

DIREITO PENAL

ARTIGO

O JUIZ E A GESTÃO DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO: ANÁLISE A PARTIR DOS ARTS. 155 E 156, MODIFICADOS COM A LEI Nº 11.690/2008¹

JUDGES AND PROOF MANAGEMENT IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURAL LAW: ANALYSIS OF ARTICLES 155 AND 156, MODIFIED WITH LAW Nº 11.690/2008

RAFAEL DA SILVA MAIA

Advogado

Ordem dos Advogados do Brasil, Brasil

rafaelfaria@yahoo.com.br

RESUMO: Este trabalho tem como escopo analisar a lei modificadora do tratamento das provas no Processo Penal Brasileiro (Lei nº 11.690/2008), especificamente nos arts. 155 e 156. A partir da teoria de Elvio Fazzalari do processo como procedimento em contraditório, estudou-se criticamente a discricionariedade do juiz na gestão da prova em detrimento da simetria entre as partes e do contraditório, e, à luz da teoria do discurso de Habermas, verificou-se a ilegitimidade do protagonismo judicial no processo que deveria ser espaço discursivo para a participação igualitária dos afetados pela decisão. A atribuição de poderes instrutórios àquele que também julgará – ainda mais *ex officio* e unilateralmente – fere a imparcialidade.

¹ Artigo originado de resultados da pesquisa financiada pelo Programa de Bolsas de Iniciação Científica (PROBIC PUC Minas-2009).

lidade, a isonomia, o contraditório e a ampla defesa, importantes elementos do princípio do devido processo legal e do paradigma do Estado Democrático de Direito. Com isso, as reformas parciais realizadas no processo penal, no que tange à prova, não combatem a estrutura inquisitória de um Código elaborado há mais de 70 anos e numa época em que era inexistente a democracia.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal; gestão da prova; reformas; Lei nº 11.690/2008.

ABSTRACT: This work has as scope the analysis of the law that modifies the handling of evidence in the Brazilian Penal Procedure, Law nº 11.690/2008, specifically in Articles 155 and 156. From Ellio Fazalari's theory of the process as a procedure in the adversary system, one discusses the judge's discretion in the management of proof in detriment to the symmetry between the parties and the adversary system. Moreover, in the light of Habermas' discourse theory one verifies that there is an illegitimate role in the judicial process that should provide opportunity for the equal participation of those affected by the decision. One discusses that by giving powers during the preliminary investigation to the judge who does so *ex officio* and even unilaterally, important elements of the principle of due process such as fairness, equality, adversary system and full defense are impaired.

KEY WORDS: Criminal Procedure; management of proof; reforms; Law nº 11.690/2008.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O processo como procedimento em contraditório. 3. O paradigma do Estado Democrático de Direito. 4. Teoria do discurso. 5. As reminiscências do sistema inquisitório na produção de provas e a discricionariedade dos juízes. 6. O processo como construção do provimento. 7. Os arts. reformados 155 e 156. 7.1. Os arts. 155 e 156 do CPP, reformados pela Lei nº 11.690/08, nos Tribunais Superiores brasileiros. 7.2. O art. 155 e a produção de provas na fase pré-processual. 7.3. Discricionariedade judicial. 8. Gestão da prova e direitos constitucionais. 9. Inquérito e devido processo legal. 10. Produção de provas na fase preliminar em outros ordenamentos. 11. A imparcialidade na doutrina do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH). 12. ADI 1570: um exemplo

de (in)constitucionalidade da iniciativa probatória do juiz. 13. (In)suficiência das reformas parciais. 14. Conclusão. 15. Referências.

1. Introdução

A reforma trazida pela Lei nº 11.690/08 teve origem no Projeto de Lei nº 4.205, de 12 de março de 2001, de autoria do Poder Executivo, e destinou-se a alterar os dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal – CPP) em nome da celeridade, da simplicidade e da modernização². Esses objetivos das reformas pontuais, no entanto, podem ser incoerentes com o texto constitucional e seus princípios, como se verá a seguir.

As modificações dizem respeito basicamente a temas relacionados à prova. No entanto, são analisados, especificamente, os arts. 155 e 156 do Código de Processo Penal, à luz da Constituição de 1988, e suas consequências no paradigma do Estado Democrático de Direito. Para tanto, afere-se a (in)compatibilidade entre a atuação judicial na produção probatória e o sistema acusatório, tendo-se em vista que tal sistema pressupõe uma nítida separação das funções de julgar, acusar e defender.

Soma-se a isto o comprometimento da imparcialidade do juiz quando realiza a produção do manancial probatório, pois ele já estará vinculado a uma tese que criou, de modo que daí em diante a perseguirá ao arrepio de novas colaborações das partes.

Perceber-se-á que a Lei nº 11.690/2008 não fez o processo penal brasileiro evoluir democrática e constitucionalmente, pois continua a prestigiar um protagonismo judicial que não se coaduna com um Estado Democrático de Direito e não contribui para um processo discursivo de construção do provimento pelos sujeitos, isto é, pelos cidadãos envolvidos.

² Segundo a MENSAGEM Nº 211/2001, o Projeto de Lei nº 4.205, de 2001, cujo relator é o Deputado Ibrahim Abi-Ackel, afirma que o projeto “contém inovações ditadas pela experiência forense como necessárias ao *melhor e mais eficaz desempenho da justiça criminal*.” De acordo com parecer sobre as emendas da Comissão de Constituição e Justiça (Deputado Valtenir Pereira), o projeto tem o “objetivo de aprimorar a produção probatória, adequá-la às novas tecnologias e ainda reduzir demasiados formalismos evitando que o processo possa ser retardado por alegações de nulidade” (grifo nosso).

Ressalte-se ainda que a Constituição Brasileira de 1988 adotou o sistema acusatório e, portanto, todo o direito infraconstitucional – sobretudo o direito penal material e adjetivo – deve ser elaborado, aplicado e interpretado segundo seus estritos moldes. Mas as reformas feitas com base em políticas de repressão criminal podem estar fadadas à incoerência se forem feitas às margens da norma maior (PRADO, 1999, p. 30).

Entretanto, o atual Direito Processual Penal ainda possui resquícios inquisitoriais, pois continua a permitir ao juiz a iniciativa probatória, fazendo que ele acumule as funções de julgar, acusar e defender, e ferindo, por conseguinte, os postulados do sistema acusatório adotado pela Constituição, além de pôr à mostra os resquícios inquisitoriais de nosso Direito Processual (PRADO, 2005; BARROS, 2009, p. 6; LOPES JR., 2003 p. 2; MIRANDA, 2008, p. 1).

O presente trabalho justifica-se pela necessidade de uma hermenêutica condizente com o paradigma do Estado Democrático de Direito e com a Constituição, quanto à gestão da prova pelo Estado-Juiz, pois envolve direitos fundamentais. Com efeito, o Estado já não pode ser compreendido como “instância única de estabilidade ética e a ‘esfera pública não deve se reduzir ao estado’ [...] o público deve ser vislumbrado como dimensão discursiva de mobilização e expressão dos fluxos comunicativos [...]” (OLIVEIRA, 2002, p. 31).

Importa também identificar e refutar cientificamente os resquícios de Direito Processual inquisitório. Porque apresenta tendências inquisitórias³, o Código de Direito Processual Penal Brasileiro, de 1941, é insuficiente ao direito moderno, e as reformas pouco ou nada inovaram com relação à constitucionalidade. Diante disso, é crucial o estudo das reformas feitas no instituto da prova segundo uma hermenêutica constitucional, já que a legislação infraconstitucional não se presta a tanto, apesar das pontuais reformas.

³ Sobre a incompatibilidade do CPP com a atual Constituição, a exposição de motivos do PL 156/2009 assim dispõe: “A incompatibilidade entre os modelos normativos do citado Decreto-Lei nº 3.689, de 1941 e da Constituição de 1988 é manifesta e inquestionável. É essencial. A configuração política do Brasil de 1940 apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas abrigadas no atual texto constitucional” (BRASIL, 2009, p. 15).

2. O processo como procedimento em contraditório

Os pressupostos teóricos foram selecionados com vistas ao paradigma do Estado Democrático de Direito e à Constituição Federal.

Nessa senda, o processualista Elio Fazzalari entende o processo como procedimento em contraditório com simétrica paridade entre os litigantes, prestigiando em sua plenitude o princípio do contraditório previsto no art. 5º, XV, da Constituição Federal.

Fazzalari brilhantemente elege o contraditório como pressuposto inerente ao processo⁴. O contraditório é também princípio constitucional previsto no art. 5º, inciso LV, da CF/88, que dispõe: “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.”

Segundo o processualista italiano Elio Fazzalari⁵, o processo deve ser entendido como procedimento em contraditório com simétrica paridade entre as partes, e o provimento final deve ser construído por todos os sujeitos afetados. Portanto, o provimento, último dos atos da sequência procedimental, deve ser preparado por todos interessados, em igualdade simétrica e mediante o contraditório.

Nas palavras de Fazzalari:

É necessária alguma coisa a mais e diversa; uma coisa os arquétipos do processo nos permitem observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente o contraditório. Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas

⁴ Cumpre esclarecer que, apesar da relevância dada ao contraditório, o autor não estava tratando o contraditório como direito-garantia constitucional, nos moldes do paradigma democrático atual. Segundo o processualista mineiro Rosemiro Pereira Leal, o contraditório para Fazzalari é apenas uma qualidade do processo. (LEAL, 2005, p. 92).

⁵ Conclui-se na doutrina de Fazzalari que o processo é uma espécie da qual o procedimento é gênero, pois processo é procedimento que contém o princípio constitucional do contraditório.

posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados [...]. (FAZZALARI, 2006, p. 119).

Depreende-se da doutrina do autor referido que o processo necessita da efetiva participação em simétrica paridade de todos os possíveis afetados em seu resultado, isto é, deve contraditar não só as partes constantes nos autos, mas também os que porventura serão afetados.

A noção de processo como procedimento em contraditório trouxe maior consonância do processo com o Estado Democrático, pois aquilo que o condiciona e caracteriza é a participação dos sujeitos. Esta concepção diminuiu a concentração do poder de condução e encerramento do processo por parte do Estado-Juiz⁶ e aumentou a necessidade de observância do princípio constitucional do contraditório, o qual, por sua vez, é corolário da ampla defesa.

Ademais, a contribuição de Fazzalari para o processo que inseriu o contraditório “aumentou significativamente a necessidade de participação das partes para a elaboração do provimento final, mitigando a contribuição jurisdicional.” (NASCIMENTO, 2008, p. 59).

À luz da teoria do processo como procedimento em contraditório, conclui-se que deve ser garantida, em simétrica paridade, a participação dos afetados, nos quais não se inclui o magistrado, pois não deve ter interesse no provimento final, com observância incondicional do princípio do contraditório – entendido como direito-garantia do cidadão, constitucionalmente previsto.

⁶ Por outro lado, como afirma Barros (2009, p. 12), a relação jurídica de direito processual coloca o juiz como “super-parte”, de atuação preponderante no processo jurisdicional, e Tornaghi (1987, p. 13) no mesmo sentido assevera que o acusado não pode ser visto como mero objeto do processo, mas sim um verdadeiro sujeito de direitos vinculado à lei e não à discricionariedade do juiz.

3. O paradigma do Estado Democrático de Direito

Em esclarecedora conclusão do artigo intitulado *O paradigma⁷ do Estado Democrático de Direito* e as teorias do processo, aponta Barros:

Assim fica demonstrado que o ponto principal que se denota da teoria do processo como procedimento em contraditório é o seu conteúdo democrático inserido em seus institutos basilares, de legitimação pela participação dos afetados que se reconhecem como autores e destinatários do provimento jurisdicional, diversa da teoria da relação jurídica que em decorrência de seu conteúdo autoritário, derivado com conceito de direito subjetivo, pode fundamentar regimes autoritários. (BARROS, 2003, p. 29).

No Estado Democrático de Direito, as decisões judiciais devem estar de acordo com aquele paradigma. O exercício de interpretação jurídica não pode abstrair-se do “pano de fundo de mundo de vida compartilháveis” (HABERMAS, 2003, p.131), do paradigma (KUHN, 2005), pois são “condições de interpretação, são condições de comunicação.” (OLIVEIRA, 2001, p. 144).

Sobre o tema dos paradigmas, ensina o Prof. Marcelo Cattoni *in verbis*:

O direito sob o paradigma do Estado Democrático de Direito não é indiferente às razões pelas quais ou ao modo através do qual o juiz ou tribunal toma suas decisões: ele cobra a reflexão acerca dos paradigmas que informam a própria decisão jurisdicional. (OLIVEIRA, 2001, p. 142).

Habermas leciona que a disputa pela compreensão do paradigma de maneira correta é uma disputa política e que, “no Estado Democrático de Direito essa disputa atinge todos os envolvidos” não se tornando um discurso apenas de especialistas isolados (HABERMAS, 2003, p. 131).

⁷ Galuppo considera mais adequado o termo “matrizes jurídicas” ao invés de paradigmas, pois, segundo ele, entre outros motivos: “[...] o próprio Thomas Kuhn não está certo de que o termo possa ser aplicado fora do domínio das ciências naturais [...]” (GALUPPO, 2007, p. 105).

Pode-se afirmar que uma das importantes contribuições de Habermas para o nosso Direito Processual é a da necessidade de observância dos postulados do Estado Democrático de Direito, que superou tanto a perspectiva do Estado Social, quanto do Estado Liberal.

4. Teoria do discurso

É justamente a eleição do paradigma do Estado Democrático de Direito que nos levou ao estudo de Habermas. O autor entende que esse paradigma pode superar tanto os problemas de um modelo de Estado Social quanto de Estado Liberal, justificando-se ainda uma jurisdição constitucional (OLIVEIRA, 2002, p. 130).

Jürgen Habermas, que advoga que o provimento judicial deve ser construído por todos os sujeitos do processo, onde cada um terá igualdade de participação assegurada por pressupostos comunicacionais para que se chegue a um provimento legítimo, contribui para uma visão mais democrática do processo, uma vez que o juiz deixa de ser uma figura central e é dado lugar às partes. Para ele, a aceitabilidade da decisão como legítima está relacionada com a racionalidade que o discurso confere ao processo.

Um direito legítimo só existe se for resultado da “formação discursiva da vontade e da opinião de cidadão que possuem os mesmos direitos”. Segundo o autor, a autonomia pública, realizada por meio de participação democrática, só será realizada se se garantir a autonomia privada. Portanto, só podem ser consideradas autônomas se os cidadãos se sentirem, ao mesmo tempo, autor e destinatário das normas (HABERMAS, 2003, p. 147).

Assim, a teoria do discurso de Habermas procura atribuir a legitimidade do direito pela construção discursiva da opinião, de tal modo que o direito será aceito racionalmente.

Habermas afirma que a soberania do povo e os direitos humanos conferem legitimidade ao direito moderno. Os dois conceitos estariam interligados quando da realização do exercício da autonomia política “assegurado através da formação discursiva da opinião e da

vontade, não através da forma de leis gerais”. Para que haja uma coesão entre direitos humanos e soberania popular, o direito deve definir as condições sob as quais a comunicação pode ser institucionalizada juridicamente (HABERMAS, 2003, p. 137). O discurso seria então o *locus* para a formação da vontade racional.

A proposta de paradigma de Habermas é o Estado Democrático de Direito. Isso se deve à crise do Estado de Direito, que separava a sociedade em sociedade civil e sociedade política. Entretanto:

A compreensão do autor do que seja a esfera de autonomia pública, também denominada por ele *autonomia cidadã*, não se restringe à clássica divisão de poderes. Para se efetivar a autonomia pública por meio da participação na formação de opinião e vontade, é imprescindível a atuação dos sujeitos de direito, seja mediante a opinião pública, como agente controlador da atuação estatal, mas, principalmente, mediante sua participação no processo decisório, seja também na atuação legislativa, por meio de direitos políticos, participando de eleições, referendos e plebiscitos, ou, ainda, no âmbito administrativo, na definição de pautas de atuação prioritária, mediante audiências públicas com os interessados, ou, mesmo, no âmbito judiciário. (BARROS, 2003, p. 14).

A teoria do discurso tem enfoque no processo de formação política da opinião e da vontade. Não obstante isso, ela não coloca a Constituição em segundo plano, mas “concebe os princípios do Estado Constitucional como resposta à questão de como podem ser institucionalizadas as exigentes formas de uma formação democrática da vontade e opinião” (HABERMAS, 1995, p. 117).

Finalmente, acerca do processo, o autor alemão ensina que “normas de direito processual institucionalizam o processo de decisão judicial”; assim o julgamento e sua respectiva fundamentação “podem ser considerados resultado de um jogo argumentativo [...]” (HABERMAS, 1997, p. 235).

A teoria do discurso de Habermas fomenta o princípio do contraditório e da ampla defesa, por prestigiar o discurso argumentativo das

partes e, por outro enfoque, é a mais condizente com uma hermenêutica constitucional. Na verdade, a doutrina habermasiana também está em sintonia com a escolha constitucional pelo Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF/88), visto que os participantes do discurso para a construção do provimento são também seus codestinatários.

5. As reminiscências do sistema inquisitório na produção de provas e a discricionariedade dos juízes

O primeiro objetivo geral proposto no pré-projeto deste trabalho se refere ao estudo da (in)existência de resquícios inquisitórios em nosso Direito Processual Penal. Para tanto, mister se faz um traçado geral acerca da mais abalizada doutrina.

Inicialmente, é necessário definir o conceito de sistema processual. De acordo com Prado (1999, p. 171), é o modelo adotado pelo Estado na solução dos conflitos na seara penal. São três os sistemas historicamente verificados e ensinados pela doutrina: o inquisitivo, o acusatório e o misto.

Acerca das características mais distintivas de cada sistema processual, cumpre transcrever de início a lição de Fazzalari:

A propósito da ‘cognição’ penal, a história ofereceu três experiências sucessivas: a do processo ‘acusatório’ (oralidade e publicidade da tratção; vínculo do juiz aos fatos adotados e às provas oferecidas pelo acusador e pelo acusado); a do processo ‘inquisitório’ (tratativa escrita e secreta, liberdade do juiz na busca e aquisição de provas); e a do processo ‘misto’ (iniciativa confiada não ao julgador, mas a outro órgão estatal; instrução de tipo acusatório, com oralidade e publicidade; regime de provas do tipo inquisitório, isto é, com poderes bastante conspícuos ao juiz). (FAZZALARI, 2006, p. 301).

Pela doutrina do mestre italiano, percebe-se que a liberdade na coleta de provas é característica do sistema inquisitório.

Outro motivo relevante para que se qualifique como inquisitivo o Direito Processual Penal brasileiro é o fato de que nosso *Codex Pro-*

cessual Penal, datado de 1941, foi elaborado logo após o surgimento do Estado Novo em 1941 (Decreto-Lei nº 3.689), sob inspiração do Código de Processo Penal italiano de 1930⁸, conhecido como *Codice Rocco*, de índole antidemocrática (BARROS, 2009, p. 3).

Por sua vez, Moreira assevera:

Se o velho CPP teve a vantagem de proporcionar a homogeneidade do Direito Processual Penal Brasileiro, trouxe consigo, até por questões históricas, o ranço de um regime totalitário e contaminado pelo fascismo [...] (MOREIRA, 2002, p. 17).

A concentração da gestão da prova conota uma discricionariedade não compatível com o sistema acusatório. Por esse motivo, Coutinho (2008, p. 5) classifica o Direito Processual Penal brasileiro como inquisitivo, e defende ainda o fim do inquérito policial, a fim de que haja somente uma instrução, aquela realizada sob o pálio do contraditório.

6. O processo como construção do provimento

Dada a importância da doutrina fazzalariana sobre o tema, mister se faz dedicar um espaço maior à sua proposta.

Para o autor italiano, processo é espécie do qual procedimento é gênero. Aquele é qualificado⁹ pelo contraditório, realizado em simétrica paridade entre as partes na preparação do provimento final (sentença).

Pode-se afirmar que a distinção entre procedimento e processo não tem um critério teleológico, pois este não é instrumento daquele, mas sim a (in)existência do contraditório. Assim, numa denúncia oferecida

⁸ *In verbis*, a menção expressa feita ao ministro italiano na exposição de motivos do CPP de 1941: “Quando da última reforma do processo penal da Itália, o Ministro Rocco referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar, advertia [...]. A mesma previsão é de ser feita em relação ao presente projeto, mas também são de repetir-se as palavras de Rocco [...]”.

⁹ Conforme já mencionado, Rosemiro Pereira Leal (2001, p. 93) critica a teoria fazzalariana do processo, argumentando que o contraditório não pode ser considerado “qualidade” a ser incorporada ao procedimento, mas como instituto de direito constitucional.

e recebida sem que, no entanto, o réu ainda não tenha sido citado, não se deve falar em processo; será tão somente um procedimento.

A partir dessa doutrina, não é mais possível vislumbrar o processo como mero meio, instrumento da jurisdição (OLIVEIRA, 2000, p. 113; BARROS, 2003, p. 5), conforme defende Dinamarco (2003).

7. Os artigos reformados 155 e 156

7.1. Os artigos 155 e 156 do CPP, reformados pela Lei nº 11.690/2008, nos Tribunais Superiores brasileiros

Faz-se necessário o estudo da aplicação dos artigos 155 e 156 do CPP nos tribunais superiores antes e depois da Lei nº 11.690/2008, sobretudo no STF – que, em última instância, analisa as matérias constitucionais – com o escopo de verificar a efetiva mudança trazida por essa lei. Por outro lado, estuda-se também o entendimento sobre a (in)constitucionalidade na aplicação dos artigos supramencionados.

Os tribunais superiores entendiam, mesmo antes da entrada em vigor do novo art. 155, que o juiz não poderia fundamentar sua decisão unicamente nas provas colhidas no inquérito. Senão, vejamos:

Somente a prova penal produzida em juízo pelo órgão da acusação penal, sob a égide da garantia constitucional do contraditório, pode revestir-se de eficácia jurídica bastante para legitimar a prolação de um decreto condenatório. Os subsídios ministrados pelas investigações policiais, que são sempre unilaterais e inquisitivas - embora suficientes ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público -, não bastam, enquanto isoladamente considerados, para justificar a prolação, pelo Poder Judiciário, de um ato de condenação penal. É nula a condenação penal decretada com apoio em prova não produzida em juízo e com inobservância da garantia constitucional do contraditório. Precedentes. - Nenhuma acusação penal se presume provada. (HC 73338, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 13/08/1996, DJ 19-12-1996).

A proibição de se prolar uma decisão condenatória com base unicamente no inquérito justifica-se pela ausência de contraditório e am-

pla defesa, característico de um procedimento sigiloso e unilateral. A despeito da doutrina que defende a observância do contraditório no inquérito policial, Coutinho (2008) sustenta que, tendo-se em conta o rigor conceitual, não é possível falar em existência de “processo”.

Não obstante, pois, a doutrina que afirma a existência dos referidos princípios, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em recentes julgados, reconhecem a não aplicação do contraditório e da ampla defesa, conforme abaixo¹⁰:

A jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que *‘o inquérito policial é peça meramente informativa, não suscetível de contraditório, e sua eventual irregularidade não é motivo para decretação da nulidade da ação penal’* (HC 83.233/RJ, rel. Min. Nelson Jobim, 2ª Turma, DJ 19.03.2004). *Habeas corpus* denegado. (grifo nosso).

PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. 1. Embora se constate que o inquérito foi presidido por policial militar e não por policial civil, como deveria, verifica-se que foi conduzido dentro do que dispõe o Código de Processo Penal para a sua feitura. 2. *Esta Corte Superior tem entendimento de que o interrogatório extrajudicial é procedimento inquisitivo, e não ato de jurisdição, não sujeito, portanto, à incidência dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.* 3. Eventuais vícios ocorridos durante a realização do inquérito policial não implicam nulidade da ação penal, em razão de ser peça meramente informativa e não probatória, especialmente com a entrada em vigor da Lei n. 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 155 do CPP. STJ- HC 105.949. Relator Min. Jorge Mussi. JULGADO: 14/04/2009. (grifo nosso).

Constata-se que o art. 155 não modificou consideravelmente o Direito Processual Penal brasileiro, pois já se entendia que o juiz não poderia fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos probatórios colhidos no inquérito.

¹⁰ No mesmo sentido: HC 83.233/RJ, rel. Min. Nelson Jobim, STF, 2ª Turma, DJ 19.03.2004; HC 99936/CE - Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJ 10-12-2009.

Outro ponto importante é o da inviabilidade e incompatibilidade do contraditório e da ampla defesa no inquérito, conforme reconhecem os próprios tribunais superiores. Assim, para uma condenação, devem ser relativizadas as provas colhidas nessa fase, e ainda mais imperioso é afastar o julgador dela, pois, sem a efetiva participação do acusado, o juiz tenderá a convencer-se somente do que foi apresentado pela polícia judiciária e pelo Ministério Público, começando o réu em clara desvantagem.

7.2. O art. 155 e a produção de provas na fase pré-processual

O novo art. 155 determina que o juiz deverá formar sua convicção com base nas provas colhidas sob o contraditório judicial, e sua decisão não poderá fundamentar-se exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvando-se as provas cautelares antecipadas.

Percebe-se que o art. 155 não modificou substancialmente a gestão da prova, visto que o juiz ainda poderá utilizar-se amplamente dos elementos colhidos no inquérito, desde que não fundamente sua decisão condenatória unicamente nele.

De acordo com Lopes Jr. (2008, p. 286), o art. 155 ainda permite que o intérprete lance mão de uma fundamentação dissimulada nas provas colhidas no inquérito. Assim, o magistrado que não encontra provas no processo (leia-se procedimento em contraditório com simétrica paridade) irá se socorrer do inquérito (leia-se procedimento secreto) sem contraditório e ampla defesa inviabilizada.

Segundo o pressuposto de que o art. 155 permite a condenação de um cidadão com base no inquérito, ainda que de forma dissimulada, o sujeito processual é ceifado de um direito fundamental previsto na Constituição da República de 1988, no art. 5º, inciso IX, que dispõe: “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”. Não se pode olvidar a lição de Coutinho, segundo o qual não se asseguram os princípios do processo no inquérito.

Há quem leccione a possibilidade de condenação com base nas provas colhidas no inquérito. Para tanto, é necessária a judicialização da prova, ou seja, que elas sejam reproduzidas em juízo, para que se observe o princípio do contraditório¹¹ (MENDONÇA, 2008, p. 76). No entanto, conforme tratado alhures, a iniciativa probatória do magistrado fere não somente o contraditório, mas também a neutralidade judicial. Por isso a súmula vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal (“É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”), apesar de positiva, visto que fomenta o contraditório, não adequa o art. 155 aos ditames constitucionais, pois conserva a iniciativa probatória.

7.3. Discricionariedade judicial

A nova redação do art. 156 atribui grande margem discricionária ao magistrado por permitir que ele busque provas antes mesmo de iniciar o processo, conferindo-lhe a “conveniência” da decisão de considerá-las ou não urgentes, relevantes, adequadas, necessárias e proporcionais. Não se olvidando que isso será feito de forma unilateral.

O art. 156 permite que se fundamente a decisão na discricionariedade e não conforme a participação argumentativa das partes afetadas na decisão (BARROS, 2008, p. 31).

A expressão “discricionariedade”, segundo Leal (2001, p. 44), relaciona-se às teorias do direito administrativo, as quais enfatizam os critérios de conveniência e oportunidade de que se pode valer a administração pública, ao escolher, entre várias possibilidades, aquela que entender aplicável. Isso é compatível com a teoria em que o processo é mero instrumento da jurisdição. Assim, o processo está inserido na administração pública, o juiz poderia gerir o processo de acordo com o interesse da sociedade e segundo objetivos meta-

¹¹ Nessa mesma linha: “Para que seja respeitado, integralmente, o princípio do contraditório, a prova obtida na fase policial terá, para ser aceita, de ser confirmada em juízo, sob pena de sua desconsideração. Tal significa que, acaso não ratificada na fase judicial, a solução será absolver-se o acusado. Precedentes. 2. Apelo raro que não se conhece”. (STJ - REsp 93464 - GO - 6ª T. - Rel. Min. Anselmo Santiago - DJU 29.06.1998 - p. 333).

jurídicos, e “só ele estará apto a dizer onde prevaleceriam o interesse social, a celeridade dos litígios, a conveniência das antecipações de tutela, das liminares e cautelares em geral” (LEAL, 2001, p. 44). Por esse motivo a discricionariedade não encontra justificativa nas atuais constituições democráticas.

8. Gestão da prova e direitos constitucionais

A questão da discricionariedade ou arbítrio na produção de provas no Direito Processual criminal liga-se intimamente à observância ou supressão das garantias do réu; entendido isso como desdobramento paradigmático do Estado Democrático, pois a atividade judicante não é mais exercício solitário do juiz, mas um conjunto de atos sequenciais, em que ele está compulsoriamente vinculado à norma processual, o que confere legitimidade ao processo. Logo, a discricionariedade não se vislumbra como atributo do juiz na condução do processo penal, mais especificamente quanto à produção de provas, porquanto afetaria a simétrica paridade entre as partes (LEAL, 2001, p. 42-45).

Ainda segundo Leal (2001, p. 103), a imparcialidade do juiz não é princípio de Direito Processual, “mas *dever* constitucional do Estado-Juiz, como direito-garantia das partes [...]”, e ela é que garante a isonomia, que é um direito fundamental. Assim, na esteira do pensamento do autor citado, a imparcialidade é que garante a isonomia, autêntico princípio institutivo¹² do processo.

O procedimento em contraditório não pode ser construído em simétrica paridade entre as partes se o juiz estiver comprometido psicologicamente com alguma tese, seja em favor da acusação, seja em favor da defesa; nesse caso, ficaria configurada a parcialidade do juiz.

9. Inquérito e devido processo legal

Para Tucci e Tucci (1989), do princípio do devido processo legal emanam outros princípios como o duplo grau de jurisdição, o juiz

¹² Rosemiro Pereira Leal (2001, p. 103) atribui ao contraditório ampla defesa e isonomia à qualidade de institutos, sem os quais não se pode definir processo em conotação moderna de direito-garantia.

natural, a isonomia, o contraditório e a motivação das decisões judiciais, entre outros.

Toma-se por base também o que foi apontado por Leal no item anterior, ao defender que o comprometimento da imparcialidade judicial afeta consequentemente a isonomia, componente do devido processo legal.

O contraditório

[...] impõe ao juiz a prévia audiência de ambas as partes *antes de adotar qualquer decisão (audiatur et altera pars)* e o oferecimento a ambas das mesmas oportunidades de acesso à Justiça e de exercício do direito de defesa. (GRECO, 2005, p. 72, grifo nosso).

Acontece que o inquérito é caracteristicamente sigiloso¹³, conforme o art. 20 do CPP: “A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”. Portanto, no inquérito não se vislumbra contraditório nem ampla defesa, pois não há transparência garantida ao acusado.

Mas como compatibilizar o inquérito com a constitucionalidade e o sistema acusatório? Há sistemas processuais penais que prevê um juiz atuante na fase instrutória e outro juiz que somente julgará. O Código de Processo Penal português, no seu art. 17, denomina o juiz da primeira fase de “Juiz Instrutor”. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Português assim se manifestou no acórdão n° 581, que discutia a separação de funções entre o acusador, representado pelo Ministério Público, e o julgador:

[...] pois que essa repartição tem tutela constitucional, visando assegurar a imparcialidade e independência dos tribunais e a estrutura acusatória do sistema processual penal e, por essa via, o

¹³ Contudo, “não significa dizer que não devam ser resguardados ao longo do seu curso os direitos fundamentais do investigado, devendo a autoridade policial, o magistrado e o Ministério Público zelar para que a investigação seja conduzida de forma a evitar afrontas ao direito do acusado, como é, por exemplo, o direito à liberdade, pois a polícia não pode, sem autorização judicial, prender quem quer que seja, a não ser em flagrante delito” (GOMES et al, 2007, p. 360).

direito a um processo que assegure todas as garantias de defesa. Significa isto que estas garantias devem compreender-se à luz daquela repartição de competências entre as duas magistraturas, não podendo por isso considerar-se restringidos quando essa repartição é levada às suas últimas consequências. (PORTUGAL, 1998).

10. Produção de provas na fase preliminar em outros ordenamentos

Traçando uma comparação com o processo argentino, Kai Ambos e Choukr apontam o problema no Brasil com relação à (im)parcialidade do juiz que, tendo presidido a fase preliminar, também preside a processual, além da concentração de atribuições do juiz, porque este participa não só como investigador, mas também como instrutor. São suas palavras:

Na Argentina este controle é ou não exercido pelo juiz da instrução – como que um dono da instrução – e que tem interesse considerável no esclarecimento dos fatos;

[...]

Por consequência o juiz de instrução dificilmente pode ser imparcial em seu juízo acerca da legalidade de uma certa intromissão, sendo que quase um ‘juiz em causa própria’.

[...]

Algo semelhante ocorre no Brasil, onde o juiz é o garantidor dos direitos fundamentais do imputado, porém sua imparcialidade é questionável devido ao fato de que o juiz que acompanha a investigação preliminar é também responsável pelo julgamento da causa. (AMBOS; CHOUKR, 2001, p. 236).

A exemplo do sistema argentino, os referidos autores apontam como problemática a manutenção de juízes unipessoais, ou seja, que concentram as funções de investigar e decidir, o que compromete a imparcialidade a que faz jus o acusado.

A intervenção arbitrária na produção probatória é incompatível com o sistema acusatório e com o Estado de Direito. Assim, como meio

de controle da intervenção do Estado na esfera do indivíduo, os ordenamentos procuram garantir a não ingerência. Uma dessas formas é a permissão de que as intervenções sejam realizadas exclusivamente com base na lei. No entanto, adverte Ambos:

[...] em alguns países as regulamentações que facultam tais ingerências são tão amplas que a instrução pode as coordenar arbitrariamente, de modo que, de fato, se desvirtuou a garantia correspondente. (AMBOS, 2001, p. 235).

Logo, é necessário interpretar o art. 155 de modo que as provas coletadas em fase preliminar (antecipada) sejam levadas ao processo em hipóteses excepcionais, como no caso de prova que inequivocamente não se poderá produzir posteriormente. Aliás, o estudo de Ambos e Choukr sobre as reformas na América Latina indica uma tendência de mitigação das faculdades policiais em relação ao acusado e à produção de provas, exemplificando o caso de países como Argentina e Guatemala, onde a polícia não pode sequer interrogar os acusados (AMBOS; CHOUKR, 2001, p. 231).

11. A imparcialidade na doutrina do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH)

No que tange à imparcialidade e aos poderes instrutórios, são paradigmáticos dois casos apreciados pelo TEDH: o caso Piersack, de 1º de outubro de 1982, e o caso Cubber, de 26 de outubro de 1984.

Em artigo intitulado *Juízes inquisidores? e paranóicos: uma crítica à prevenção*, a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Aury Lopes Jr. afirma que o TEDH entendeu que a atuação de um juiz instrutor na fase de sentença viola o direito a um juiz imparcial, culminando numa falta de imparcialidade tanto objetiva quanto subjetiva.

Segundo Lopes Jr., o Tribunal Constitucional espanhol, no mesmo sentido do TEDH, decidiu na Sentença 148/88 que o juiz que instruiu não poderia julgar, pois afetaria a imparcialidade objetiva, isto é, aquela relacionada não com os sujeitos, mas com o objeto do proces-

so. Ressalte-se que na Espanha foi assim adotado um sistema bifásico: uma fase específica para a instrução e outra só para o julgamento.

Ainda que a instrução preliminar suponha uma investigação objetiva sobre o fato [...], o contato direto com o sujeito passivo e com os fatos e dados pode provocar no ânimo do juiz instrutor uma série de pré-juízos e impressões a favor ou em contra do imputado, influenciando no momento de sentenciar. (LOPES JR., 2008, p. 124).

Segundo o autor, o TEDH demonstrou uma justificada preocupação com o que ele chama de “aparência de imparcialidade judicial” que o magistrado deve transmitir aos jurisdicionados. Em outras palavras, “é difícil evitar a impressão de que o juiz (instrutor) não julga em pleno alheamento”. Por esses motivos, escreve o autor, a presunção de parcialidade do juiz que instrui e depois julga é absoluta, segundo o entendimento do TEDH.

Em seu artigo, afirmou que os espanhóis, seguindo a decisão do TEDH, decidiram que o juiz que já atuou na instrução preliminar está prevento e não pode atuar no processo, mesmo tendo somente decretado prisão cautelar.

Nesse sentido, o autor defende que a prevenção deve excluir a competência do magistrado.

O autor conclui que é mister repensar a prevenção e a relação do juiz com o inquérito, ressaltando que a tendência não é um juiz instrutor, mas um juiz garante ou de garantias; advoga que a imparcialidade é comprometida não somente porque o juiz está em contato direto com as fontes de investigação, mas também pelos diversos prejulgamentos que realiza em medidas na fase preliminar, tais como cautelares, busca e apreensão e autorização para escuta telefônica; por último, afirma que a sociedade retrocede por fazer ressurgir o juiz instrutor e por não se repensar a prevenção.

Na fase preliminar, se o juiz toma a iniciativa de produzir provas, sua cognição, conforme afirma Barros (2009, p. 33), ficará afetada. Porque isso levará o juiz a uma atitude de “primeiro se decide e depois se fundamenta”.

Portanto, o entendimento do TEDH acerca do contato que o magistrado que julgará tem com a instrução, isto é, na produção de provas, serve como modelo ao tema em estudo, pois nosso sistema padece do mesmo problema, como na Lei n° 9.034/95 e nos arts. 155 e 156 do CPP.

12. ADI 1570: um exemplo de (in)constitucionalidade da iniciativa probatória do juiz

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1570-2, proposta pelo Ministério Público Federal (MPF), tinha como objeto a declaração de inconstitucionalidade do art. 3 da Lei n° 9.034/95. Esse artigo, em síntese, prescreve que o juiz realizará diligências pessoalmente em caso de crimes praticados por organizações criminosas e em qualquer fase da persecução penal, conforme complementa o art. 2° da mesma lei. Ainda de acordo com o art. 2°, inciso III, as diligências previstas são: “o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.”

O fundamento da ADI foi que o art. 3° da Lei n° 9.034/95 era incompatível com o art. 5°, LIV (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”), e 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”); com o art. 93, IX (“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”), e com o art. 129, I (“é função institucional do Ministério Público: promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”), todos dispositivos da Constituição da República.

O principal argumento aduzido pelo MPF consistia em que o magistrado, ao valorar a prova que ele mesmo produziu, teria sua imparcialidade comprometida; ademais, acrescentou-se que a imparcialidade é “uma das garantias inerentes ao devido processo legal”, e que ficaria ferido o princípio acusatório.

Ao votar pela improcedência da ADI 1570-2, o Min. Carlos Veloso argumentou que:

A figura do juiz estático, espectador do tempo em que o processo nada tinha de público, está superada. O processo hoje tem natureza pública e nele o juiz tem participação ativa na busca da verdade. (BRASIL, 2004, p. 65).

O Min. Pertence, assim como o Min. Carlos Veloso, votou pela improcedência da ADI, argumentando, em síntese, que não se pode exigir um juiz absolutamente neutro, uma vez que o Direito Processual Penal não se encontra sob a égide de um sistema acusatório puro, como se dá no sistema anglo-saxônico¹⁴, no qual o magistrado é totalmente passivo; advogou, ainda, que a iniciativa probatória não colide com a constituição.

No mesmo sentido, o Min. Jobim fundamentou seu voto alegando que em determinadas espécies de crimes “são absolutamente inadequados os instrumentos tradicionais que vêm de um fundamentalismo acadêmico, que não têm nada a ver com a realidade histórica e com a responsabilidade do Estado com a perseguição da organização criminosa”.

Entretanto, votando pela improcedência, o Relator Ministro Maurício Corrêa proferiu em seu voto que:

[...] o art. 3º da Lei 9.034/95 efetivamente cria procedimento excepcional, não contemplado na sistemática processual penal contemporânea, dado que permite ao juiz colher pessoalmente as provas que poderão servir, mais tarde, como fundamento fático-jurídico de sua própria decisão. Indaga-se, por isso mesmo, se o magistrado está imune de influências psicológicas, de tal sorte que o dinamismo de seu raciocínio lógico-jurídico fique

¹⁴ Para Gomes Filho, o sistema *adversary* do *Common Law* atribui a iniciativa probatória exclusivamente a autor e réu, em um disputa retórica - argumentativa. Este sistema coaduna-se “com os ideais de um Estado que se propõe exclusivamente solucionar os conflitos sociais, sem interferir diretamente neles para impor as próprias escolhas [...] a verdade perseguida é própria das coisas humanas” (GOMES FILHO, 1997, p. 39). Não há aqui a busca da verdade absoluta, mas argumentação e persuasão.

comprometido por idéias preconcebidas pondo em risco a imparcialidade de sua decisão? (BRASIL, 2004, p. 53).

Ressalte-se que o art. 3º, § 2º, dispõe que o juiz relatará as informações que obtiver e anexará cópia dos documentos que considerar de relevância probatória. Entretanto, ao apreciar a relevância do que colheu, estará realizando “desde logo um juízo de valor quanto aos meios probantes, vinculando, por óbvio, sua apreciação subjetiva no momento futuro da sentença.” (BRASIL, 2004, p. 55).

Não bastasse a neutralidade do juiz afetada, a exemplo da Lei nº 9.034/95, ao realizar pessoalmente diligências probatórias a fim de resguardar sigilo resultará na mitigação da confiabilidade do Ministério Público, legítimo titular da ação penal, pois a produção probatória será exercida por uma só pessoa, o juiz, afastando-se assim “o *parquet* e a Polícia da realização do inquérito”. (BRASIL, 2004, p. 56).

Por fim, conclui o Min. Maurício Corrêa julgando inconstitucional o art. 3º da Lei nº 9.034 na fração em que tange ao trecho “fiscais” e “eleitorais”.

13. (In)suficiência das reformas parciais

Uma reforma pontual não extermina a característica inquisitorial de nosso Direito Processual Penal.

Moreira ressalta que o Direito Processual Penal pode nos dizer se um Estado é democrático ou totalitário e, valendo-se da lição de Tornaghi, afirma que o direito adjetivo repressivo é “o prolongamento e a efetivação da constituição em sua parte que trata de direitos e garantias individuais” (MOREIRA, 2005, p. 64).

O mesmo autor leciona que o sistema acusatório é o mais adequado a uma democracia, pois separa bem as funções do processo.

No entanto, o sistema processual brasileiro, considerado por alguns misto (PITOMBO, 2008, p.20) e por outros inquisitório (COUTINHO,

2006, p. 2; MACHADO, 2009, p. 2883; PACHECO, 2006, p. 49), muito se afasta dos preceitos constitucionais da “constituição cidadã”¹⁵.

Pelos entendimentos acima expostos, é imperioso concordar com o parecer de Barros de que uma reforma apenas pontual não extermina a herança inquisitorial de nosso Direito Processo Penal¹⁶. Coutinho (2008, p. 5), nesse mesmo sentido, afirma que uma reforma pontual não vai ao núcleo problemático, isto é, o princípio inquisitivo.

14. Conclusão

Faz-se mister a completa assimilação da teoria fazzalariana do processo à estrutura processual penal brasileira, sobretudo quanto à gestão da prova, por considerar o contraditório elemento indissociável do processo e necessário à construção de qualquer provimento, incluindo-se a produção da prova. Assim, prova seria aquela produzida em contraditório, excluindo-se o material colhido no inquérito não submetido ao contraditório na fase processual.

Pode-se afirmar que o processo sob a ótica de Fazzalari, de acordo com o conceito científico, adequa-se ao paradigma do Estado Democrático de Direito, pois atribui ao princípio constitucional do contraditório elemento indissociável ao processo. Por outro lado, a escolha da doutrina habermasiana em relação ao paradigma do Estado Democrático de Direito, também eleito pela Constituição Federal de 1988, art. 1, representa a superação do paradigma do Estado Social, que poderia justificar uma demasiada atribuição de poderes ao Estado (juiz) em face do cidadão, tendo-se em vista a preponderância do interesse coletivo em detrimento dos direitos individuais. Também superado está o Estado Liberal, por garantir apenas a intervenção estatal mínima, sem se ater à igualdade mate-

¹⁵ Expressão usada por Ulisses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, no discurso de Promulgação da CF/88.

¹⁶ Em outra perspectiva, Souza e Carboni: “Pode-se afirmar, com segurança e convicção, que houve um avanço em direção da distinção clara dos papéis desenvolvidos pelo juiz, pela acusação e pela defesa no processo penal brasileiro. Concretizou-se, igualmente, o aprimoramento dos mecanismos de confronto entre os interesses do autor da ação penal daqueles do acusado” (SOUZA; CARBONI, 2008, p. 46).

rial dos indivíduos, incluídos os acusados pelo Estado-Administração e posteriormente julgados pelo Estado-Juiz.

O novo art. 155 ainda permite que o juiz fundamente uma decisão condenatória por meio dos elementos colhidos no inquérito, porém de maneira dissimulada. Assim, a expressão “exclusivamente” deveria ter sido retirada da redação do dispositivo.

Tendo-se em vista o sigilo e a unilateralidade do inquérito, não é possível que nesse tipo de procedimento haja contraditório e ampla defesa de forma plena. Pois não nos parece que a constitucionalidade prevê esses direitos fundamentais de forma restrita, ou mitigada, como na infraconstitucionalidade. Por isso, o valor das informações colhidas nessa fase deve ser repensado, sobretudo quando se usar do art. 155 para se fundamentar uma sentença condenatória, ainda que de forma não exclusiva.

Quando ao juiz se faculta o controle das peças de informação e das diligências de inquérito nos casos em que o Ministério Público, por falta de indício suficiente ou prova de existência de crime, não propõe a ação penal pública, o princípio acusatório é afrontado.

O art. 156 permite que a decisão seja fundamentada na discricionariedade, e não conforme a participação argumentativa das partes afetadas na decisão (BARROS, 2008, p. 31), de modo que esse artigo é mais uma demonstração de que, apesar da eleição constitucional pelo sistema acusatório, a infraconstitucionalidade denuncia a inquisitorialidade.

A produção de provas facultada ao juiz, quando entender que elas são irrepetíveis, atribui a ele um grau elevado de discricionariedade, pois confere, ao juiz somente, a escolha ou não pela produção da prova e ainda lhe dá uma grande margem de poder já na fase inquisitiva.

O contato do juiz, que irá julgar, com a investigação preliminar compromete sua imparcialidade¹⁷, pois ele deixará de ser desinteres-

¹⁷ Ambos identifica no Brasil, México, Paraguai, Uruguai e Venezuela o contato do juiz decisor com a fase de investigação preliminar como comprometedor da imparcialidade. Mas aponta como exemplo positivo na América Latina a Guatemala, pois é possível recusar

sado na lide. Por esse motivo a proposta de emenda apresentada pelo Senado¹⁸, a qual visava suprimir a expressão “exclusivamente” contida no *caput* do artigo, atenderia melhor o princípio da imparcialidade. O argumento do Senado para a modificação foi que “as informações colhidas na investigação não são provas produzidas de acordo com o contraditório”, sendo certo que as informações colhidas no inquérito não deviam sequer ser consideradas, salvo nas provas cautelares ditas irrepetíveis.

15. Referências

AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Método, 2001.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis nº 11.690/08 e nº 11.719/08*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Produção antecipada de provas no processo penal: uma análise da reforma do CPP a partir da compreensão do modelo constitucional de processo, a discussão a respeito das garantias do acusado *versus* eficiência da investigação. In: XVII ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2008, Salvador. *Anais do CONPEDI* - Salvador-BA. Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 2877-2896, 2008.

BRASIL. Senado. Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal/Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. *Projeto de Lei nº 156/2009*. Brasília, DF: Senado Federal, 2009. 133 p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 1570, Rel.: Min. Mauricio Correa. *DJe*, 12 fev. 2004. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 jan. 2011.

se o juiz que interveio em alguma outra etapa do procedimento. (AMBOS, 2001, p. 240).

¹⁸ Emenda nº 1 do Senado ao Projeto de Lei da Câmara nº 37, de 2007 (PL nº 4.205, de 2001, na Casa de origem), que “Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências.”

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Fundamentos à Inconstitucionalidade da delação premiada. *Boletim IBCCRIM*, ano 13, n. 159, fev. 2006. p. 2.

DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

ESPANHA. Tribunal Constitucional. *Plenário Sentencia 148 de 1988*. Relator Juiz Angel Latorre Segura. Disponível em: <<http://www.boe.es>>. Acesso em: 17 jan. 2011.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: A. Milani, 1996. 739 p.

GALUPPO, Marcelo Campos. Matrizes do pensamento jurídico: um exemplo a partir da literatura. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 10, n. 19, p.105-117, jan. 2007.

GOMES, Margarida Maria Nunes de Abreu; RIBEIRO, Bernardo Barrozo; CRUZ Ivana Mauro. O princípio do contraditório e o inquérito policial. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VIII, n. 10, jun. 2007. p. 353-373.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito a prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: RT, 2001.

GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 24, 2005. p. 72.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. vol. I.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. vol. II.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005. (Debates; 115).

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

LOPES JÚNIOR, Aury. Juízes inquisidores? e paranóicos: uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do tribunal europeu de direitos humanos. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 3, n. 10, p. 121-126, 2003.

_____. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. vol. I.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O Processo Penal como instrumento de democracia. *Revista de Estudos Criminais*, ano V, jan./mar. 2005, n. 17. Porto Alegre: Nota Dez. PUCRS. 2005.

_____. A reforma do Código de processo penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n. 11, dez./jan. 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Curso de Direito Constitucional*. Ed. Mandamentos, 2002. 208 p.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. Trad. Isabel Lifante Vidal. In: DOXA. *Cuadernos de filosofía del derecho* [Publicaciones periódicas]. n. 14, Espanha: Universidad de Alicante, 1993.

PACHECO, Denílson Feitosa. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 4. ed. Niterói: Impetus. 2006.

PELLEGRINI, F. M. B. O paradigma do Estado Democrático de Direito e as Teorias do Processo. *Virtualjus: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 1, ano 3, 2004.

_____. O processo, a jurisdição e a ação sob ótica de Elio Fazzalari. *Virtualjus: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 1, ano 2, p. 1-29, 2003.

PORTUGAL. Código de processo penal (1987). *Código de processo penal e outra legislação processual penal*. Lisboa: Aequitas, Editorial Notícias, 1992. 419 p. (Coleção leges).

PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. Acórdão 581/2000. Proc. n.º 10.83/98. 1ª Secção Relatora: Maria Helena Brito. Disponível em: <w3b.tribunalconstitucional.pt>. Acesso em: 17 jan. 2011.

SOUZA, Luiz Roberto Salles; CARBONI, Christian Marcos. A reafirmação do processo acusatório e contraditório no processo penal brasileiro: As reformas de junho de 2008. *Revista da ESMP*, ano 1, n. 1, v. 2, p. 41-46, jul./dez. 2008.

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1987.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Piersack C.* Bélgica. Demanda nº 8.692/1979, 1º out. 1982. Disponível em: <[http://www.pj.gob.pe/temporales/ddhh/jurisprudencia/sumillas/4tribunaleuropeo/Caso%20Piersack%20contra%20Belgica%201\[1\].10.82.doc](http://www.pj.gob.pe/temporales/ddhh/jurisprudencia/sumillas/4tribunaleuropeo/Caso%20Piersack%20contra%20Belgica%201[1].10.82.doc)>. Acesso em: 10 dez. 2010.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Cubber C.* Bélgica. Demanda 9.186/1980, 26 out. 1984. Disponível em: <[http://www.pj.gob.pe/temporales/ddhh/jurisprudencia/sumillas/4tribunaleuropeo/Caso%20De%20Cubber%20contra%20Belgica%2026\[1\].10.84.doc](http://www.pj.gob.pe/temporales/ddhh/jurisprudencia/sumillas/4tribunaleuropeo/Caso%20De%20Cubber%20contra%20Belgica%2026[1].10.84.doc)>. Acesso em: 10 dez. 2010.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

Artigo recebido em: 13/05/2010.

Artigo aprovado em: 22/06/2011.

DOI: 10.5935/1809-8487.20150006