando: a) identificar se há princípios em colisão na produção da prova sem a presença do acusado; b) analisar o princípio da proporcionalidade; c) investigar a natureza jurídica da prova testemunhal; c) analisar criticamente a jurisprudência nacional à luz da proteção aos direitos do acusado em contraposição à proteção aos direitos do Estado/Coletividade; d) propor soluções para a compatibilização, desses princípios, se constatada a colisão.

Para isso, utilizar-se-á, principalmente, o método dedutivo para análise dos problemas relacionados à colheita da prova antecipada, a que se refere o art. 366, do CPP, à luz da compreensão geral das relações entre Estado e cidadão. Dessa forma, o raciocínio se fará do geral para o particular, nos seguintes termos:

<sup>3</sup> ÁVILA, Thiago André Pierrobom de. **Provas Ilícitas e Proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos**. Brasília, 2006. 295f. Dissertação submetida à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília para obtenção do título de Mestre em Direito.

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. n. 47, p. 61-123, mar./abr. 2004.

direito constitucional; teoria dos direitos fundamentais; direitos fundamentais de proteção; direito fundamental de proteção penal; direito fundamental a um processo penal eficiente, esbarrando na interpretação do art. 366 do CPP, pelo Tribunal de Justiça local, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, examinar-se-á se a antecipação da prova aqui tratada, fere os princípios do contraditório e da ampla defesa e se em caso afirmativo, pode relativar esses princípios para compatibilizá-los com os demais princípios, utilizando-se do princípio da proporcionalidade na sua dimensão de proteção penal eficiente.

O tipo de investigação pretendida é o jurídico-compreensivo, decompondo-se o problema jurídico em seus distintos aspectos, relações e níveis. Para realização do trabalho recorrer-se-á à pesquisa bibliográfica em livros, artigos doutrinários e repertório jurisprudencial.

O Trabalho será realizado em capítulos. O primeiro tratará da teoria dos direitos fundamentais. Nesse capítulo pretender-se-á provar que os princípios fundamentais não são absolutos e que existe um princípio de proteção penal eficiente que tem como fonte a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e da subjetivação do direito de proteção. Essa perspectiva traz como consequência a conclusão de que o processo penal é instrumento para uma garantia funcional. De um lado, visa a proteção dos direitos do acusado contra uma possível arbitrariedade punitiva e, de outro, a proteção aos direitos da coletividade por meio de uma efetivação da proteção penal.

O segundo capítulo tratar-se-á especificamente de como ocorre a suspensão do prazo e da prescrição nos processos em que o réu é declarado revel. Essa modificação se deu com o advento da Lei nº 9.271/96, a qual alterou a antiga leitura do art. 366 do CPP. Antes dessa modificação o processo tinha seu andamento normal, podendo findar até o trânsito em julgado da sentença condenatória, quando da citação ficta do acusado<sup>5</sup>. Descrever-se-á as hipóteses em que haverá a suspensão do processo e quais os requisitos para que este seja suspenso. Por fim, far-se-á a análise do posicionamento da jurisprudência no

---

<sup>5</sup> NUCCI. Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 7. ed. Editora Revista dos Tribunais. 2011. p.649-657.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, do Superior Tribunal de Justiça, bem como no Supremo Tribunal Federal.

O terceiro capítulo preocupar-se-á com a análise dos direitos à proteção a paz pública, abordando a dimensão positiva do princípio da proporcionalidade fundada na proibição da proteção deficiente da Constituição. Em seguida, descrever-se-á o garantismo positivo e o desenvolvimento teórico. Estabelecer-se-á um confronto entre a produção da prova e o garantismo positivo. Nesse ponto, necessário um passeio pela natureza da prova no processo penal, fundamentalmente a prova testemunhal. Por fim, far-se-á a análise das consequências da postergação da produção antecipada da prova e o suposto prejuízo ao contraditório e ampla defesa para o acusado, abordando a proteção eficiente dos outros bens jurídicos constitucionais.

Na conclusão, pretende-se apresentar uma relação das teses sustentadas na dissertação, de forma a permitir uma visão sintética das ideias. A pretensão é que ao final, a investigação forneça critérios gerais para o tratamento da antecipação das provas condizente com a missão de um Estado Democrático de Direito na proteção do sistema de direitos fundamentais como um todo.

## 2 O CONCEITO E CONTEÚDO CONSTITUCIONAIS

A Constituição atual, como resultante do processo de redemocratização é uma Constituição Cidadã e traz, no seu bojo, a proteção integral aos direitos fundamentais. Por isso, necessariamente, contempla valores díspares, quando não antagônicos. Pois, o processo constituinte é resultado de ideologias diversificadas, de interesses diversos, porquanto a Constituição é a síntese dessas ideologias e interesses que representam a sociedade.<sup>6</sup>

Para adentrar de forma dedutiva, como propõe a hipótese do trabalho, o raciocínio de que a interpretação do art. 366 do CPP não fere a constituição impõe-se a análise da nossa Carta Maior. Análise necessária, posto que não há compreensão do ordenamento jurídico sem que haja o conhecimento do objeto constitucional vigente e das normas fundamentais de um país.

Como sabido e ressabido, a produção do conhecimento não é neutra. Assim, segundo Inocêncio Mártires Coelho, a hermenêutica da natureza jurídica da Constituição e seu objeto condicionam-se a ideia de pré-compreensão. Isso significa dizer que, para distinguir os “pré-juízos legítimos dos ilegítimos”<sup>7</sup> da concepção do que é ou deve ser a constituição, “e o que contém ou deve conter uma Constituição”<sup>8</sup> impõe-se recorrer a teoria da Constituição.

Dessarte, é parte essencial, na lição de Coelho, a incumbência da teoria da constituição não somente a:

[...] 'investigação' ou 'descoberta' dos problemas políticos constitucionais, tampouco à função de elemento 'concretizador' das normas da Lei Fundamental, antes servindo também, para 'racionalizar' e 'controlar' a pré-compreensão constitucional.<sup>9</sup>

Colocada a questão nos termos de pré-compreensão, segundo o explana

<sup>6</sup> ROBERT, Alexy. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título Original: Theorie der Grundrechte. p. 85-93.

<sup>7</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo:ed. Saraiva,. 2010. p. 45-58

<sup>8</sup> MENDES, *op. Cit.*

<sup>9</sup> MENDES, *op. Cit.*

o autor, faz surgir demandas de como será fecundada a Constituição, no sentido de:

[...] considerá-la apenas como Constituição jurídica, simples estatuto organizatório ou mero instrumento de governo, no qual se regulam processos e se definem competências; ou, pelo contrário, se devemos admiti-la mais amplamente, como Constituição política, capaz de se converter num plano normativo-material global, que eleja fins, estabeleça programas e determine tarefas.<sup>10</sup>

Acrescenta o autor ainda quanto à importância de qual norma fundamental se quer programar num país:

É que a partir dessa decisão preliminar, tanto a teoria quanto a *práxis* constitucionais refletirão a ideia ou a ideologia subjacentes a essa opção de base, tornando visível a vontade do constituinte, a fórmula política que, afinal, se materializou na Constituição e condicionará a sua realização.<sup>11</sup>

Nesse contexto, Inocêncio Mártires Coelho informa o conceito, os elementos e o objeto da constituição na visão de José Afonso da Silva:

[...] a Constituição do Estado, considerada sua Lei Fundamental, seria a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação. Em síntese, a Constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.<sup>12</sup>

Preleciona Orlando Bitar, *apud* Coelho, que o direito constitucional “é um sistema de normas, que regulam a organização, o funcionamento e a proteção de um determinado Estado e os direitos e deveres fundamentais de seus jurisdicionados”.<sup>13</sup>

Não se poderia deixar de citar o conceito de Ferdinand Lassalle, que entende ser a verdadeira constituição de um país resultante da soma dos “fatores reais de poder”.<sup>14</sup>

Necessário retornar a José Afonso da Silva, citado na obra de Inocêncio Coelho, o qual afirma que o objeto da constituição encontra-se, em parte, contido no próprio conceito de norma fundamental:

---

<sup>10</sup> MENDES, *op. Cit.*

<sup>11</sup> MENDES, *op. Cit.*

<sup>12</sup> MENDES, *op. Cit.*

<sup>13</sup> MENDES, *op. Cit.*

<sup>14</sup> MENDES, *op. Cit.*

[...] as constituições têm por objeto estabelecer a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins socioeconômico do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais.<sup>15</sup>

Discorrido sobre a teoria constitucional, após trazer o conceito e objeto da Constituição, passa-se a análise dos Direitos Fundamentais. Aqui o problema deve ser visto do modo de inserção do indivíduo e sua interrelação com a coletividade, cuja resolução advém da concepção de Estado que se adota. Essa concepção é decorrente da Constituição em que se funda o Estado e dos direitos fundamentais positivados na Constituição. Essa análise terá como base a obra de Robert Alexy.<sup>16</sup>

## 2.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A compatibilização dos direitos fundamentais, síntese de valores díspares, é expressada pelas teorias dos Direitos Fundamentais, de base principiológica. Dessa forma, este trabalho terá como referencial teórico a obra de Robert Alexy.<sup>17</sup>

Trata Alexy de uma teoria jurídica geral, de forma estrutural e atributiva, ou seja, para ele é necessário a análise das teorias dos direitos fundamentais positivados na Constituição [ele trata da Constituição alemã] em três dimensões: analítica, empírica e normativa. Tem a teoria de Alexy o objetivo de orientar e analisar criticamente a prática jurídica à luz da fundamentabilidade racional dos juízos de valor empregados para resolução do caso concreto.<sup>18</sup>

O autor expressa a necessidade de se ter diversos princípios de direitos fundamentais e, naturalmente, pela diversidade, a colisão entre esses princípios. Para ele, uma teoria que se apoia em um único princípio (teoria unipolar), não seria “adequadamente” compreendida. Expressa, ele, ainda nesse sentido, que a teoria unipolar somente seria válida se dirigida ao fim último dos direitos fundamentais - a

---

<sup>15</sup> MENDES, *op. Cit.*

<sup>16</sup> ROBERT, *op. Cit.*

<sup>17</sup> ROBERT, *op. Cit.*

<sup>18</sup> ROBERT, *op. Cit.*

dignidade humana. Se assim fosse seria considerada em um grau máximo de abstração, e ainda assim não seria unipolar, pois abarcaria as mais distintas teorias por ele apresentada.<sup>19</sup>

Para solucionar os problemas de colisões dos direitos fundamentais o autor trabalha com uma teoria dos direitos fundamentais de forma estrutural, para se chegar a uma adequada teoria integrativa. Referida teoria estrutural tem como principal forma a dimensão analítica. Porém, essa é primária e deve ser seguida pelo caráter normativo-analítico, porque tem como principal objeto de investigação a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (dimensão empírico-normativo), no que concerne aos direitos fundamentais.<sup>20</sup>

Alexy adota o conceito formal de constituição. Assim, admite existir além dos direitos fundamentais elencados nos artigos 1º a 19 da Constituição alemã, outras disposições que expressam tais normas e cita como exemplo o art. 93, § 1º, 4ª daquela Constituição que alberga o recurso à reclamação constitucional.<sup>21</sup> Essa estrutura de como estão inseridos os direitos fundamentais também é verificada aqui no Brasil. Os direitos fundamentais vão além dos elencados no Título II da Constituição Cidadã.

Alexy refuta os conceitos estrutural e material de direitos fundamentais, pela abstração e vinculação à concepção de Estado adotado. Admite ainda, normas de direitos fundamentais atribuída. Estas advêm das expressamente elencadas na Constituição, porém ali não estão de forma expressa.<sup>22</sup>

## 2.2 A ESTRUTURA DOS PRINCÍPIOS NAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA VISÃO DE ALEXY

Para compreensão e conseqüente efetividade dos direitos fundamentais é necessária a análise da teoria dos direitos fundamentais num Estado Democrático de Direito. Alexy, afirma que:

---

<sup>19</sup> ROBERT, *op. Cit.*

<sup>20</sup> ROBERT, *op. Cit.*

<sup>21</sup> ROBERT, *op. Cit.*

<sup>22</sup> ROBERT, *op. Cit.*

Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. [...] Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais.<sup>23</sup>

Essa importância decorre, porque, segundo Alexy, apesar de a distinção entre regras e princípios não ser nova, há falta de clareza e o império da polêmica. Zagrebelski, citado por Thiago de Ávila, em sua dissertação de Mestrado pela Universidade de Brasília, informa que:

As normas legislativas são de forma prevalente regras, enquanto as normas constitucionais sobre direito e sobre a justiça são prevalentemente princípios.<sup>24</sup>

Nesse sentido, para Alexy, a regra atua no campo da validade ou invalidade. Para resolução do conflito entre regras ou se introduz uma exceção ou se afasta uma das regras, utilizando-se da declaração de invalidade. No âmbito da invalidade o problema deve ser solucionado pela regra da temporalidade ou especialidade ou, ainda, pela hierarquia. Segundo o autor, a distinção entre regra e princípio não está apenas na generalidade, mas sim no sentido qualitativo.<sup>25</sup>

Assim, os princípios são “mandamentos de otimização”<sup>26</sup> e se caracterizam:

Por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.<sup>27</sup>

Dessarte, entre os princípios há colisão, e para a decisão do princípio prevalente ocorrerá uma precedência de princípios, sob determinada condição. Isso quer dizer que não haverá a declaração de invalidade de um dos princípios para que o outro seja aplicado, nem haverá cláusula de exceção de um em face do outro. Nas palavras de Alexy:

---

<sup>23</sup> ROBERT, *op. Cit.*

<sup>24</sup> ÁVILA, Thiago André Pierrobom de. **Provas Ilícitas e Proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos**. Brasília, 2006. 295f. Dissertação submetida à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília para obtenção do título de Mestre em Direito.

<sup>25</sup> ROBERT, *op. Cit.*

<sup>26</sup> ROBERT, *op. Cit.*

<sup>27</sup> ROBERT, *op. Cit.*

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção.<sup>28</sup>

Na teoria de Alexy não há uma precedência absoluta, tudo depende do caso concreto e das condições a serem aplicadas naquele caso específico. Afirma, o autor, que diante das condições do caso concreto é possível estabelecer uma formulação da conexão nas relações de preferências condicionadas:

As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.<sup>29</sup>

Afirma Alexy que as normas de direitos fundamentais são bilaterais, pois, são ao mesmo tempo regras e princípios. Assim, a teoria dos princípios traz como ponto basilar a definição de que “atrás e ao lado de uma regra existe um princípio<sup>30</sup>”. E o princípio enquanto regra tem uma estrutura *prima facie* que nessa dimensão precede o próprio princípio.<sup>31</sup>

Nessa perspectiva, afirma Alexy que pode haver duas espécies de colisão, uma em sentido estrito, outra em sentido amplo. Em sentido estrito a colisão se faz exclusivamente entre direitos fundamentais. Esse fenômeno ocorre, por exemplo, entre direitos fundamentais individuais. Já em sentido amplo diz respeito à colisão entre direitos fundamentais e outras normas ou princípios<sup>32</sup>. Pode-se falar em colisão ampla quando ocorrer, por exemplo, entre um direito fundamental individual e os direitos fundamentais que tem como objeto os bens coletivos.

Ressalta, ainda, a obrigatoriedade [aspecto deontológico] e imediatidade da aplicação dos direitos fundamentais, no âmbito do poder judiciário. No caso do Brasil, levando-se em conta a perspectiva de Alexy essa força vinculante emana do art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 88. Porquanto, consta dessa norma a exigência constitucional da igualdade formal entre todos, independente de gênero,

---

<sup>28</sup> ROBERT, *op. Cit.*

<sup>29</sup> ROBERT, *op. Cit.*

<sup>30</sup> ROBERT, *op. Cit.*

<sup>31</sup> ROBERT, *op. Cit.*

<sup>32</sup> ROBERT, *op. Cit.*

nacionalidade, bem como tutela o direito à vida.<sup>33</sup>

## 2.3 A PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para se falar em proteção dos direitos fundamentais é necessária uma análise anterior, que remeta ao âmbito das possibilidades de restrição aos direitos fundamentais.

Na visão de Alexy, chega a ser trivial a ideia de que direitos fundamentais podem ser restringidos. No entanto, essa simplicidade inicial é somente aparente. Para mostrar a complexidade que envolve o assunto, exemplifica o autor, citando a concepção de Friedrich Klein, pela qual não existe o termo restrição. Klein acredita na concepção de que os direitos fundamentais são garantidores de uma força “jurídico-constitucional”<sup>34</sup> ou por força de sua “pré-estabilidade”<sup>35</sup>, por tratar-se de algo permanente e anterior. Essa concepção é a de que não há restrições, mas tão somente definições das disposições dos direitos fundamentais<sup>36</sup>.

Häberle, citado por Ávila, em trabalho de dissertação informa que:

Se os direitos fundamentais se integram reciprocamente formando um sistema unitário, se configuram como componentes constitutivos do conjunto constitucional e estão em uma relação de recíproco condicionamento com outros bens jurídico-constitucionais, disso se deduz que há que se determinar seu conteúdo e seus limites em atenção aos outros bens jurídico-constitucionais reconhecidos junto deles – concluindo que – a constituição quer por igual as relações de poder especial e as liberdades individuais, os direitos fundamentais e o direito penal, as liberdades de um com as liberdades do outro.<sup>37</sup>

Para Alexy, as restrições a direitos fundamentais sugerem uma bipartição: “o direito e sua restrição”<sup>38</sup>. Como consequência, subdivide-se as restrições em duas

<sup>33</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2013.

<sup>34</sup> ROBERT, *op. Cit.*

<sup>35</sup> ROBERT, *op. Cit.*

<sup>36</sup> ROBERT, *op. Cit.*

<sup>37</sup> ÁVILA, Thiago André Pierrobom de. **Provas Ilícitas e Proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos**. Brasília, 2006. 295f. Dissertação submetida à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília para obtenção do título de Mestre em Direito.

<sup>38</sup> ROBERT, *op. Cit.*

perspectivas: a interna e a externa. Nesta, concebe-se uma relação especial entre duas normas, o direito e sua restrição:

Se a relação entre direito e restrição for definida dessa forma, [uma relação especial entre duas normas] então, há, em primeiro lugar, *o direito em si*, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, *o direito restringido*.<sup>39</sup> (grifos originais)

Em contraposição a teoria externa da restrição, diz-se da teoria interna, a qual baseia-se na premissa de que só existe uma coisa, o direito de forma limitada:

O direito com um determinado conteúdo. O conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite. Dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas sobre quão extensa pode ser uma restrição, mas dúvidas sobre seu conteúdo. Quando eventualmente se fala em 'restrições' no lugar de 'limites', então, se fala em 'restrições iminentes'.<sup>40</sup>

Para Alexy entender qual teoria é a correta depende fundamentalmente da concepção de normas fundamentais. Pois, se compreendidas como regras, adequada a teoria interna, do contrário, ao entender os direitos fundamentais como princípios estar-se-á-se diante da teoria externa. Ou seja, se os direitos fundamentais forem considerados como posições definitivas ou *prima facie*.<sup>41</sup>

Conclui Alexy, que “restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental<sup>42</sup>”. Portanto, as restrições de direitos fundamentais são normas e são necessariamente constitucionais.

As normas restritivas advêm direta ou indiretamente da Constituição. As primeiras dizem respeito a comandos que constem da própria constituição enquanto as segundas advêm de normas infraconstitucionais. Porém, há de se ressaltar que restrições só são válidas de mesma hierarquia da constituição, pois mesmo as contidas nas normas infraconstitucionais, foram previstas pela constituição. Ou seja, são normas que atendem ao comando constitucional de regulamentação.<sup>43</sup>

Para fazer um paralelo com nossa Constituição, pode-se exemplificar como restrição diretamente constitucional o comando prescrito no art. 5º, inciso XVI,

---

<sup>39</sup> ROBERT, *op. Cit.*

<sup>40</sup> ROBERT, *op. Cit.*

<sup>41</sup> ROBERT, *op. Cit.*

<sup>42</sup> ROBERT, *op. Cit.*

<sup>43</sup> ROBERT, *op. Cit.*

da CF/88. Nesse artigo prevê-se o direito de reunião, porém restringido pela própria norma: a reunião deve ter fins pacíficos, não armado e não frustrar outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local e, ainda, que seja pré-avisada a autoridade competente. Quanto à perspectiva interna pode-se verificar, por exemplo, a prescrição do art. 5º, inciso XVII, da nossa Constituição vigente, que ao assegurar a plena liberdade de associação para fins lícitos, os quais são estabelecidos pelo legislador ordinário.<sup>44</sup>

Conclui o autor, em relação às categorias de restrições a direitos fundamentais:

[...] alguém que defenda uma teoria individualista do Estado e da sociedade tenderá mais à teoria externa, enquanto alguém para o qual o importante é o papel de membro ou participante de uma comunidade tenderá mais para a teoria interna.<sup>45</sup>

Alexy alerta para a existência de um núcleo essencial do conteúdo dos direitos fundamentais em relação a uma limitação às restrições. Segundo ele, há um significado duplo e em pares. O primeiro par diz respeito ao sentido objetivo ou subjetivo e um segundo par trata das correntes de interpretação do núcleo essencial nas perspectivas do absoluto ou relativo.<sup>46</sup>

Em relação à corrente sustentada numa situação objetiva, Alexy põe a exemplo o posicionamento de Friedrich Klein, pelo qual:

O art. 19, §2º [refere-se à Constituição Alemã] proíbe 'que a validade de uma disposição de direito fundamental seja de tal forma reduzida que se torne insignificante para todos os indivíduos ou para a maior parte deles ou ainda para a vida social'. [...] A teoria objetiva pode até coexistir com as interpretações da teoria subjetiva, mas não poderá substituí-la"<sup>47</sup>.

O segundo par diz respeito a uma subdivisão da teoria subjetiva que pode ser relativa ou absoluta. Segundo o autor, as decisões de direito fundamental estão associadas à garantia do "conteúdo essencial a posições individuais"<sup>48</sup>. Nesse sentido, ele se apoia no posicionamento de que o limite as restrições é relativo, pois

<sup>44</sup> BRASIL. Constituição(1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2013.

<sup>45</sup> ROBERT, *op. Cit.*

<sup>46</sup> ROBERT, *op. Cit.*

<sup>47</sup> ROBERT, *op. Cit.*

<sup>48</sup> ROBERT, *op. Cit.*

“o conteúdo essencial é aquilo que resta após o sopesamento<sup>49</sup>”. As restrições devem respeitar a máxima da proporcionalidade, respeitada essa máxima não há violação a “garantia do conteúdo essencial nem mesmo se, no caso concreto, nada restar do direito fundamental”<sup>50</sup>.

Após a explanação acima é momento de se saber o âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Ainda na linha de Robert Alexy, a análise da dimensão positiva da garantia dos direitos fundamentais situa-se em dois grandes conceitos: “o conceito de suporte fático dos direitos fundamentais<sup>51</sup>” e o conceito de âmbito de proteção desses direitos. Para se construir esse âmbito de proteção são necessários três elementos: bem protegido, intervenção e restrição<sup>52</sup>.

A estrutura que compreende a proteção é resumida, por Alexy, numa relação de sopesamento por enunciados que ele denominou de leis de intervenção.

(I) Todas as medidas que sejam intervenções em um bem protegido por um direito fundamental são *prima facie* proibidas pelo direito fundamental.

(II) Todas as medidas que sejam intervenções em um bem protegido por um direito fundamental, e que não sejam justificadas por uma restrição, são definitivamente proibidas pelo direito fundamental.<sup>53</sup>

Decorrem dessas duas premissas, as seguintes:

(I) Todas as medidas que não sejam *prima facie* proibidas pelos direitos fundamentais não constituem intervenções em um bem protegido por um direito fundamental.

(II) Todas as medidas que não sejam definitivamente proibidas pelos direitos fundamentais ou não constituem intervenções em um bem protegido por um direito fundamental ou estão justificadas por meio de uma restrição.<sup>54</sup>

Com essa construção, Alexy amplia o âmbito de proteção e consequentemente amplia também o número de colisões. Apesar do aumento no número de colisões, o autor torna mais elaborada a utilização do princípio da proporcionalidade, como instrumento de efetivação da busca do justo na interpretação dos direitos fundamentais.

---

<sup>49</sup> ROBERT, *op. Cit.*

<sup>50</sup> ROBERT, *op. Cit.*

<sup>51</sup> ROBERT, *op. Cit.*

<sup>52</sup> ROBERT, *op. Cit.*

<sup>53</sup> ROBERT, *op. Cit.*

<sup>54</sup> ROBERT, *op. Cit.*

## 2.4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Aristóteles já concebia, em sua época, que “o justo é, por conseguinte, uma espécie de termo proporcional. A percepção da “justa medida” ou da “justa proporção”, no direito advém da filosofia clássica da antiguidade, obtendo, enorme destaque, principalmente com o surgimento do garantismo negativo do direito penal, no Estado de Direito da Modernidade”.<sup>55</sup>

Roberto Barroso, infere, dessarte, que o princípio da proporcionalidade está atrelado à garantia do devido processo legal do direito anglo-saxão, tendo matriz na cláusula *law of the land*, prescrita na Magna Carta de 1.215<sup>56</sup>. No entanto, no âmbito do Direito Penal, a proporcionalidade “está diretamente associada a Beccaria que advoga a proporcionalidade da pena à desaprovação do delito cometido.”<sup>57</sup>

No Brasil, prevalece o princípio da proporcionalidade concernente ao direito de liberdade individual - à garantia penal em sua dimensão negativa, prevista no art. 5º, inciso LIV da Constituição de 88<sup>58</sup>. No entanto, o enfoque desse trabalho é a garantia da proteção eficiente fundada na dimensão positiva do princípio da proporcionalidade.

O Princípio da proporcionalidade é basilar no direito penal. Paulo Queiroz, citado em artigo da revista IBCCRIM, ensina que:

“Tudo em direito penal é uma questão de proporcionalidade, desde a sua existência mesma, passando pelos conceitos de erro de tipo, de legítima defesa, de coação irresistível, incluindo toda controvérsia em derredor da responsabilidade penal da pessoa jurídica, até chegar às causas de extinção de punibilidade”<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo:Ed. Martin Claret. 2005-11-25.

<sup>56</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.São Paulo: Ed. Saraiva., 2009.p.20-45.

<sup>57</sup> BECCARIA, Cesare de. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Ed. Quartier Latin. 2005.

<sup>58</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2013.

<sup>59</sup> BARBOSA, Aldeleine Melhor. Proporcionalidade no Direito Penal e Processual Penal: da Teoria à Prática. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. IBCCRIM. Ano 18. nº 217. dez 2010. (Apud QUEIROZ. Paulo. *Direito Penal: parte geral*. 6ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2010).

Para Alexy, há uma correlação estreita entre a máxima da proporcionalidade e a teoria dos princípios fundamentais. Segundo esse autor “a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade e essa implica aquela<sup>60</sup>.” A proporcionalidade é meio utilizado para resolução das tensões entre os princípios. Assim, a proporcionalidade, subdividida em três máximas parciais – da adequação, da necessidade e da proporcionalidade. Na nota do tradutor da obra Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, Aurélio Virgílio explica porque utilizou a palavra máxima:

“Mas uma breve explicação acerca da escolha da tradução de alguns termos importantes da obra parece-me necessária. Talvez a mais importante diz respeito aos termos 'Prinzip', 'Grundsatz' e, em alguns contextos, 'Satz'. Os dois primeiros, em português, podem ser traduzidos pelo termo 'princípio'. Ocorre que, em alguns momentos, há uma deliberada escolha do autor pelo uso de um ou de outro, justamente para marcar uma diferença que a ele pareceu necessária. O caso mais importante está ligado à idéia de proporcionalidade. Alexy evita denominá-la de princípio ('Prinzip'), justamente para evitar confusões em relação ao seu conceito de princípio como espécie de norma contraposta à regra. Não pretendo entrar, aqui, na discussão acerca de como classificar a proporcionalidade. Há suficiente bibliografia em português sobre isso. Mas, para reproduzir a opção do autor – de intencionalmente usar dois termos distintos – escolhi traduzir 'Grundsatz' por 'máxima da proporcionalidade'.<sup>61</sup>

A adequação não carece de muita explicação, pois depende da necessidade e diz respeito a qual princípio é mais adequado, na aplicação do caso concreto. A necessidade é concernente ao meio menos gravoso, a ser utilizado ao fato em análise. E por último, a proporcionalidade, “em sentido estrito<sup>62</sup>” diz respeito ao mandamento de ponderação de forma estrita. Verifica-se, portanto que os dois primeiros são decorrentes dos fatos, enquanto o terceiro, a proporcionalidade, dependente da possibilidade jurídica<sup>63</sup>.

Esses subprincípios ou máximas parciais são decorrentes, pela lógica, da natureza dos princípios. Ou seja, a classificação de normas fundamentais como princípios – “mandamentos de otimização<sup>64</sup>” é fundamental para que se afirme que, para a interpretação dos princípios, por serem mandamentos de otimização, está no âmbito do sopesamento, o qual decorre da relativização em face das possibilidades

<sup>60</sup> ROBERT, *op. Cit.*

<sup>61</sup> ROBERT, *op. Cit.*

<sup>62</sup> ROBERT, *op. Cit.*

<sup>63</sup> ROBERT, *op. Cit.*

<sup>64</sup> ROBERT, *op. Cit.*

jurídicas diante do fato.<sup>65</sup>

Isso significa que quando duas normas de direito fundamental, ambas com caráter de princípios colidem, faz-se necessário o sopesamento, decidindo referida questão com a aplicação da lei de colisão: “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência <sup>66</sup>”. Esse sopesamento advém do caráter principiológico dos princípios de direito fundamental, que em colisão, leva-se em conta o princípio a que se colidiu, e se dará pela “máxima da proporcionalidade em sentido estrito<sup>67</sup>”:

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas.<sup>68</sup>

Assim, os subprincípios da necessidade e adequação são aplicados, levando-se em conta os fatos. Já o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, depende da possibilidade jurídica aplicada ao caso concreto.

---

<sup>65</sup> ROBERT, *op. Cit.*

<sup>66</sup> ROBERT, *op. Cit.*

<sup>67</sup> ROBERT, *op. Cit.*

<sup>68</sup> ROBERT, *op. Cit.*

### 3 A PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA – ART. 366 DO CPP

É perceptível que, passados mais de quinze anos da modificação do art. 366 do Código de Processo Penal, ainda há na jurisprudência brasileira profundas discussões jurídico-dogmática a respeito da aplicação da suspensão do processo e do curso do prazo prescricional do réu revel. Não se concretizou ainda a necessária decantação de posicionamento da *praxis* jurídica, para uma interpretação uniforme e aplicação pacífica do conteúdo normativo.

#### 3.1 O ADVENTO DA LEI 9.271/96

Segundo Nucci, a mudança do art. 366 do CPP, é reivindicação antiga da doutrina, trazida pela Lei 9.271/96, a qual alterou antiga leitura desse artigo que levava a cabo o processo, podendo findar até o trânsito em julgado da sentença condenatória, quando da citação ficta do acusado.<sup>69</sup>

Esta é a redação anterior a Lei 9.271/96 do CPP:

O processo seguirá à revelia do acusado que, citado inicialmente e ou intimado para qualquer ato do processo, deixar de comparecer sem motivo justificado.<sup>70</sup>

Com a referida redação, poderiam ocorrer erros judiciários, no caso, por exemplo, de documentos furtados e utilizados por outra pessoa para cometimento de delito. O proprietário do documento, se julgado e condenado, responderia por um crime que não cometeu. Esse erro poderia acontecer de somente ser corrigido, após o trânsito em julgado, e aí só caberia a revisão criminal. Dessa forma, já se teria causado enorme prejuízo a um inocente que teve efetivamente sua liberdade cerceada. Com a conseqüente impossibilidade de exercer o seu direito constitucional de ampla defesa e do contraditório.<sup>71</sup>

<sup>69</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 7.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p.649-657.

<sup>70</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 12 ago. 2013.

<sup>71</sup> NUCCI, *op. Cit.*

Assim, a nova redação corrigiu o desacerto anterior, determinando que o réu citado por edital não seja processado, se não tiver certeza de que foi cientificado da ação que corre contra ele.<sup>72</sup> Se garante, dessarte, a defesa do réu quando ele aparecer e, em tese, não se traz prejuízo à persecução penal, uma vez que suspenso o curso do prazo prescricional. Essa última questão será debatida em capítulo diverso, por ser a hipótese principal do trabalho.

Eugênio Pacceli entende desnecessária a declaração do juízo para suspender o prazo e a prescrição, “porque decorrente de lei expressa<sup>73</sup>”. Nucci tem outro entendimento a respeito do assunto, para ele se não houver manifestação do juízo perder-se-á o controle do ato correccional ou do recurso cabível. É esse o entendimento pertinente aos possíveis recursos, no ensinamento de NUCCI:

Se por alguma razão o juiz determinar a suspensão do feito ou deixar de fazê-lo, quando for o caso, cabe, em nosso entendimento, a interposição de correição parcial, pois haverá tumulto ao deslinde do processo. Em contrário, há quem sustente ser aplicável, por interpretação extensiva, o recurso em sentido estrito, conforme art. 581, XVI (suspensão do processo em virtude de questão prejudicial).<sup>74</sup>

A doutrina [por esse entendimento Nucci, Pacceli e Távora, entre outros] entende que a modificação ocorrida no art. 366 do Código de Processo Penal veio garantir ao réu os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, pois na citação ficta é grande a probabilidade de o réu não ter ciência da ação penal que corre contra si.

### 3.2 HIPÓTESES DE SUSPENSÃO

A revelia e a conseqüente suspensão do processo penal se dá pela não efetivação, em tese, da relação processual entre Estado e réu. Este não toma conhecimento formal da acusação que lhe é imposta, pela denúncia ou queixa, porque a citação é feita de forma ficta, por edital.

---

<sup>72</sup> NUCCI, *op. Cit.*

<sup>73</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008. P.487-490.

<sup>74</sup> NUCCI, *op. Cit.*

A citação é o chamado do réu ao juízo, dando-lhe conhecimento do ajuizamento da ação penal, para que exerça sua defesa, tanto a técnica quanto a pessoalmente, da imputação de prática infracional.<sup>75</sup> Acrescenta Nucci, como lembrete:

Trata-se de um corolário natural do devido processo legal, funcionalmente desenvolvido através do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV). Aliás, podemos dizer que a citação é o instrumento mais evidente tanto do contraditório como da ampla possibilidade de defesa, pois sem ciência da ação penal seria inviável qualquer manifestação do réu.<sup>76</sup>

Nestor Távora, diz que “a revelia é a rebeldia do acusado<sup>77</sup>”. E, quando declarada tal revelia, o réu sofrerá os efeitos dela decorrente, qual seja, não mais será intimado dos atos processuais subsequentes, salvo da sentença. Contudo o comparecimento do réu ao processo fará cessar a revelia, mas não serão anulados os fatos produzidos na sua ausência.<sup>78</sup>

Távora descreve a previsão da revelia constante do Código de Processo Penal:

[...]  
(1) no âmbito do júri, quando o acusado, regularmente intimado, deixar de comparecer à sessão de julgamento, nos termos do art. 457 (redação dada pela Lei 11.689/2008) [...] (2) em todo caso, quando o réu, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato processual, deixar de comparecer sem motivo justificado ou, na hipótese de alteração de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo (Art. 367).<sup>79</sup>

Há de se registrar, ainda, que a revelia tem como efeito a quebra da fiança, ou seja, o réu pagará a metade do valor recolhido a título de fiança, ainda que absolvido, ao final do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.<sup>80</sup>

Porém, observa Távora:

[...] a revelia não importa confissão ficta, que não deve ser aplicada em matéria penal, nem obsta que o acusado participe, depois, dos mais atos processuais, quando, a partir de então, passará novamente a ser intimado dos atos seguintes.<sup>81</sup>

<sup>75</sup> NUCCI, *op. Cit. op. Cit.*

<sup>76</sup> NUCCI, *op. Cit.*

<sup>77</sup> TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 2. ed. Bahia: Ed. Jus Podivm., 2009. p. 649-653.

<sup>78</sup> TÁVORA, *op. Cit.*

<sup>79</sup> TÁVORA, *op. Cit.*

<sup>80</sup> TÁVORA, *op. Cit.*

<sup>81</sup> TÁVORA, *op. Cit.* 487-489.

A revelia não pode ter como resultado a confissão ficta, pois no âmbito penal, tem-se como peculiaridade a indisponibilidade do direito. Isso ocorre tendo em vista o bem objeto de proteção ser do interesse eminentemente público. Por isso, o réu, a qualquer momento que comparecer ao processo não sofrerá prejuízo ao seu direito de defesa.<sup>82</sup>

### 3.3 REQUISITOS

A revelia declarada pelo juiz, o qual suspende o processo e o prazo prescricional do réu citado por edital, que não comparece, nem constitui advogado, terá como efeito o não andamento normal do curso do processo enquanto perdurar sua ausência. Pode, no entanto, o juiz, determinar a produção das provas que considerar urgente, e se for o caso, decretar a prisão preventiva, desde que satisfeitas os pressupostos do artigo 312 do CPP.<sup>83</sup>

Paceli destaca a impropriedade do termo “comparece” e faz o reparo:

“com a Lei 11.719/08, o interrogatório não é mais o primeiro ato do processo penal. O réu é citado para a apresentação de defesa escrita e não mais para comparecer ao interrogatório. Aliás, esse, o interrogatório, é o último ato a ser realizado na audiência de instrução. Assim, deve-se ler o art. 366, do CPP, substituindo-se a expressão 'comparecer' por 'apresentar defesa escrita'.<sup>84</sup>

Assim, a nova redação prescreve a suspensão do processo penal em virtude da não formação da relação entre Estado e réu. Ou seja, para suspensão do processo pressupõe-se a citação ficta, feita por edital e que o réu não compareça nem constitua defesa técnica.

---

<sup>82</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: ed. Malheiros, 2010. p.72-73

<sup>83</sup> BRASIL. **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: 12 ago. 2013.

<sup>84</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008. P.487-490.

### 3.4 POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL

A controvérsia diz respeito ao bem juridicamente protegido pelo Direito Penal. Constata-se uma polarização entre os juristas de formação neoliberal, que defendem um Direito Penal mínimo, na vertente apenas da proteção do indivíduo em relação ao Estado. E, de outro, os juristas que reconhecem na prova testemunhal, instrumento de suma importância no deslinde da busca da verdade real. Estes afirmam que o decurso do tempo é suficiente para arruinar mencionada prova.

#### 3.4.1 Supremo Tribunal Federal

A alegação dos que defendem como urgente a prova testemunhal pela sua própria natureza é a perda da persecução penal pelo decurso do tempo, porque a memória humana, por ser seletiva, tende a esquecer os fatos mais antigos. Demais disso, suspende-se o processo e não se sabe quando o réu irá comparecer ou ser detido, se decretada a prisão preventiva.

O confronto dessas ideologias restou evidenciado no julgamento do HC nº 87.309. De um lado, o posicionamento do relator, Ministro Joaquim Barbosa, voto vencido, que defendeu a necessidade da antecipação da prova testemunhal, pelo risco de perecimento da prova pelo decurso do tempo, conforme transcrição do trecho a seguir:

De fato, não parece absurdo o pedido de antecipação de prova pelo *parquet* estadual de forma a garantir a integridade das informações a serem prestadas pelas testemunhas indicadas pela acusação, informações estas tidas por essenciais para embasamento de futuro julgamento acerca da questão. Do contrário, estar-se-ia legitimando a possibilidade de se prejudicar a produção de prova oral pelo simples fato de o réu, evitando sua citação e não indicando defensor, apresentar-se como revel, e assim motivar a suspensão do processo.

A produção de provas na presente hipótese, não prejudicaria o réu, que teria, futuramente, a possibilidade de contestar, inclusive valendo-se de suas próprias provas orais. Por outro lado, o simples indeferimento dessa produção poderá ocasionar prejuízos ao Ministério Público, o qual não poderá contar com testemunhas que recentemente vivenciaram os fatos

acerca dos quais trata o processo.<sup>85</sup>

De outro lado, defende o Ministro Cezar Peluso, utilizando-se da hermenêutica garantista - no sentido da defesa do direito individual tão-somente em sua vertente negativa - proteção do indivíduo contra o Estado - que a antecipação das provas amparada, na perda da memória dos fatos pelo decurso do tempo, contraria os princípios do contraditório e da ampla defesa, prescritos nos incisos LV, do art. 5º da Constituição Federal:

[...]

Pois bem, o cerne do tema, neste caso, está em saber quais seriam as provas cuja produção pode ser antecipada, ou seja, quais as provas que, devendo, a título de urgentes, serem produzidas na ausência do réu ou de seu defensor, escapariam à incidência da regra constitucional do contraditório e da ampla defesa. Isso pressupõe desde logo que cumpre ao juiz apurar e discernir as provas reputadas urgentes, mas também importa indagar, na espécie, se a prova testemunhal é urgente por natureza e se, como tal, exigiria produção antecipada em todo e qualquer processo.

O argumento nevrálgico dos que defendem ou subentendem a prova testemunhal, na hipótese de que se cogita, essa urgência automática, capaz de lhe justificar sempre a colheita antecipada, diz com as vicissitudes do transcurso do tempo, no sentido de que, como não há meios de prever quando nem se o réu ou seu defensor comparecerão ao juízo, teriam elas caráter de inexorável prejuízo à apuração processual.

Não convence. A prova testemunhal é, todos concordam, precária, decerto a mais precária das provas, mas é o menos por força da distância temporal entre o fato e o testemunho em juízo do que pelas notórias e insuperáveis deficiências da capacidade humana de perceber, reter e relatar o passado com fidedignidade. O testemunho, posto que isento e insuspeito, nunca é constituição viva, nem sequer retrato da história, cujo distanciamento tende apenas a agravar-lhe a inata imperfeição. E é esta a razão mesma por que lhe não atribui a lei processual, como princípio, nenhuma precedência singular na ordem dos atos instrutórios. Se fora urgente por natureza, mandaria a lógica que antecedesse sempre à própria instauração do processo, despindo-se de cunho excepcional que tem na produção antecipada e na produção *ad perpetuam rei memoriam*<sup>86</sup>.

Infere-se da análise da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o posicionamento desse Tribunal é no sentido de que a prova testemunhal não tem natureza, por si só, urgente. A análise da produção antecipada da prova deve ser

<sup>85</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 83.709/SP. Relator Originário: Ministro Joaquim Barbosa. Relator para o acórdão Ministro Cezar Peluso. 1ª Turma. Julgado em 30.03.2004. Publicação em 1º.07.2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?>> Acesso em 15/05/2013.

<sup>86</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 83.709/SP. Relator Originário: Ministro Joaquim Barbosa. Relator para o acórdão? Ministro Cezar Peluso. 1ª Turma. Julgado em 30.03.2004. Publicação em 1º.07.2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?>>. Acesso em 15/05/2013.

feita caso a caso. Nesse sentido trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento do HC nº 93.157:

Toda produção antecipada de provas, realizada nos termos do art. 366 do código de Processo Penal, está adstrita à sua necessidade, devidamente fundamentada.

A apreciação da conveniência quanto à realização das provas submete-se aos pressupostos previstos em lei, e não obstante haja um considerável grau de discricionariedade do magistrado para justificá-la, é imprescindível que a fundamentação se baseie em elementos dos autos que, no mínimo, indiquem a real possibilidade de perder-se a prova.<sup>87</sup>

Percebe-se, então, que a parca jurisprudência na Corte Maior, é no sentido de uma análise ao caso concreto, não se permitindo ao juiz, fundamentar a produção da prova em abstrato, pela falibilidade da memória humana, decorrente do tempo.

### 3.4.2 Superior Tribunal de Justiça

Apesar do Enunciado da Súmula nº 455 da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, publicada em setembro de 2011, objetivando a pacificação da jurisprudência, constata-se que não se efetivou o efeito desejado. Nem, ao menos, na própria Corte da Cidadania onde há posicionamento diverso ao sumulado. A controvérsia pode ser conferida da análise realizada, nesta seção, nas decisões daquela Corte. A súmula 455 do STJ tem a seguinte redação: “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 decurso do tempo”<sup>88</sup>.

O dissenso pode ser cotejado, pela decisão da Quinta Turma daquele Tribunal, voto do Ministro Jorge Mussi, no HC nº 183.056. A decisão funda-se na falibilidade da memória humana e no caráter de urgência inerente a prova testemunhal, cuja ementa se transcreve:

[...]

<sup>87</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº HC 93157/SP. Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI Relator(a) p/ Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Julgamento: 23/09/2008. Órgão Julgador: Primeira Turma. <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?>>. Acesso em 15/05/2013.

<sup>88</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 455. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?>> Acesso em 15/05/2013.

1. Não obstante o enunciado nº 455 da Súmula desta Corte de Justiça disponha que "a decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo", a natureza urgente ensejadora da produção antecipada de provas, nos termos do citado artigo, é inerente à prova testemunhal, tendo em vista a falibilidade da memória humana, motivo pelo qual deve ser colhida o quanto antes para não comprometer um dos objetivos da persecução penal, qual seja, a busca da verdade dos fatos narrados na denúncia.
2. Não há como negar o concreto risco de perecimento da prova testemunhal tendo em vista a alta probabilidade de esquecimento dos fatos distanciados do tempo de sua prática, sendo que detalhes relevantes ao deslinde da questão poderão ser perdidos com o decurso do tempo à causa da revelia do acusado.
3. O deferimento da realização da produção antecipada de provas não traz qualquer prejuízo para a defesa, já que, além do ato ser realizado na presença de defensor nomeado para o ato, caso o acusado compareça ao processo futuramente, poderá requerer a produção das provas que entender necessárias para a comprovação da tese defensiva.
4. Na hipótese vertente, o temor na demora da produção de prova se justifica, ainda, pelo fato do suposto delito narrado na denúncia ter ocorrido em 2009, isto é, há mais de 2 (dois) anos, correndo-se enorme risco de que detalhes relevantes do caso se percam na memória das testemunhas, circunstância que evidencia a necessidade da medida antecipatória.
5. Ordem denegada<sup>89</sup>.

Conclui-se que mesmo após o Enunciado da Súmula 455 o estudo da decisão acima evidencia a controvérsia da questão que, pelo visto, continuará. No caso em tela, a turma posicionou-se sob o fundamento de que a memória humana é falível e seletiva, tende a esquecer os fatos mais antigos. Por isso, deve produzir-se antecipadamente a prova testemunhal.

### **3.4.3 Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**

Não há um posicionamento consolidado também no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. O dissenso pretoriano está presente nas decisões das duas Turmas Criminais. Contata-se do estudo que na Primeira Turma pode ser verificado-se dois comportamentos: anteriormente a Súmula 455 do Superior Tribunal de Justiça tinha assento o entendimento de que a prova testemunhal é urgente pela sua natureza e o decurso do tempo é justificativa suficiente para antecipação da produção da prova.

---

<sup>89</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 186.053/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 14/04/2011, DJe 04/05/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?>>. Acesso em 15/05/2013.

[...]

Admite o artigo 366 do Código de Processo Penal a produção antecipada de provas consideradas urgentes, dentre as quais a testemunhal, principalmente se relevante para o processo, como no caso, em que dista o fato dois anos e há testemunha policial militar.

A prova testemunhal, por sua própria natureza e dispensando 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. É o próprio Código de Processo Penal, por seus artigos 92 e 93, que reconhece, com todas as letras, a urgência da prova testemunhal, por isso dispensando fundamentação específica.

Antever-se prejudicialidade ao direito de locomoção do paciente com a antecipação da prova 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 paciente.

Não procede, de outra parte, o argumento de violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa. A uma, porque a defesa técnica atua, acompanhando a prova. A duas, porque, colhida a prova, comparecendo o paciente, terá o direito de requerer sua repetição, caso do seu interesse. Habeas corpus denegado<sup>90</sup>.

I. A antecipação de provas é medida excepcional. Não deve ser rotina nos casos de réu citado por edital, mas providência resultante da avaliação do risco concreto de perecimento das informações necessárias ao êxito da persecução penal.

II. Ordem denegada.

[...]

A medida é providência resultante da avaliação do risco concreto de perecimento das informações necessárias ao êxito da persecução. Os fatos foram praticados há mais um ano. Estreme de dúvidas que a procrastinação na coleta dos depoimentos contribuirá para a imperfeição da prova, em detrimento do princípio da verdade real.

Como consignei na apreciação da liminar, não há como saber se as testemunhas arroladas na denúncia são os policiais rodoviários federais que atenderam a ocorrência de trânsito. Se confirmado, o perigo do esquecimento é premente, pois os agentes do Estado são expostos diuturnamente a inúmeros ilícitos semelhantes<sup>91</sup>.

Após a publicação do aludido enunciado da Corte Cidadã, passou a Primeira Turma a fundamentar a análise ao caso concreto, ainda que o posicionamento seja pela concessão da produção da prova, a fundamentação tomou nova configuração para que seja analisado cada caso e não mais somente pela natureza de urgência inerente a prova testemunhal. Eis, a título de exemplo, julgado sobre o assunto:

<sup>90</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Habeas Corpus nº 20090020163118HBC, Relator Mario Machado. 1ª Turma Criminal, julgado em 26/11/2009, DJ 08/02/2010 p. 175). Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/juris/juris3.asp>> Acesso em 15/05/2013

<sup>91</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Habeas Corpus nº 20100020084553HBC, Relator SANDRA DE SANTIS, 1ª Turma Criminal, julgado em 05/07/2010, DJ 18/08/2010 p. 92. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/juris/juris3.asp>> Acesso em 15/05/2013

[...]

I. A antecipação de provas é medida excepcional. Não deve ser rotina nos casos de réu citado por edital, mas providência resultante da avaliação do risco concreto de perecimento das informações necessárias ao êxito da persecução penal.

II. Ordem denegada<sup>92</sup>.

Noutro vértice, a Segunda Turma Criminal do Tribunal em comento sustenta que a antecipação da prova deve ser examinada caso a caso. Veja os precedentes dessa Turma, a seguir transcritos:

1. Apesar de a Defesa não ter sido intimada da decisão que determinou a produção antecipada de provas e da designação da correspondente audiência, não houve prejuízo às partes. Com efeito, em relação à decisão que determinou a antecipação da produção de provas, a Defesa está tendo a oportunidade de impugnar tal decisão no presente habeas corpus, de modo que não há que se falar em violação da ampla defesa ou do contraditório. Igualmente, a Defensoria Pública participou da audiência de produção antecipada de provas. Assim, diante do princípio *pás de nullité sans grief*, não há como reconhecer a existência de qualquer nulidade processual.

2. A produção antecipada de provas é possível sempre que, atendidos os requisitos do artigo 366 do Código de Processo Penal, for demonstrada, mediante decisão motivada, a urgência da medida, com apoio nas circunstâncias do caso concreto, o que não ocorreu *in casu*. Deve, pois, ser anulada a decisão que determinou a antecipação da prova.

3. Quanto à prisão preventiva, os fundamentos utilizados pela douta autoridade impetrada, no sentido de o processo estar suspenso e de a produção antecipada de provas restar comprometida sem a presença do acusado, não constituem motivos aptos a ensejar a segregação cautelar. De fato, a legislação vigente não considerou que a não localização do réu, citado por edital, impediria, por si só, a aplicação da lei penal, pois, se assim entendesse, teria determinado a obrigatoriedade da prisão preventiva em todos os casos de revelia e suspensão do processo.

4. De igual forma, em relação aos registros na folha penal do paciente, observa-se que se referem a processos já arquivados, sendo que apenas um (vias de fato) se refere a inquérito ainda em curso. Assim, o fundamento de existência de outras ocorrências policiais não autoriza, no caso concreto, a prisão preventiva, pois não restou caracterizada a reiteração criminosa do paciente.

5. No que tange ao fundamento de que o paciente se evadiu do distrito da culpa, vale destacar que não há prova nos autos nesse sentido. Com efeito, embora a douta autoridade impetrada se refira ao relatório policial de fls. 97/98, tal documento apenas relata que não foi possível localizar o paciente nos endereços diligenciados, mas não traz nenhum elemento que indique ter havido fuga. Dessa forma, não se pode afirmar, com base em presunção e sem motivação concreta, que o paciente tenha se evadido do distrito da culpa.

6. Ordem parcialmente concedida para declarar a nulidade da decisão que determinou a produção antecipada de provas e para revogar a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, recolhendo-se o mandado de prisão, sem prejuízo de que outras decisões, devidamente fundamentadas,

<sup>92</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Habeas Corpus nº 20100020186897HBC, Relator SANDRA DE SANTIS, 1ª Turma Criminal, julgado em 25/11/2010, DJ 02/12/2010 p. 231. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/juris/juris3.asp>>. Acesso em 15/05/2013

sejam proferidas.<sup>93</sup>

1. A antecipação de prova é medida excepcional, e permiti-la sem fundamentar sua real necessidade, pode implicar em admiti-la como regra, em todos os casos em que há suspensão do processo e não comparecimento do réu.
2. A produção antecipada da prova testemunhal deverá ser demonstrada ante situação concreta, conforme precedente do excelso STF (RHC 85311/SP).
3. Ordem concedida<sup>94</sup>.

Dessa forma, perceptível a controvérsia da questão em todas as instâncias do Judiciário Brasileiro. Para trazer mais argumentos, na seção seguinte far-se-á o estudo das provas, objetivando o alcance da verdade real – princípio norteador do processo penal. E, especificamente a importância e hierarquia da prova testemunhal para o processo penal.

### 3.5 DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

Para Pacelli, a prova constituída no processo judicial tem finalidade bem delineada:

A reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.<sup>95</sup>

Originado do latim *probatio*, o termo prova significa, segundo NUCCI “ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação”<sup>96</sup>. Do latim *probatio* deriva do verbo *probare* – provar -, definido por Nucci como, “ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar

<sup>93</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Habeas Corpus nº 20090020172887HBC, Relator Roberval Casemiro Belinati, 2ª Turma Criminal, julgado em 17/12/2009, DJ 24/02/2010 p. 211. disponível em <<http://www.tjdft.jus.br/juris/juris3.asp>>. Acesso em 15/05/2013

<sup>94</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Classe de Processo:20100020023711HBC, Relator Silvano Barbosa dos Santos. 2ª Turma Criminal, julgado em 18/03/2010, DJ 14/04/2010 Disponibilizado no Dj-e: 13/10/2010. disponível em <<http://www.tjdft.jus.br/juris/juris3.asp>>. Acesso em 15/05/2013

<sup>95</sup> OLIVEIRA.,Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008. p.281-294.

<sup>96</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.,2011. p.642-653.

satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar<sup>97</sup>”.

De início, historicamente, o Direito buscou a verdade para construção dos fatos, experimentando distintos métodos: desde as ordálias aos juízos dos deuses<sup>98</sup>. Um exemplo é o da idade média em que se encarregava aos deuses a decisão de condenação ou de absolvição do acusado. Pois, submetidos a determinado suplício, por exemplo: jogado à água fria ou obrigados a andar descalços em brasas, se saísse ileso seria inocente, do contrário seria condenado:

[...] [no sistema ordálio a prova da água fria constituía em] jogado o indiciado à água, se submergisse, era inocente, se viesse à tona seria culpado[...] [o exemplo do ferro em brasa constituía de o culpado], com os pés descalços, teria que passar por uma chapa de ferro em brasa. Se nada lhe acontecesse, seria inocente; se se queimasse, sua culpa seria manifesta.<sup>99</sup>

Dessa verdade revelada pelos Deuses, hoje a prova é produzida a partir de um elenco de elementos produzidos de forma racional, sob o manto dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. A evolução da processualização teve início a partir do século XVIII. Desde então, o processo penal se ocupou da busca da verdade, ao reconstruir os fatos delituosos, ora com os olhos voltados à segurança pública, ora para o indivíduo. Mormente, neste último caso, quando o acusado passou de objeto do processo a sujeito de direito no processo<sup>100</sup>.

Segundo Nucci, são três as acepções fundamentais, para o termo prova, significando: I) ato de provar: dizendo respeito ao rito buscado pela parte para demonstrar a verdade dos fatos alegados; II) meio: é instrumento utilizado pelas partes e pelo juízo envolvidos na busca da verdade real, exemplo a prova testemunhal; III) resultado *da* ação de provar: é efeito dos dois anteriores, pois resulta da extração dos dados trazidos ao processo, de onde o juiz prolatará a sentença<sup>101</sup>.

<sup>97</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 642-653.

<sup>98</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008. p.281-294.

<sup>99</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008. p.281-294

<sup>100</sup> OLIVEIRA, *op. Cit.*

<sup>101</sup> NUCCI, *op. Cit.*

Antonio Magalhães Gomes Filho, informa que os dois primeiros aspectos: ato de provar e meio, dizem respeito a parte objetiva do sistema probatório, enquanto o último aspecto diz respeito à dimensão subjetiva.<sup>102</sup>

Vale ressaltar que no direito processual penal busca-se a verdade real, também denominada de material, real ou substancial, fazendo contraponto com a verdade formal do processo civil. Assim, Malatesta, citado por Nucci, conceitua verdade como “a conformidade da noção ideológica com a realidade<sup>103</sup>” e faz um confronto com o conceito de certeza: segundo o mesmo autor, certeza é “a crença nessa conformidade, provocando um estado subjetivo do espírito ligado a um fato”. Acrescenta Nucci, ao citar Carrara: “a certeza está em nós; a verdade está nos fatos<sup>104</sup>”. Assim, ao prolatar a sentença o magistrado alcançou a certeza necessária para proferir referida decisão.

Meios de prova, são todos os recursos aptos a alcançarem a verdade dos fatos no processo penal. Clariá Olmedo, citado por Nucci, avisa que os meios de prova é:

O método ou procedimento pelo qual chegam ao espírito do julgador os elementos probatórios, que geram um conhecimento certo ou provável a respeito de um objeto do fato criminoso.<sup>105</sup>

Quanto à forma de produção, as provas podem ser lícitas ou ilícitas. Estas são aceitas no ordenamento jurídico brasileiro enquanto àquelas são repudiadas pelo nosso ordenamento. Não podendo, portanto, o juízo considerar para sua convicção, as provas ilícitas. Elas (as provas ilícitas) não são apenas as que contrariam a lei, mas também as que ferem os princípios gerais do direito, as imorais, antiéticas ou que atentem à dignidade da pessoa humana ou a sua liberdade.<sup>106</sup>

A finalidade da prova é o de convencer o juízo no que concerne a verdade dos fatos, e é produzida durante a lide, ou confirmada, se já produzida

---

<sup>102</sup> NUCCI, *op. Cit.*.

<sup>103</sup> NUCCI, *op. Cit.*

<sup>104</sup> NUCCI, *op. Cit.*

<sup>105</sup> NUCCI, *op. Cit.*

<sup>106</sup> NUCCI, *op. Cit.*

anteriormente durante a fase inquisitorial. Tem como objeto, fundamentalmente, os fatos trazidos pelas partes ao juízo.<sup>107</sup>

Apesar de na fase instrutória a lei permitir ao juiz a produção de prova [artigos 402, 534, 411, § 3º, todos do CPP], é essencialmente da parte que acusa, o dever de provar o alegado. O vocábulo ônus advém do latim *onus* e significa carga<sup>108</sup>, fardo<sup>109</sup>, ou peso<sup>110</sup>. Nucci informa, porém, que ônus não é formalmente, dever em sentido estrito, uma vez que não constitui uma obrigação. Pois, nesta o não cumprimento acarreta uma sanção autônoma. No entanto, no tocante ao ônus a parte também será sancionada, porquanto tem o dever processual de provar e terá uma sanção processual, porque estará fadada a sucumbência processual<sup>111</sup>.

Como já referido anteriormente, o processo penal é regido pelo princípio da busca da verdade real, por isso a Lei 11.690/2008, ao alterar o art. 156, I, do CPP, trouxe a possibilidade de o juiz, ainda antes da ação penal, mandar produzir antecipadamente provas que considerar urgentes, sem olvidar, evidente, da observância dos subprincípios da proporcionalidade: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Ainda lhe é dada autorização (art. 156, II do CPP), para de ofício, realizar diligências para dirimir dúvidas consideradas relevantes sobre qualquer ponto obscuro do processo<sup>112</sup>.

A sentença é produto da convicção do juízo que tem, basicamente, como avaliação das provas, três sistemas: 1º) livre convicção; 2º) prova legal e 3º) persuasão racional. O primeiro é o sistema prevalente no Tribunal do Júri, pois os jurados não motivam seus votos. Consiste no método da íntima convicção ou valoração livre. O segundo diz respeito a adstrição do juiz à vontade legiferante. É, segundo Nucci, o método da “valoração taxada ou tarifada da prova<sup>113</sup>”. O último sistema é o adotado pela Constituição do Brasil, no artigo 93, IX, fundado na livre

---

<sup>107</sup> NUCCI, *op. Cit.*

<sup>108</sup> NUCCI, *op. Cit.*

<sup>109</sup> NUCCI, *op. Cit.*

<sup>110</sup> NUCCI, *op. Cit.*

<sup>111</sup> NUCCI, *op. Cit.*

<sup>112</sup> BRASIL. **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: 12 ago. 2013.

<sup>113</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p.647-651.

convicção do juiz, porém de forma fundamentada.<sup>114</sup>

São diversas as formas de prova no processo. A restrição diz respeito apenas aos limites constitucionalmente impostos, para que se resguardem os direitos e garantias individuais do acusado e de terceiros, explicitadamente proibidas as provas ilícitas. De forma bem ampla, podemos afirmar que as provas são formadas das seguintes fontes, entre outras: a pericial; a testemunhal e a documental, além da inquirição da vítima e do interrogatório do acusado. Este último, considerado por muitos doutrinadores meio de defesa; por outros meio de prova e ainda, por alguns meio de defesa, essencialmente, e em segundo plano meio de prova.<sup>115</sup>

### 3.5.1 A Prova Testemunhal

No entanto, o que interessa fundamentalmente neste trabalho é a prova testemunhal. Quanto à natureza jurídica, se urgente por natureza e a hierarquia e relevância que referida prova ocupa no processo penal brasileiro.

Adalberto Aranha reproduz em sua obra<sup>116</sup> a essência do significado da prova testemunhal e sua importância no processo criminal:

As testemunhas são os olhos e os ouvidos da justiça. Desde que os homens existem e desde que têm a pretensão de fazer justiça hão valido das testemunhas como o mais fácil e comum meio de prova; sua importância no campo criminal é considerável; freqüentemente é a única base das acusações<sup>117</sup>

Testemunhas são pessoas físicas que comparecem ao processo para fazer declarações de fatos de que presenciou. Segundo Aranha, a prova testemunhal é a mais comum e mais frequentemente encontrada para alicerçar as

<sup>114</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2013.

<sup>115</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p.647-651.

<sup>116</sup> ARANHA. Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010. P.147-171.

<sup>117</sup> ARANHA. *op. Cit.*

provas, apesar de ser a mais controvertida<sup>118</sup>. Para Nucci, a prova testemunhal “é meio de prova, tanto quanto a confissão, os documentos, a perícia e outros elementos”.<sup>119</sup>

O objetivo da prova testemunhal é, conforme disposto no art. 213 do CPP, de que a testemunha falará apenas sobre os fatos a que presenciou ou ouviu falar, sem que emita juízo de valor. É característica da prova testemunhal a objetividade, tendo em vista falar “sobre fatos percebidos por seus sentidos e objeto da demanda, sem emitir sua opinião pessoal”<sup>120</sup>.

A natureza jurídica da prova testemunhal nos casos dos processos suspensos, pela revelia, é cautelar, no sentido de se garantir a perpetuidade da prova, quando haja receio de que tal prova possa desaparecer, tendo como objetivo a perpétua memória da coisa.<sup>121</sup>

Dessa forma, o art. 366 do CPP concede ao juiz a faculdade de determinar a produção antecipada de qualquer prova tida por urgente. É o juiz a quem compete, em última análise, zelar pela efetividade da jurisdição, portanto também deve ser dele a decisão quanto à urgência da produção das provas consideradas urgentes.

Conforme se constata da leitura dos artigos 92 e 255 do Código de Processo Penal, tem-se a confirmação de que a prova testemunhal se adequa a provas consideradas urgentes:

Art. 92. Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz reputar séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente<sup>122</sup>.

---

<sup>118</sup> ARANHA, *op. Cit.*

<sup>119</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 394-397.

<sup>120</sup> ARANHA, *op. Cit.*

<sup>121</sup> GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Súmula 455 do STJ: produção antecipada de prova. Justificação*. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 15 de setembro de 2010>. Acesso em 12/05/2013.

<sup>122</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 12 ago. 2011.

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<sup>123</sup>.

Esse também o entendimento do mestre Fernando da Costa Tourinho Filho concernente ao assunto, que, firmando conclusão quanto ao caráter de urgência da prova testemunhal, faz as seguintes ponderações:

[...] parece claro que o legislador reputou o testemunho como prova de natureza urgente. E, com efeito, considerando a imprevisibilidade da morte, a inquirição de testemunha é providência que deve ser tomada com certa urgência. Não são apenas os testemunhos das pessoas elencadas no art. 225 deste Código que apresentam a marca da urgência. É claro que a testemunha pode mudar de endereço, sem que se saiba onde foi morar, pode ausentar-se do Estado ou do País, ficar gravemente enferma, de molde a nem poder comunicar-se com o mundo exterior, falecer. Tais circunstâncias já indicam que, suspenso o processo, na hipótese de o Juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes, uma destas será a testemunhal. Na verdade, se com a simples suspensão do processo, em face de uma questão prejudicial, cuja solução no cível não dura mais que três ou quatro anos, o legislador determinou a 'ouvida das testemunhas e de outras provas de natureza urgente', é sinal de que considerou a prova testemunhal como urgente. De concluir, pois, a nosso juízo, que, em se tratando de réu que não atendeu à citação editalícia nem constituiu Advogado, não deve o Juiz limitar-se a inquirir testemunhas que estejam enfermas ou idosas. E se o réu comparecer dez ou quinze anos depois? As testemunhas seriam capazes de relatar pormenores? Não poderiam morrer nesse espaço-tempo? Mudar de endereço sem que se possa localizá-las? Evidente que o Juiz, em hipóteses dessa natureza, deve não só colher antecipadamente os depoimentos, como, inclusive, determinar perícias e busca e apreensão, se for o caso<sup>124</sup>.

Diante de tais argumentações é de se concluir que a prova testemunhal é revestida de natureza de urgência. Por essa razão é de se reconhecer a prescindibilidade de outra motivação quando da adoção de sua antecipação, posto que as vicissitudes inerentes ao tempo decorrido na suspensão do processo, recomenda-se a colheita dessas provas.

<sup>123</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal**. . Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/)> Acesso em: 12 ago. 2011.

<sup>124</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo Penal Comentado**. 13. ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2010.p.927-939.

#### 4. A PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE DA (NA) CONSTITUIÇÃO

A Constituição de 1988 é um paradigma em relação a especificação das normas de Direito Penal e Processual Penal. A inter-relação da proposta do sistema penal e processual penal é intimamente ligada as distintas concepções jurídicas e políticas do Estado e da relação entre o Estado e o indivíduo – o Direito. E, ainda, a posição em que este indivíduo ocupa na sociedade traz a necessidade de que o direito penal e processual penal seja o “direito constitucional aplicado”.<sup>125</sup>

Assim, é conhecido e muito empregado o garantismo negativo, com razoável desenvolvimento no âmbito da proteção ao direito individual contra os arbítrios do Estado. Aludido garantismo tem como objetivo a garantia de que o indivíduo acusado/condenado participe do processo de forma ativa como sujeito de direitos. Justifica-se essa proteção individual pela própria epistemologia do direito penal, posto que baseado na busca da verdade real, porém, limitado ao regular andamento do processo. Outra justificativa parte do princípio da desigualdade entre o Estado, que possui, ele mesmo, os poderes de investigar, acusar e julgar, por isso ao indivíduo é necessária proteção contra uma possível arbitrariedade desse Estado constituído de alto poder.<sup>126</sup>

Dessa forma, são garantias que asseguram um resultado legítimo, citados comumente por doutrinadores: igualdade processual [art. 5º, *caput* e inciso I]; a garantia de acesso à justiça [art. 5º, XXXV e LXXIV]; o princípio do juiz natural [art. 5º, LIII e XXXVII]; a garantia do devido processo legal [art. 5º, LIV]; ampla defesa e contraditório [art. 5º, LV], a presunção de inocência [art. 5º, LVII]; o princípio positivado da celeridade [art. 5º, LXXVIII]; a publicidade [art. 5º, LX e art. 93, IX], a obrigatoriedade da decisão motivada (art. 93,IX), dentre outras garantias.

<sup>125</sup> ÁVILA, Thiago André Pierrobom de. **Provas Ilícitas e Proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos**. Brasília, 2006. 295f. Dissertação submetida à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília para obtenção do título de Mestre em Direito. (apud Henkel)

<sup>126</sup> ÁVILA, Thiago André Pierrobom de. **Provas Ilícitas e Proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos**. Brasília, 2006. 295f. Dissertação submetida à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília para obtenção do título de Mestre em Direito. (apud Henkel)

Essas tutelas são comumente valorizadas e utilizadas pelo judiciário brasileiro. Porém, o enfoque deste trabalho é da garantia integral, consectária do dever de proteção penal da Constituição Brasileira.<sup>127</sup>

De outro lado, o art. 5º *caput* estabelece o direito de proteção penal, ao prescrever que brasileiros e estrangeiros residentes no País tem garantido o direito a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Também o art. 5º, inciso XLI, prevê que “a lei punirá qualquer discriminação atentória dos direitos e liberdades fundamentais”, aqui mais uma tutela ao direito de proteção penal. A punição a violação desse direito está presente no art. 5º XLVI, autorizador da “privação ou restrição da liberdade”. Outros incisos desse mesmo artigo podem ser citados para confirmação do imperativo constitucional de proteção penal, exigindo-se uma aplicação eficiente do direito penal: art. 5º incisos XLII e XLIV os quais estabelecem para os crimes de racismo e de grupos armados como crimes inafiançáveis e imprescritíveis; o art. 5º, inciso XLIII também inafiançável, exigindo tratamento mais rígido para os crimes hediondos e equiparados.<sup>128</sup>

Os incisos citados, todos do artigo 5º estão inseridos na Constituição Federal no capítulo intitulado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” donde há de se concluir que o Constituinte primário fez a opção da necessidade de um Direito Penal como instrumento de tutela dos direitos fundamentais. Portanto, referido dever de proteção, ou seja, a penalização pela violação não deve se dar apenas de forma vertical, no sentido Estado-indivíduo. Deve ocorrer também horizontalmente na vertente indivíduo-indivíduo. Os artigos da Constituição que prevêem punição é o que Feldens denomina de “mandados constitucionais de penalização”.<sup>129</sup>

---

<sup>127</sup> ÁVILA, Thiago André Pierrobom de. **Provas Ilícitas e Proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos**. Brasília, 2006. 295f. Dissertação submetida à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília para obtenção do título de Mestre em Direito.

<sup>128</sup> ÁVILA, Thiago André Pierrobom de. **Provas Ilícitas e Proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos**. Brasília, 2006. 295f. Dissertação submetida à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília para obtenção do título de Mestre em Direito.

<sup>129</sup> FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2005. p.27-38.

Esses são alguns exemplos, dentre tantos outros. Não se pode olvidar, inclusive que a Constituição resguardou não apenas as situações de índole mais gravosa, como também previu a penalização das infrações de menor potencial ofensivo ao estabelecer no art. 98, I, mandamento para que estas questões possam ser resolvidas em instâncias extrapenais. A solução desses conflitos foi posta sob a responsabilidade dos Juizados Especiais Criminais<sup>130</sup>.

Reconhecida a necessidade de uma postura ativa do Estado diante dos direitos fundamentais positivados na Constituição é momento de afirmar a importância do Direito Penal na construção da inter-relação entre a proteção penal e o sistema para efetivação desses direitos. Essa proteção perpassa necessariamente pelo princípio da proporcionalidade que possui duas faces: uma, de tutela à liberdade individual no sentido de uma garantia negativa contra a ação do Estado, a outra, vista por uma perspectiva objetiva desses direitos, garantidora dos direitos coletivos à inviolabilidade do direito à vida; à proteção aos direitos sociais e do consumidor; à tutela ao meio ambiente equilibrado<sup>131</sup>.

A disposição inata no sentido de uma proteção ao direito penal diz respeito a problemática das teorias da pena, em que, num Estado Democrático de Direito, devem dirigir-se à tutela de bens jurídicos, norteados por uma política criminal de proteção eficiente aos direitos fundamentais. No entanto, o reconhecimento de um dever de proteção penal, não pressupõe a dispensa de uma vigilância constante da compatibilização da tutela penal desses pretensos novos bens jurídicos – apesar de não ser uma invenção nova, porém uma publicização de uma dimensão intrínseca do princípio da proporcionalidade – com o sistema de direitos fundamentais. Essa análise deve ser feita tendo em vista os subprincípios decorrentes da proporcionalidade, quais sejam: a adequação, como informa Alexy o procedimento para que se cumpra a proteção; a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> ÁVILA, Thiago André Pierrobom de. **Provas Ilícitas e Proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos**. Brasília, 2006. 295f. Dissertação submetida à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília para obtenção do título de Mestre em Direito.

<sup>131</sup> FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2005. p.27-38.

<sup>132</sup> FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de**

Dessa forma, tem-se na realidade da nossa Constituição, a convicção de que o constituinte não adotou apenas um modelo de direito criminal máximo nem tampouco homologa uma perspectiva abolicionista. Ao contrário adotou uma proteção integral do indivíduo<sup>133</sup>.

#### 4.1 O DESENVOLVIMENTO TEÓRICO

A Teoria da Proibição de Insuficiência, perspectiva positiva do princípio da proporcionalidade surgiu na doutrina alemã. Evidenciada pela irradiação da perspectiva jurídico-positiva dos direitos fundamentais, mormente, a partir da discussão do direito à vida, no âmbito da legalização do aborto, decidida primeiramente pelo Tribunal Constitucional Alemão. Em seguida, também outros Tribunais Constitucionais deram resolução a questão, como os Tribunais da Espanha e Portugal. Nessas decisões, nas palavras de Sarlet:

*“assumi papel de destaque o argumento de que o Estado tem um dever de proteção da vida mesmo contra a pessoa da mãe e que tal dever exige a implementação de um sistema legal de proteção da vida, que, considerando a natureza do valor em causa, inclui uma proteção na esfera jurídico penal, de tal sorte que também a descriminalização de condutas ofensivas a bens fundamentais pode ser impugnada por inconstitucional<sup>134</sup>”.*

Dessa forma, num Estado Democrático de Direito, o princípio da proporcionalidade é de fundamental importância na criação e aplicação das leis, esse princípio foi analisado na seção 1.4. Ademais, possui uma dupla face, e não se limita à perspectiva de defesa dos direitos à liberdade em face do Estado. Sarlet define a dimensão positiva de referido princípio:

Com efeito, a partir de desenvolvimentos teóricos formulados especialmente por Claus Wilhelm Canaris e Josef Isensee, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, por ocasião da sua segunda decisão sobre o aborto, em maio de 1993, considerou que o legislador, ao implementar um dever de prestação que lhe foi imposto pela Constituição

---

**normas penais.** Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2005. p.17-38.

<sup>133</sup> FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais.** Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2005. p.17-38.

<sup>134</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo.Ed. Revista dos Tribunais. n. 47, p. 61-123, mar./abr. 2004.

(especialmente no âmbito dos deveres de proteção), encontra-se vinculado pela proibição de insuficiência, de tal sorte que os níveis de proteção (portanto, as medidas estabelecidas pelo legislador) deveriam ser suficientes para assegurar um padrão mínimo (adequado e eficaz) de proteção constitucionalmente exigido. A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do Poder Público, no que diz respeito a um imperativo de tutela ou dever de proteção.<sup>135</sup>

Dieter Grimm, citado por Lenio Streck, informa que:

“na Alemanha os deveres de proteção são considerados a contraparte da função negativa dos direitos fundamentais. Isso explica por que o dever de proteção não pode ser visto como outra palavra para os direitos econômicos e sociais. O Schutzpflicht tem a função de proteção dos direitos fundamentais de primeira dimensão, isto é, das liberdades tradicionais. A preocupação recai nos indivíduos e não no bem estar social. Grimm lembra ainda que “não é nenhuma novidade o fato de os bens protegidos pelos direitos fundamentais não serem, ameaçados apenas pelo Estado, mas também por pessoas privadas. O Estado deve a sua existência a esse fato. Ele sempre retirou sua legitimidade da circunstância de salvaguardar os cidadãos contra ataques estrangeiros ou de outros indivíduos”. Até o momento em que a proteção conferida pelas leis em geral pareceu suficiente, não aflorou a questão sobre a existência de uma exigência constitucional de que tal lei fosse editada. Não é por acaso que a idéia de um Schutzpflicht específico tenha surgido pela primeira vez quando o legislador aboliu uma lei criminal de proteção, há muito tempo existente, da vida humana em desenvolvimento<sup>136</sup>”

Dessarte, o Estado deve atuar tanto para tutelar os direitos individuais na sua dimensão garantista negativa, como também para garantir a proteção à coletividade. Ao agir dessa forma, assegura os direitos da coletividade em face da violação de terceiro a direito fundamental do indivíduo. Tal violação ofende o Estado, pois é ele o detentor do *jus puniendi*

#### 4.2 O GARANTISMO PENAL

Luciano Feldens contribui para dissipação de (in)compreensões a respeito da teoria do garantismo numa perspectiva constitucional, projetado sobre o

<sup>135</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo.Ed. Revista dos Tribunais. n. 47, p. 61-123, mar./abr. 2004.Publicada na Revista BCCRIM 47 – 2004, decisão retirada em BuerfGE, vol. 39

<sup>136</sup> STRECK. Lênio Luiz. A Dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul- AJURIS**. Ano xxxII, nº 97, mar. 2005. (*apud Dieter Grimm*)

direito penal. Declara que essa (in)compreensão é fundada na estrutura do Estado de Direito, mormente, na positivação dos direitos fundamentais, analisado pela perspectiva de referidos direitos.<sup>137</sup>

Alerta o autor no que concerne a imprecisão que recai sobre o vocábulo “garantismo”, em que empregado muito comumente de modo não científico, ou “descriterioso”. Não raro, esse vocábulo é referido para diferenciar, no nosso sistema jurídico-penal, jusdoutrinadores que tenham postura mais ou menos liberal, rotulados de “garantistas” ou “antigarantistas”<sup>138</sup>.

Feldens combate os discursos, classificados por ele como abolicionistas ou sociodefensivistas, ambos se autointitulando garantistas. Para evidenciar os enganos desses discursos o autor relaciona as práticas consideradas por ele como falsas. De um lado, ideias “refratária, em gênero, defendendo à legitimidade da intervenção jurídico-penal<sup>139</sup>”; do mesmo modo falsa, a advocacia em torno da “aplicação incondicional da solução processual mais benéfica ao acusado<sup>140</sup>”, ou somente benéfica ao acusado.

Aludidos posicionamentos não condizem com a realidade do Estado Constitucional, na medida em que, segundo Feldens:

Em primeiro lugar, [...] para ser titular de direitos fundamentais e desfrutar de suas correlatas garantias não é necessário tornar-se réu em uma ação penal; em segundo lugar, porque *a teoria do garantismo não é, propriamente, uma teoria da legalidade* (em sentido estrito).[...] - portanto, não é de aplicação exclusiva do Direito penal e do Direito Processual Penal – muito embora possa ser aplicada a esses setores, sempre a partir de uma referência constitucional (jusfundamental); em terceiro lugar, porque a própria Constituição, de cuja superlegalidade extrai-se a teoria garantista, ademais de autorizar, *exige*, em determinados âmbitos, a intervenção jurídico penal.<sup>141</sup> (grifos originais)

Feldens, exemplifica como um dos mandados constitucionais de penalização o estabelecido no art. 5º, inciso XLI, *litteris*: “a lei punirá qualquer

---

<sup>137</sup> FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2005. p. 17-38.

<sup>138</sup> FELDENS, *op. Cit*

<sup>139</sup> FELDENS, *op. Cit*.

<sup>140</sup> FELDENS, *op. Cit*.

<sup>141</sup> FELDENS, *op. Cit*.

discriminação atentória dos direitos e liberdades fundamentais<sup>142</sup>". Evidencia-se, que a Constituição Federal utiliza da proteção do direito penal para efetividade dos direitos fundamentais, tanto contra o Estado quanto contra particular.<sup>143</sup>

De outro lado, quanto ao extremismo dos que se intitulam garantistas no sentido de uma concepção maximalista da intervenção jurídico-penal, na busca da tutela aos direitos sociais, Feldens relaciona três críticas. A primeira diz respeito a falta de metodologia. Segundo o autor:

Às concepções liberais ou mesmo abolicionistas – fazendo referência a um discurso apaixonado, destituído, portanto de metodologia – buscam chamar a si a insígnia “garantista” pelo simples fato de rejeitarem sua vinculação a discursos opostos;

Em segundo lugar, porque a geração desse *cabo de força argumentativo* – bastante evidente em discurso que procuram legitimar a expansão jurídico-penal em torno da tutela penal de bens jurídicos coletivos e sociais – retrata, se tanto, uma reação de natureza *político-criminal*; como tal, em nada se confunde com o *garantismo jurídico*; 9grifo nosso)

Em terceiro lugar, porque toda a tentativa de atribuir o rótulo garantista a uma intervenção jurídico-penal haveria de assentar-se em um juízo de necessidade constitucional (jusfundamental) – e não meramente político-criminal – de tutela, o que exigiria uma adequada elaboração teórica (configuração do direito fundamental envolvido e da correlata garantia) que não se deixe substituir pela paixão do discurso, político incriminador.<sup>144</sup>

Assim, a significação do termo garantismo, passa necessariamente pela questão de identificar a que objeto se refere aludido termo. Segundo Ingo Sarlet, apontado por Feldens:

[...] o fio condutor de qualquer análise constitucionalmente adequada (pelo menos nos sentido de adequada a uma Constituição que consagra um Estado Democrático de Direito) deverá ser o de superar moral, jurídica e socialmente, qualquer tipo de extremismo, combatendo – designadamente em matéria criminal – tanto o abolicionismo quanto a intolerável ‘tolerância zero’<sup>145</sup>.

Dessa forma, para se constituir uma interpretação adequada e originalmente garantista, no olhar de Sarlet:

[...] não se poderá fazer a não ser no contexto de uma abordagem *mite*

<sup>142</sup> BRASIL. Constituição(1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2011

<sup>143</sup> FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2005. p.17-38

<sup>144</sup> FELDENS, Luciano.O Garantismo desde sua Perspectiva Constitucional: Projeções sobre o Direito Penal. **Revista de Estudos Criminais**. AnoX, nº37, abr-jun.2010

<sup>145</sup> FELDENS, *op. Cit.*

(portanto, de um Direito da equidade), que, tal qual sugere Zagrebslky, exige a capacidade de alcançar composições *em que haja espaço não só para uma, e sim para muitas razões*.<sup>146</sup> (grifos originais)

Para Feldens, a compreensão do garantismo, passa necessariamente, por uma teoria de fundo constitucional, guiada para otimização dos direitos fundamentais no sentido de assegurar a sua efetivação. Essa obrigação é dada ao legislador pela própria norma constitucional para edição de normas necessárias à proteção dos direitos jusfundamentais, no combate as ameaças praticadas a direitos de terceiro. Tanto para reprimir possível arbitrariedade do Estado quanto a agressões advindas de terceiros.<sup>147</sup>

Esse o espírito do verdadeiro Estado Democrático de Direito apto a garantir integralmente os direitos fundamentais postos na Constituição. Assim é que o sucesso do projeto garantista está condicionado a conformação das distintas dimensões extraídas da dinâmica dos direitos fundamentais. De um lado, o Estado deve atuar na tutela dos direitos individuais, na sua dimensão garantista negativa; de outro deve assegurar a proteção à coletividade em face da violação de terceiro a direito fundamental dos indivíduos.<sup>148</sup>

#### 4.3 A PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA E O GARANTISMO POSITIVO

É de suma importância a teoria garantista para assegurar a aplicação do Direito Penal. No entanto, não se pode perder de vista a distinção entre o garantismo jurídico – numa projeção da doutrina tradicional – numa perspectiva negativa sobre o direito penal. Feldens afirma que não se pode confundir garantismo jurídico com o que se designou garantismo penal<sup>149</sup>.

O Garantismo penal advém da adesão brasileira a obra de Luigi Ferrajoli.

<sup>146</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo.Ed. Revista dos Tribunais. n. 47, p. 61-123, mar./abr. 2004.Publicada na Revista BCCRIM 47 – 2004, decisão retirada em BuerfGE, vol. 39

<sup>147</sup> FELDENS, *op. Cit.*

<sup>148</sup> FELDENS, *op. Cit.*

<sup>149</sup> FELDENS, *op. Cit.*

Nessa obra Ferrajoli desenvolve a teoria de um direito aplicado a um positivismo dogmático num Estado Legislativo. Dessa forma, anterior ao Estado Democrático Social de Direito. Ferrajoli assume uma concepção minimalista de Direito Penal, o qual tem aptidão para legitimar exclusivamente bens jurídicos primários.<sup>150</sup>

Streck tem uma visão mais radical a esse respeito, para quem há um embate entre um direito penal de vertente liberal-iluminista, caracterizado pelo individualismo e “uma outra gama de princípios e valores que sustentam a legitimidade de novas matrizes normativas dirigidas à tutela de bens não individuais<sup>151</sup>”.

Voltando a concepção da teoria do Direito em Ferrajoli, a qual adota uma concepção unidirecional dos direitos fundamentais numa dimensão exclusivamente negativa – oponíveis contra o Estado. Dessa forma, não carece tal teoria de nenhuma coerência interna, apenas não corresponde a multifuncionalidade que o atual constitucionalismo emprega aos direitos fundamentais, posto que se limita a uma versão dos direitos fundamentais numa perspectiva da garantia negativa<sup>152</sup>.

Nesse contexto, Feldens ilustra o constitucionalismo atual, numa perspectivada da proteção integral. Exemplificado, tal ponto de vista, com duas decisões da Suprema Corte Nacional Argentina, ambas em época que contava com o Ministro Eugênio Raul Zaffaroni em sua composição.<sup>153</sup>

A primeira é a Declaração de Inconstitucionalidade do tipo penal que criminaliza a posse de drogas para uso pessoal; a segunda diz respeito a declaração de inconstitucionalidade das Leis de Anistia Penal para crimes ocorridos no período da Ditadura Militar Argentina. Ambas reveladoras de “inequívoco conteúdo garantista”, na dimensão tratada no presente trabalho.<sup>154</sup>

---

<sup>150</sup> FELDENS, *op. Cit.*

<sup>151</sup> STRECK. Lênio Luiz. A Dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul- AJURIS**. Ano xxxII, nº 97, mar. 2005

<sup>152</sup> FELDENS, *op. Cit.*

<sup>153</sup> FELDENS, *op. Cit.*

<sup>154</sup> FELDENS, Luciano. O Garantismo desde sua Perspectiva Constitucional: Projeções sobre o Direito Penal. **Revista de Estudos Criminais**. AnoX, nº37, abr-jun.2010

A primeira, além da premissa da não lesividade da conduta incriminadora, o relator discutiu razões de política criminal. No sentido de se verificar a necessidade de restrição [adequação] tendo em vista o estabelecido pela Constituição Argentina no que concerne as liberdades individuais.<sup>155</sup> Típico de exemplo de garantismo negativo: garantia do indivíduo em desfavor do Estado.

A segunda foi a declaração de inconstitucionalidades de duas leis argentinas que teriam como resultado de sua aplicação a impunidade de comandantes em época de ditadura militar, que no período de 1976 a 1983, cometeu graves violações a direitos humanos. A Corte Suprema da Argentina declarou a inconstitucionalidade das Leis 23.492/86 e 23.521/87, com fundamento no voto do Magistrado Enrique Santiago Petracchi

[...] a circunstância de que leis com essas características possam ser qualificadas como 'anistias' perdeu toda relevância a respeito de sua legitimidade, na medida em que tais normas obstaculizam o esclarecimento e a efetiva sanção de atos contrários aos direitos reconhecidos nos mencionados Tratados, acabam por impedir o cumprimento do dever de garantia a que se comprometeu o Estado argentino, e resultam, pois inadmissíveis<sup>156</sup>.

É nesse contexto que a antecipação da prova testemunhal, nos processos em que não se consegue a citação pessoal do réu é medida que atende a proteção eficiente do Estado à tutela do Direito Fundamental de terceiros, horizontalmente violados. Nesse sentido esclarecedor a decisão da Primeira Turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios nos autos do HC nº 20100020186897 HBC, mormente o fundamento da autoridade coatora:

[...]  
Cumprindo finalmente ressaltar que rotineiramente colho depoimentos em audiências em que as testemunhas declaram que não têm condições de fornecer qualquer informação acerca dos fatos em razão do decurso do tempo. Basta imergir no mundo da prática, das rotinas de audiências, que se constará que o tempo torna prejudicial a produção da prova testemunhal, o que como já longamente discorrido leva à violação de direitos fundamentais. Apenas para não se restringir ao plano teórico constato que duas das testemunhas arroladas são moradores de rua e outra é agente de polícia. No que se refere ao segundo, sabido é que os agentes de polícia lidam diariamente com dezenas de ocorrências, o que dirá depois de anos, lembrar de qualquer uma delas é uma tarefa não humana.<sup>157</sup>

<sup>155</sup> FELDENS, *op. Cit.*

<sup>156</sup> FELDENS, *op. Cit.*

<sup>157</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Habeas Corpus nº 20100020186897 –

Impende reconhecer, com a declaração acima, de quem vivencia a *praxis* forense de que a produção antecipada da prova testemunhal é medida que se impõe, do contrário, perde-se referida prova, corre-se o risco de não se efetivar o princípio da verdade real no processo penal.

#### 4.3.1 As consequências da postergação da produção antecipada da prova

Mister reconhecer que o legislador não respondeu a algumas dúvidas, ao prescrever no artigo 366 do Código de Processo Penal a suspensão do processo e do prazo prescricional, diante da revelia do réu. Uma delas refere-se ao prazo prescricional. Quanto tempo ficará suspenso o processo?

A doutrina assentou o entendimento de que o prazo prescricional fica adstrito ao prescrito no art. 109 do Código Penal: o dobro do prazo máximo previsto em abstrato para o delito. Pois, de outra forma estaria efetivando a imprescritibilidade dos crimes pela suspensão do processo. Sendo que os crimes imprescritíveis estão taxativamente previstos na Constituição Federal de 88, nos casos de racismo e terrorismo.<sup>158</sup>

O Superior Tribunal de Justiça, pacificou a jurisprudência pelo enunciado da Súmula 415: “O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada<sup>159</sup>.”

A jurisdição é inerte, porém o princípio do impulso processual, impõe ao juiz, pela prevalência do interesse público sobre o particular no deslinde da causa, exaurir a prestação do serviço jurisdicional, dever do Estado<sup>160</sup>.

Acrescenta Ada Pellegrini, quanto ao método do princípio do impulso

---

HBC. Julgado em 25 de novembro de 2011. Órgão Julgador: Primeira Turma Criminal. Disponibilizado em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em 15/05/2013.

<sup>158</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 7.ed. Ed. Revista dos Tribunais. 2011. p.649-657.

<sup>159</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 455. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?>> Acesso em 15/05/2013.

<sup>160</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed.São Paulo: ed.Malheiros, 2010. 72-73

oficial:

Esse critério, denominado princípio do impulso oficial, consiste em atribuir ao órgão jurisdicional a ativação que move o procedimento de fase em fase, até à solução definitiva da causa. Opõe-se-lhe o critério do impulso das partes, pelo qual o juiz se limita a realizar os atos específicos que estas lhe solicitam.

O processo penal, em virtude da indisponibilidade que lhe é peculiar, segue necessariamente o princípio do impulso oficial.<sup>161</sup>

Evidencia-se aqui o prejuízo causado ao interesse público a quem se deve voltar a jurisdição, na medida em que não se sabe quando o réu comparecerá ao processo. Patente o prejuízo na busca da verdade real – princípio norteador do direito criminal. Porque, a uma: as testemunhas não são obrigadas a continuar no distrito da culpa; a duas: o decurso do tempo causa prejuízo nas lembranças daqueles que podem trazer ao processo a verdade real dos fatos. Essa questão ficou clarificada no voto da Desembargadora Sandra de Santis, em sede de HC nº 20100020084553HBC, *in verbis*:

Conforme as informações, o paciente foi preso em flagrante no dia 1º/01/09, pela prática, em tese, do crime de porte ilegal de arma.[...]

A medida é providência resultante da avaliação do risco concreto de perecimento das informações necessárias ao êxito da persecução. Os fatos foram praticados há mais um ano. Estreme de dúvidas que a procrastinação na coleta dos depoimentos contribuirá para a imperfeição da prova, em detrimento do princípio da verdade real.

Como consignei na apreciação da liminar, não há como saber se as testemunhas arroladas na denúncia são os policiais rodoviários federais que atenderam a ocorrência de trânsito. Se confirmado, o perigo do esquecimento é premente, pois os agentes do Estado são expostos diuturnamente a inúmeros ilícitos semelhantes.<sup>162</sup>

Pelo voto transcrito acima, anunciando que o réu foi preso em flagrante, percebe-se possível seu conhecimento de provável acusação que lhe recairá, consequência de Inquérito, meio para instrução de provável Ação Penal.

Outro exemplo pode ser verificado pelo voto do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, em decisão da 5ª Turma do STJ, em sede de RCH nº 27.664. O réu teve seu recurso improvido, nos seguintes termos:

Durante a tramitação do referido inquérito, em 09 de abril de 2003, foi deferido pelo MM. Juiz Federal Substituto Ronaldo Desterro, o pedido de

<sup>161</sup> CINTRA, *op. Cit.*

<sup>162</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Habeas Corpus nº 20100020083990HBC, Relator Leila Arlanch, 1ª Turma Criminal, julgado em 17/06/2010, DJ 01/07/2010 p. 133 Disponível em: <<http://www.tjdf.jus.br>>. Acesso em 15/05/2013

prisão preventiva do ora paciente, ao fundamento de que este abandonou seu emprego no SERPRO assim que se iniciaram as apurações administrativas dos ilícitos em que encontra supostamente envolvido, tendo sido, por consequência, demitido em 03 de abril de 2001, e de que se encontrava em local incerto e não sabido desde então, comprometendo a aplicação da lei penal.

[...]

O réu, ora paciente, foi citado por edital e, não tendo comparecido na data designada para o seu interrogatório, foi decretada a suspensão do processo e do prazo prescricional, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal.

Em 24 de março do corrente ano, atendendo a requisição do Ministério Público Federal, o mesmo Juízo deferiu a produção antecipada de prova quanto ao ora paciente e designou a Defensoria Pública da UNIÃO para prosseguir em sua defesa, designando data para audiência de instrução, já que foi afastada a hipótese de absolvição sumária de todos os denunciados (fl. 25.)

[...]

Ademais, dispõe o artigo 366, do Código de Processo Penal que 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.

[...] <sup>163</sup>.

Impende reconhecer que os dois casos citados acima são emblemáticos no sentido de que os réus tinham conhecimento de provável processo em tramitação. Pois foram presos em flagrante, ou seja, tinham conhecimento dos fatos que lhe seriam imputados em prováveis ações penais propostas, e mesmo assim, não compareceram à justiça para dar satisfação das alegadas infrações cometidas. Por isso, não se pode, falar, nesses casos, em não efetivação da relação processual, por desconhecimento do réu quanto a ação penal.

#### **4.3.2 O suposto prejuízo do contraditório e ampla defesa para o acusado e outras alegações**

Diversas dúvidas são levantadas para aferição de suposto prejuízo aos princípios da ampla defesa e contraditório, na antecipação da produção da prova testemunhal. Exemplos de tais dúvidas são: a) A produção da prova antecipada fere o princípio do devido processo legal? b) Há violação ao princípio da igualdade entre as partes, por isso desproporcional e desarrazoada a produção da prova

---

<sup>163</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 27664 / DF, julgado em 25/04/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?>>. Acesso em 15/05/2013.

testemunhal?

Ao acusado têm-se ampla possibilidade de defesa, com diversidade de métodos garantidos pela Constituição de 1988, positivada no art. 5º, inciso 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”.<sup>164</sup>

A ampla defesa dada ao réu pela Constituição assegura a ele direitos exclusivos, como a garantia de defesa técnica idônea e o ajuizamento da revisão criminal. Esta somente pode ter como titular o condenado, sendo defeso a acusação impetrá-la. Na defesa técnica o juiz pode aferir a eficiência do profissional, podendo, inclusive desconstituí-lo, nomeando defensor dativo se não obedecido a ordem de constituir outro defensor que seja eficiente na defesa do acusado.<sup>165</sup>

Desta feita, o âmbito de proteção do direito de defesa não se restringe ao direito de manifestação no processo. O constituinte tutelou, de forma expressa, no entender de Pontes de Miranda, citado por Gilmar Mendes, a “pretensão à tutela jurídica”.<sup>166</sup>

É de se observar, que João Barbosa, nos idos de 1891, já afirmava categoricamente que:

[...] com a plena defesa são incompatíveis, e, portanto, inteiramente inadmissíveis os processos secretos, inquisitoriais, as devassas, a queixa ou o depoimento de inimigo capital, o julgamento de crimes inafiançáveis na ausência do acusado ou *tendo-se dado a produção das testemunhas de acusação sem ao acusado se permitir reinquiri-las*, a incomunicabilidade depois da denúncia, o juramento do réu, o interrogatório dele sob coação de qualquer natureza, por perguntas sugestivas ou capciosas.<sup>167</sup> (grifo nosso)

Baseado na Doutrina Alemã, Gilmar Mendes compara a tutela ao contraditório e ampla defesa, normatizado na Constituição de 88. Ao apreciar

<sup>164</sup> BRASIL. Constituição(1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2013.

<sup>165</sup> NUCCI. Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 7. ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2011. p.87-95.

<sup>166</sup> MENDES, *op. Cit.*

<sup>167</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**.5. ed. Brasília: Ed. Saraiva, 2010. p. 645-649 (*apud João Barbalho em sua obra: Comentários à Constituição de 1891*)

questão envolvendo a pretensão à tutela jurídica, a Suprema Corte Alemã afirma que os princípios em questão não envolvem apenas o “direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar.”<sup>168</sup>

A Suprema Corte Alemã, em decisão de questão envolvendo o que corresponde à nossa Constituição ao art. 5º, inciso LV, afirma que no bojo dessa pretensão, inclui-se os seguintes direitos: “o direito de informação; o direito de manifestação; e o direito de ver seus argumentos considerados”<sup>169</sup>

O direito de informação diz respeito a obrigação do judiciário de informar a parte adversa: os atos praticados e os elementos de tais atos. O direito de manifestação tutela o direito de resposta da parte contrária, oralmente ou por escrito. Por último, o direito de ver seus argumentos considerados obriga ao juiz não apenas conhecer das argumentações do acusado, mas também de sopesá-las com ânimo de isenção.<sup>170</sup>

No que concerne ao processo penal é de suma relevância os referidos princípios, assentado na jurisprudência e doutrina de que constitui nulidade a falta de defesa técnica ao réu. Tanto é assim que o art. 263 do Código de Processo Penal obriga a designação de defensor dativo ao réu que não o constituiu anteriormente.<sup>171</sup>

O Supremo Tribunal Federal assentou jurisprudência, no sentido de que ao acusado não apenas é garantido a defesa técnica, mas também que essa defesa seja idônea aos fins a que se propõe. A falta dessa defesa acarreta a nulidade absoluta quando da falta dela ou anulabilidade se deficiente e causar prejuízo ao réu. Entendimento pacificado pelo enunciado da súmula 523, do Supremo Tribunal Federal.<sup>172</sup>

---

<sup>168</sup> MENDES, *op. Cit.*

<sup>169</sup> MENDES, *op. Cit.*

<sup>170</sup> MENDES, *op. Cit.*

<sup>171</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal**. . Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 12 ago. 2011

<sup>172</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal**. . Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 12 ago. 2013

É imprescindível, no processo penal, por força do art. 366 do CPP, resposta à acusação no prazo de 10 dias, do réu citado. Se não comparecer ao processo nomear-lhe-á defensor dativo, em obediência ao art. 396-A do mesmo Código de ritos.<sup>173</sup>

Verifica-se, ainda, maior ampliação da aplicação do princípio da ampla defesa e do contraditório as mudanças introduzidas pela Lei 11.719/2008, nas quais o interrogatório do réu tornou-se indispensável como elemento de defesa. Impõe a norma do art. 400 do CPP, que o acusado falará por último, possibilitando-o conhecer todos os argumentos que lhes são imputados pela acusação, antes de proceder a defesa oral.<sup>174</sup>

Assim, evidencia-se que o regramento infraconstitucional efetiva a norma fundamental, igualando-se as partes, ou seja mantém a paridade de armas, assegurando-lhe o equilíbrio necessário entre acusação e defesa. Protege-se, referida forma o devido processo legal, o qual constitui a materialização do princípio da defesa ampla.<sup>175</sup>

Acreditamos que, após análise do assunto, as respostas as questões inicialmente feitas neste tópico são negativas. Pois, desde a afirmação de João Barbosa, citado no início deste seção, em comentários a Constituição brasileira de 1891, transcrito acima, e mais, baseado no jusdoutrinador Gilmar Mendes, não se pode inferir prejuízo aos princípios do contraditório e ampla defesa na antecipação da produção das provas. Ao contrário, a colheita de tais provas tem o condão de garantir a efetividade do processo e de obter a prestação eficiente do Estado, almejada pela sociedade.

De resto, não acreditamos em prejuízo ao contraditório, se respeitada em audiência, realizada antecipadamente para produção de prova, a presença do Defensor nomeado pelo Juízo, restando assegurada a ampla defesa.

---

<sup>173</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal**. . Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 12 ago. 2013

<sup>174</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal**. . Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 12 ago. 2013]

<sup>175</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**.5. ed. Brasília: Ed. Saraiva, 2010. p. 645-649

## 5 CONCLUSÃO

A proteção aos bens jurídicos constitucionais, de forma eficiente, passa, pela compreensão do modelo atual de Estado e sua relação com os direitos fundamentais. Nesse sentido, é de fundamental importância a concepção da estrutura dos Direitos Fundamentais na visão de Robert Alexy, estudado no primeiro capítulo. Nesse âmbito, avisa Feldens:

O princípio do Estado Constitucional de Direito, na atualidade, não exige apenas a garantia da defesa de direitos e liberdades contra o Estado; exige, também, a defesa dos mesmos contra quaisquer poderes sociais de fato<sup>176</sup>.

Esse trabalho vem corroborar com tantas outras teses no sentido de que o aplicador do direito deve afastar-se da ideia de um Estado nos moldes que se deu o iluminismo. Àquela época se fez necessária à defesa dos direitos individuais contra o próprio Estado que se mostrava ditatorial e contrário aos direitos humanos.

No entanto, nesta quadra da história, o Estado é obrigado a proteger de forma integral não só o indivíduo, mas à coletividade. A proteção aos direitos fundamentais deve ser vista de forma integral, em ambas as dimensões do princípio da proporcionalidade: a proibição de excesso e a proibição de insuficiência.

Observa-se atualmente, uma crise de operacionalização no campo do Direito Criminal, na medida em que se deve buscar a conformação deste com uma constituição protetiva. Ou seja, além de perseguir uma proteção garantista no seu sentido negativo, faz-se necessária a proteção positiva no sentido de se tutelar os direitos transindividuais contra a agressão de terceiro, para que se atenda de modo eficiente as demandas do nosso tempo, de tutela aos direitos difusos.

Referida crise no judiciário nacional, na tendência à aplicação minimalista do direito penal, - apesar de muito controversa sobre este assunto especificamente, como analisado no capítulo 2 desta monografia. No que concerne ao Direito Criminal protege-se de forma desproporcional os direitos individuais de quem

---

<sup>176</sup> FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2005. p. 27-38.

comete o ilícito em face da ação do Estado no dever de punir. Essa interpretação fere a Constituição na medida em que protege de forma insuficiente o direito da coletividade, no que concerne a garantia de efetividade da jurisdição.

Nesse contexto, ocorre uma proteção deficiente quando o judiciário proíbe que se produza antecipadamente a prova testemunhal nos processos suspensos pela revelia do réu, na conformidade do artigo 366 do Código de Processo Penal.

Decerto, enfrentam os Tribunais brasileiros uma aparente colisão entre os direitos fundamentais individuais, classificados como de 1ª geração/dimensão, e os de 3ª geração/dimensão, assim classificados os direitos difusos, concebidos para proteger a coletividade, definidos por Paulo Bonavides e Paulo Gustavo Gonet Branco, um e outro a seguir:

Os direitos de primeira geração têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdade ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.(...) São os direitos da liberdade, os primeiros a constarem de instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente<sup>177</sup>. [...]

Já os direitos chamados de terceira geração peculiarizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos. Tem-se, aqui, o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural<sup>178</sup>.

É necessária, dessarte, a ponderação entre os princípios, ambos de interesse constitucional. De um lado, o direito individual e, de outro, o direito coletivo na persecução penal. Para isso, exige-se do aplicador do direito o bom senso na aplicação do princípio da proporcionalidade, não apenas pela proibição de excesso, vista na dimensão da proteção do indivíduo contra a “mão pesada do Estado”, mas também da vertente protetora. Esta última se mostra na força normativa da Constituição no âmbito de um Estado Democrático de Direito na perspectiva de proteção a direitos fundamentais na seara do direito penal.

<sup>177</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 563-564

<sup>178</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Brasília: Ed. Saraiva, 2010. p. 310-320

Da análise da questão, chega-se a conclusão de que a prova testemunhal nos processos suspensos porque o réu é revel tem caráter urgente, na medida em que não se sabe quanto tempo o réu ficará foragido. Assim, colhida a prova antecipadamente, preserva-se a persecução penal, garantindo-se defensor dativo ao acusado. Além disso, nada obsta, que o réu, ao se apresentar ao judiciário, contradiga as provas constantes dos autos.

Dessa forma, garante-se isonomia de força entre as partes, porque ao Estado será assegurada a persecução penal e, ao réu, no momento em que comparecer ao processo, será dado o direito da ampla defesa e do contraditório, este, ainda que de forma diferida. Assim, o Estado terá efetivado sua intervenção, de forma eficaz, para exercer a missão de um Direito Criminal ajustado na preservação dos direitos fundamentais

Não há aqui a colisão entre o dever do Estado de garantir, na maior medida possível, a operacionalidade do direito penal – persecução penal - e o dever estatal de manter incólume, na maior medida possível, o direito de defesa do acusado – ampla defesa e contraditório.

Assegurar a prova de forma cautelar, nos processos suspensos, nas condições do artigo 366 do Código de Processo Penal é encontrar, a nosso olhar, o equilíbrio entre os extremos do garantismo negativo e do direito penal de intervenção máxima. É aplicar de forma equânime, serena o princípio da proporcionalidade de forma genuinamente garantista, numa interpretação conforme a Constituição, levando-se em conta uma abordagem *mite*. O termo *mite*, citado por Sarlet é segundo Zagrebelsky uma sugestão para um direito que caminha para um direito da equidade, que exige uma particular atitude espiritual do operador jurídico, de estreita relação prática: razoabilidade, adaptação, capacidade de alcançar composições em que haja espaço não só para uma, e sim para muitas razões.

## REFERÊNCIA

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2004.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo:Ed. Martin Claret. 2005.

ÁVILA, Thiago André Pierrobom de. **Provas Ilícitas e Proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos**. Brasília, 2006. 295f. Dissertação submetida à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília para obtenção do título de Mestre em Direito.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 3. ed. Brasília: ed. Brasília jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Ed. Saraiva:, 2009.

BECCARIA, Cesare de. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Ed. Quartier Latin. 2005.

BRASIL. **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: 12 ago. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 455**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?>> Acesso em 15/05/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em **Habeas Corpus nº 83.709/SP**. Relator Originário: Ministro Joaquim Barbosa. Relator para o acórdão Ministro Cezar Peluso. 1ª Turma. Julgado em 30.03.2004. Publicação em 1º.07.2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?>> Acesso em 15/05/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Classe de **Processo:20100020023711HBC**, Relator Silvano Barbosa dos Santos. 2ª Turma Criminal, julgado em 18/03/2010, DJ 14/04/2010 Disponibilizado no DJ-e: 13/10/2010. disponível em <<http://www.tjdft.jus.br/juris/juris3.asp>>. Acesso em 15/05/2013.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: ed. Malheiros, 2010.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. n. 47, p. 61-123, mar./abr. 2004. Publicada na Revista BCCRIM 47 – 2004, decisão retirada em BuerfGE, vol. 39.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar A. R. de. **Curso de Direito Processual Penal**. 2. ed. Salvador: ed. Jus Podivm, 2009.

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