

**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**

Flaviane de Magalhães Barros*

Felipe Daniel Amorim Machado**

RESUMO

O presente trabalho pretende apresentar as propostas de modificação dos artigos 155 e 156, I, do Código de Processo Penal, apresentadas no projeto de Lei n.º 4207/2001, e discutir a respeito da cognição sobre a produção de prova antecipada, prova essa produzida na fase de investigação criminal como medida cautelar, e sua utilização no processo penal, analisando a questão a partir da crítica à discricionariedade do juiz e estabelecendo uma interpretação a partir da compreensão do modelo constitucional de processo. Assim, o tema da produção antecipada de provas, será analisado tomando como marco a compreensão do processo como garantia no Estado Democrático de Direito, definido a partir do paradigma procedimentalista. Pretende-se, apropriando das discussões sobre a discricionariedade do juiz ocorridas na teoria do direito, apresentar a preocupação em se discutir eficiência da investigação e redução de garantias do acusado, como parâmetro para a fundamentação da decisão sobre antecipação de provas. Neste sentido, conclui o trabalho pela demonstração da necessidade de respeito ao modelo constitucional de processo, compreendido a partir da existência de uma base principiológica uníssona, constituída pelos princípios do contraditório, ampla defesa, fundamentação das decisões e terceiro imparcial, para impedir que a decisão da produção antecipada de provas se funde no subjetivismo do juiz sustentado por argumentos pragmáticos ou políticos.

* Doutora e mestre em direito processual – PUC Minas. Pós-Doutora (CAPES) junto a Università degli studi di Roma TRE. Professora adjunta da PUC Minas, no curso de graduação e pós-graduação em Direito. Professora da Universidade de Itaúna, nos cursos de graduação e pós-graduação. Membro do Conselho Científico do Instituto de Hermenêutica Jurídica/Seccional Minas Gerais. Advogada.

** Graduando em Direito. Pesquisador da PUC Minas FIP/2008. Diretor Presidente do Instituto de Hermenêutica Jurídica/Seccional Minas Gerais.

PALAVRAS CHAVES: ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, PROCESSO PENAL, INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ, PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

ABSTRACT

This work intends to present proposals of modification in the articles 155 and 156, I, of the Criminal Procedure Code, presented in the project of Law 4207/2001, and to discuss about the cognition on the production of evidence produced during preliminaries to trial, which were produced in the phase of criminal inquiry as writ of prevention, and its use in the criminal proceeding, analyzing the question from critics to the discretionary of the judge and establishing an interpretation from the understanding of the constitutional model of process. Thus, the subject of the anticipated discovery, will be analyzed taking as landmark the understanding of the process as guarantee in the Estate of Law, defined from the procedural paradigm. It is intended, appropriating the quarrels on the discretionary of the judge occurred in the theory of law, to present the concern in real efficiency of the inquiry and reduction of guarantees of the defendant, as parameter for the recital of the decision on anticipation of evidence. In this direction, we will conclude the work by demonstrating the necessity of respect to the constitutional model of process, considering the existence of an constitutional principle base, consisting of the principles of the contradictory, legal defense, recital of the decisions and third impartial one, to hinder that the decision of the anticipated discovery establishes in the subjectivism of the judge supported by pragmatic or politics arguments.

KEY WORDS: STATE OF LAW, CRIMINAL PROCEEDING, CRIMINAL INVESTIGATION, DISCRETIONARY OF THE JUDGE, ANTICIPATED PRODUCTION OF EVIDENCE

INTRODUÇÃO

O movimento de reforma da legislação processual possui no Brasil contornos próprios, criticáveis por sua ausência de coesão em relação à legislação já expressa nos códigos de processo civil e processo penal, em virtude da opção legislativa de uma reforma parcial. Também, pode ser criticada em razão da perspectiva de uma reforma que se sustente exclusivamente no interesse de garantir celeridade e eficiência ao direito processual, no sentido de possibilitar o acesso a uma ordem jurídica justa, como se verifica, de forma clara, no movimento de reforma do processo civil.

Na esteira da reforma do processo civil, o Código de Processo Penal, que já teve importantes propostas de reforma total, vem passando por um período de reformas pontuais, que vem se delongando desde 2001, iniciado pelo Poder Executivo a partir dos projetos de lei números 4.203, 4.204, 4.205, 4.206, 4.207, 4.208, 4.209, todos de 2001.

Assim, dentre as preocupações com uma reforma parcial do Código de Processo Penal está, justamente, a de não se conseguir retirar a forte influência inquisitorial e fascista do decreto-lei 3.689/41, e a de compatibilizar o texto reformado com as garantias do processo penal definidas no texto da Constituição da República de 1988, a partir da adoção pelo texto constitucional do paradigma do Estado Democrático de Direito.

É com base nesse panorama que se pretende refletir sobre uma das mudanças do movimento de reforma do processo penal, que se encontra em regime de tramitação de urgência na Câmara dos Deputados, pretendendo uma reflexão sob o marco procedimentalista do Estado Democrático de Direito, que define o processo como uma garantia constitutiva de direitos fundamentais.

O tema específico é a produção de provas determinadas pelo juiz de forma antecipada, como medida cautelar preparatória ao processo penal. A partir do tema, pretende-se discutir as implicações da referida decisão em relação à discricionariedade judicial e ao pragmatismo das decisões, que gravitaram entre o respeito às garantias do acusado e dos investigados e a eficiência e limites da investigação preliminar do inquérito policial. Assim, apropriando-se de críticas à discricionariedade do juiz, seja pela teoria do “Direito como integridade” de Dworkin ou pela legitimidade das decisões garantida pela fundamentação racional com a participação dos afetados, proposição

habermasiana, pretende-se formular uma proposição limitadora da discricionariedade para a fundamentação da decisão de produção de prova antecipada a partir de critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade.

Tal proposição de limitar a discricionariedade passa, no presente estudo, pela compreensão do modelo constitucional de processo, visto como uma base principiológica uníssona, definida a partir da co-dependência entre os princípios do contraditório, ampla defesa, fundamentação das decisões e imparcialidade do órgão decisório. Com base nesta compreensão, no sentido de construir uma argumentação, fundada na participação dos afetados, que garanta a racionalidade das decisões, a partir de uma coerência normativa do discurso de aplicação que volta sua análise ao caso concreto, pretende-se afastar a discricionariedade judicial, impondo limites ao subjetivismo do julgador.

1 – A PRODUÇÃO DE PROVAS ANTECIPADAS E A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

É patente a dificuldade de concretização dos direitos e garantias fundamentais definidos pela Constituição da República/1988 quando se analisa as bases do Código de Processo Penal brasileiro.

A crítica à influência inquisitorial do Código de Processo Penal brasileiro (COUTINHO, 2001) é parte desta grande discussão. Pode-se detectar contornos inquisitórios no processo penal brasileiro seja pela simbiose entre o papel de acusador e julgador, como a prevalência de um órgão julgador que supre as deficiências e atropelos processuais do órgão de acusação, mas também o controla e intervém em sua autonomia, ou seja, o juiz é gestor da prova (COUTINHO, 2001) e ao mesmo tempo aquele que “diz o direito no caso concreto”.

Como assevera Coutinho em relação à dificuldade de compatibilizar o texto do Código de Processo Penal às normas constitucionais garantidoras

A questão é tentar quase o impossível: compatibilizar a Constituição da República, que impõe um Sistema Acusatório, com o Direito Processual Penal brasileiro atual e sua maior referência legislativa, o CPP de 41, cópia malfeita do *Codice Rocco* de 30, da Itália, marcado pelo princípio inquisitivo nas duas fases da *persecutio criminis*, logo, um processo penal regido pelo Sistema Inquisitório. Por evidente que não inventei isto; os fundamentos estão em Cordero, Pisapia, dentre outros e servem para poder ler o processo penal brasileiro e seu desvario persecutório. Ora, hoje ninguém mais com

algum conhecimento duvida que **um sistema processual se define pela gestão da prova e a quem ela cabe** (v. art. 156 e 502, CPP), embora não se descarte ser importante ao sumiço do *actus trium personarum* (Bulgaro) o fato de terem consumido a separação entre acusador-julgador. (COUTINHO, 2007)

A referida influência dificulta, sobremaneira, a implementação integral do princípio do contraditório e da ampla defesa, como se verifica até hoje no procedimento para decretação e manutenção de prisões processuais, sem a previsão sequer de contraditório via direito ao recurso.

Nesse sentido, por mais que a reforma do Código de Processo seja, portanto louvada e mais que necessária, o anteprojeto de Código de Processo Penal de Helio Tornaghi era de 1963, sendo a atual opção política de produzir uma reforma pontual no referido diploma processual, até certo ponto, pouco comprometida com o contemporâneo debate acadêmico e com a participação da comunidade científica. Assim, dispensa-se a discussão justamente dos necessários ajustes da “reforma”¹, quais sejam, as teorias do processo de matiz democrática e a preocupação com o papel do juiz no processo e o respeito às garantias constitucionais.

No sentido do tema proposto para análise no presente estudo, pretende-se discutir as disposições a respeito do papel do juiz na produção das provas, especialmente das provas antecipadas.

Na formulação original do Código de Processo Penal os artigos 155, 156 e 157, dispõem respectivamente, acerca das restrições à produção de provas quanto ao estado de pessoas pelo juiz, da distribuição do ônus da prova, no sentido de que a prova da alegação incumbirá a parte que alegou, mas autoriza o juiz a determinar de ofício a produção de provas para dirimir ponto relevante, e por fim, que a formulação do juízo de convicção será feita pela livre apreciação das provas.

A redação proposta pelo Projeto de Lei n.º 4.205 de 2001, estabelece algumas importantes modificações, mas também mantém parte do texto original do Código que vem sendo questionado, em razão da interpretação adequado à Constituição e à sua base de princípios.

¹ Tome como exemplo a norma do Regimento Interno do Congresso nacional que prevê a adequação dos projetos de Código que a mais de três legislaturas encontram-se em tramitação a necessária adequação ao texto constitucional em vigor, com sua profusão de emendas.

O projeto define a livre apreciação da prova como critério de análise da prova (proposta de nova redação do art. 155²), mas produzida em contraditório judicial, não podendo o juiz fundar a decisão em provas colhidas no inquérito policial.

Tal proposta, vista pontualmente, é uma importante reformulação, pois coloca a garantia do contraditório como base para a cognição do juiz sobre as provas produzidas no processo. E mais, impede que a prova produzida do inquérito, que é uma prova unilateral, produzida pelos órgãos de persecução penal, sem contraditório, seja usada no processo penal.

Contudo, a proposta de redação do artigo 156³, continua a prever que a alegação incumbira à parte que a fizer, ou seja, quem alega deve provar, interpretação inadequada da disposição constitucional da presunção de inocência. Ou seja, pelo princípio da presunção de inocência não cabe a defesa provar a inocência do acusado, mas sim a acusação provar todos os elementos constitutivos do delito. De modo que, ausente as provas para condenação, a única solução possível é a absolvição por insuficiência de provas. Assim, a proposta manteve a formulação original para o ônus da prova das partes, exigindo a sua adequação aos princípios próprios do processo penal, definido na Constituição da República, como é o caso do princípio da presunção de inocência.

Ademais, a proposta do artigo 156, abre espaço para o juiz decidir sobre a produção de provas antecipadas, produzidas, portanto, na fase do inquérito, quando forem urgentes e relevantes, tomando como critério a necessidade, adequação e proporcionalidade. Tal proposição precisa obrigatoriamente passar por uma interpretação constitucionalmente adequada, sob pena de ser uma base para a discricionariedade do juiz, se não for observado o modelo constitucional de processo, que garante a conformação das normas processuais aos princípios do contraditório, ampla defesa, fundamentação das decisões e garantia do terceiro imparcial.

²² “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, irrepetíveis e antecipadas.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.” (BRASIL, CAMARA DOS DEPUTADOS, 2001)

³ “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz:

I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II - determinar, de ofício, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.” (BRASIL, CAMARA DOS DEPUTADOS, 2001)

É justamente a reflexão sobre os impactos e aberturas interpretativas da referida reforma que disciplina os critérios para fundamentar a decisão do juiz que determina a produção antecipada de provas na fase do inquérito policial, que é o tema central do presente estudo.

CAPITULO 02 – A ABERTURA À DISCRICIONARIEDADE: Uma crítica ao Pragmatismo

As alterações propostas pelo projeto de Lei n.º 4207/2001 evidenciam um avanço quanto a atuação do juiz na produção de provas, mas continuam a exigir uma interpretação constitucionalmente adequada, a fim de se observar as garantias do cidadão previstas na Constituição da República/88. Como já evidenciado, há uma contribuição na nova redação do art. 155 do CPP, que reafirma a garantia do livre convencimento motivado, mas que exige, fundamentalmente, o pleno exercício do princípio do contraditório, além da proibição, direcionada ao juiz, de fundamentar suas decisões em elementos obtidos na investigação criminal, fase esta que, apesar das críticas, dispensa a participação das partes e possui conteúdo eminentemente inquisitório.

Embora reconhecidas suas benéficas, o projeto traz algumas disposições de roupagem garantista⁴, que, em verdade, nos remontam à indesejada tradição da discricionariedade oriunda do positivismo jurídico. O art. 156, em seu inciso “I”, ao permitir que o juiz, utilizando-se de um juízo de proporcionalidade e adequação, possa, antes mesmo de iniciada a ação penal, ordenar a produção de provas, sem ouvir as partes afetadas por esta decisão, abre larga margem ao subjetivismo do julgador. Daí, pode vir o contra-argumento de que estas provas só seriam produzidas se demonstrassem ser urgentes e relevantes; entretanto, o problema reside justamente neste ponto, pois, afinal, as provas devem ser urgentes e relevantes na perspectiva de quem? Como se garantir a legitimidade e racionalidade do provimento jurisdicional, afastando de sua construção aqueles que serão por ele diretamente afetados? Estas e outras críticas

⁴ O garantismo, que tem como marco a obra do italiano Luigi Ferrajoli. Como assevera o autor: “entendido como fonte jurídica de legitimação, o princípio da legalidade representa um postulado jurídico do juspositivismo no qual se baseia a função garantista do direito contra o arbítrio (2002, p. 697). Assim, a base do garantismo, que não é uma teoria apenas para o direito penal, mas uma teoria geral do direito, é de conteúdo fortemente positivista, limitador de uma interpretação fundada em princípios jurídicos, distintos dos fundamentos axiológicos.

referentes à necessidade do contraditório no exercício da função jurisdicional e a sua relação com a fundamentação das decisões serão alvo do próximo capítulo.

Por hora, pretende-se demonstrar como a abertura da textura da linguagem disposta na expressão “observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida” presente no inciso “I” do art. 156 do projeto de Lei n.º 4207/2001, abre ao juiz um horizonte discricionário, onde ele pode se valer de argumentos metajurídicos na fundamentação da decisão, eis que neste solipsismo judicial não há limites, senão o próprio subjetivismo do julgador, para avaliar o que é o adequado e o que é o proporcional. Estes argumentos caracterizam um verdadeiro paternalismo exercido pelos juízes, como se eles fossem os guardiães da sociedade, eis que apregoam a utilização, pelo respectivo julgador, de argumentos estranhos ao Direito, em prol da correção prática dos erros perpetrados por outras esferas estatais. Em outros termos, na perspectiva instrumentalista do processo, os juízes devem fundamentar suas decisões em argumentos jurídicos e metajurídicos para concretizar a almejada justiça social, sendo, portanto, o processo interpretado como mero instrumento à disposição do Estado para a efetivação da paz social (DINAMARCO, 1998, p. 159-167).

Na perspectiva da Teoria do Direito, na esteira do pensamento do filósofo do Direito, o americano Ronald Dworkin, estes argumentos que buscam justificar uma decisão demonstrando que ela favorece uma meta coletiva para a inteireza do corpo social, que visam a implementação de políticas públicas⁵, são chamados de “*argumentos de política*”. Já aqueles argumentos que justificam uma decisão buscando demonstrar que ela respeita ou assegura algum direito individual ou de um grupo são denominados “*argumentos de princípio*” (DWORKIN, 2002, p. 36). Esta conceituação é imprescindível para desenvolver a crítica formulada por Dworkin ao pragmatismo, sendo tal discussão completamente aplicável à fundamentação da decisão que concede uma medida de produção de prova antecipada, sob um argumento de política criminal, em detrimento de garantias constitucionais.

O pragmatismo, afirma que as pessoas a nada têm direito senão a uma decisão judicial, que, ao final se coloque como a melhor para a comunidade como um todo, sem

⁵ Dworkin faz uma distinção entre política e diretrizes políticas. Por política (“*politics*”) entende o autor as relações entre os cidadãos de uma comunidade política que se reconhecem como parceiros no direito. Já diretrizes políticas (“*policies*”) significa programas políticos criados para o alcance de determinada meta, meta esta que envolve uma ponderação de custos e benefícios no seio da comunidade, visando produzir um benefício global.

considerar as decisões do passado – os precedentes do direito norte-americano – e nem mesmo os princípios estruturantes daquela sociedade. O pragmatismo sugere que às vezes os juízes devem agir “como se” as pessoas tivessem algum direito, eis que, em longo prazo, tal postura beneficiará a sociedade. A utilização dos direitos nesta perspectiva serve de estratégia ao pragmatismo, pois faz com que as pessoas creiam que seus direitos são realmente considerados. Nestes termos, afirma Dworkin:

“o Pragmatismo não exclui nenhuma teoria sobre o que torna uma comunidade melhor. Mas também não leva a sério as pretensões juridicamente tuteladas. Rejeita tudo aquilo que outras concepções do direito aceitam: que as pessoas podem claramente ter direitos, que prevalecem sobre aquilo que, de outra forma, asseguraria o melhor futuro à sociedade. Segundo o Pragmatismo, aquilo que chamamos de direitos atribuídos a uma pessoa são apenas os auxiliares do melhor futuro: são instrumentos que construímos para esse fim, e não possuem força ou fundamento independentes. (DWORKIN, 2003, p. 195).

Assim, percebe-se que o pragmatismo exige que os juízes pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro, nas circunstâncias dadas, sem nenhuma obrigatoriedade de respeitar ou de manter a coerência de princípio com decisões anteriores ou com normas que proponham uma saída diversa daquela indicada pelo objetivo coletivo, definidos como diretrizes políticas. Neste contexto, diante de um caso concreto que envolva a produção antecipada de provas, o juiz, para atingir a finalidade de uma política criminal estatal, a saber, garantir a eficiência da persecução penal, desrespeita direitos e garantias dos cidadãos sob o argumento de que tal postura se dá em razão de um fim maior, qual seja, fazer o melhor possível para a comunidade como um todo. Situações como esta ocorrem alhures nos Tribunais pátrios, como se afere na leitura do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no bojo dos autos do HC n.º 82.354-8. Trata-se de *writt* impetrado no STF em face de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) que denegou segurança ao remédio constitucional, que possuía como objeto o requerimento de vista de inquérito policial em trâmite perante o Departamento de Polícia Federal em Foz do Iguaçu (PR). Tanto o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, quanto o STJ indeferiram o pleito de vista dos autos com base em argumentos política, que se manifestam no confronto entre garantias do cidadão *versus* interesses públicos - leia-se, finalidades coletivas - conforme se demonstra em trechos extraídos do voto do Ministro Relator Sepúlveda Pertence:

2. O acórdão da instância de origem – o TRF de Porto Alegre – está resumido nesta ementa – f. 98:

“MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO POLICIAL. SIGILO. ART. 20 – CPP. ACESSO AO ADVOGADO. ESTATUTO DA OAB (LEI Nº 8.906/94).

1 – Sendo o inquérito policial um dos poucos poderes de autodefesa do próprio Estado no combate ao crime, deve ser assegurado no transcurso do procedimento investigatório o sigilo necessário à elucidação dos fatos (art. 20 – CPP). Nesse escopo, a regra insculpida no inc. XIV do artigo 7º da Lei n.º 8.906/94 (Estatuto da advocacia) que permite o acesso amplo e irrestrito do advogado aos autos do inquérito policial, deve ser interpretada levando em consideração a supremacia do interesse público sobre o privado, devendo ser restringida a publicidade nos casos em que o sigilo das investigações seja imprescindível para a apuração do ilícito penal e sua autoria, sob pena do procedimento investigatório tornar-se inócuo, em flagrante desatenção aos interesses da segurança social.

2 – Se nos processos judiciais ou administrativos sob o regime de segredo de justiça o próprio Estatuto da Ordem estabelece restrições ao princípio da publicidade (art. 7º, §1º) com muito mais razão deve ocorrer na fase apuratória em que se colhem os primeiros elementos a respeito da infração penal e sua autoria, mormente nos tempos atuais onde se expande a macrocriminalidade (tráfico ilícito de entorpecentes, crimes contra o sistema financeiro nacional, lavagem de ativos provenientes de crimes, etc.) onde, em muitos casos, o sigilo nas investigações é vital para o esclarecimento dos fatos.”

3. Na mesma área de ponderação entre o interesse estatal no sigilo das investigações policiais, de um lado, e, de outro, a garantia da ampla defesa dos direitos do indiciado e as prerrogativas profissionais da advocacia, situou-se a discussão do recurso ordinário, ao qual – contra dois votos vencidos – a Segunda Turma do STJ negou provimento. (...)

06. Como informações, remeteu-me cópia de acórdão do STJ, assim resumindo na ementa da il. Ministra **Eliana Calmon** – RMS 12516:

“ADMINISTRATIVO – INVESTIGAÇÕES POLICIAIS SIGILOSAS – CF/88, ART. 5º, LX E ESTATUTO DA OAB, LEI 8.906/94.

1. O art. 20 do CPP, ao permitir sigilo nas investigações não vulnera o estatuto da OAB, ou infringe a Constituição Federal.

2. Em nome do interesse público, podem as investigações policiais revestirem-se de caráter sigiloso, quando não atingirem o direito subjetivo do investigado.

3. Somente em relação às autoridades judiciárias e ao Ministério Público é que inexistente sigilo.

4. Em sendo sigilosas as investigações, ainda não transformadas em inquérito, pode a autoridade policial recusar pedido de vista do advogado.

5. Recurso ordinário improvido.” (BRASIL, STF, 2004, p. 36).

O Ministério Público Federal, em seu parecer, também se posiciona acerca do confronto entre garantias individuais e objetivos coletivos, conforme disserta o Ministro relator Sepúlveda Pertence:

10. *Ad cautelam*, requeri se pronunciasse o Ministério Público Federal sobre o mérito da pretensão.(...)

12. O parecer apela ao princípio da proporcionalidade ou ao uso da razoabilidade para, ao final da ponderação entre os interesses em confronto asseverar:

“E o ponto de equilíbrio está em assentar-se que:(...)

5º) A interpretação aqui elaborada dos *incisos XIV e XV do artigo 7º*, do Estatuto do Advogado *não é restritiva, mas compreensiva, porque obediente ao princípio da proporcionalidade* no embate jurídico, sob o prisma processual penal, entre a *pessoa e a sociedade*.” (BRASIL, STF, 2004, p. 37-39).

No julgamento de mérito do *habeas corpus*, o STF, utilizando-se, na perspectiva de Dworkin, de uma interpretação construtiva do direito, a partir dos princípios estruturantes de uma autêntica comunidade de princípios⁶, concedeu a ordem, reconhecendo ao advogado o direito de acesso aos autos como corolário dos direitos fundamentais do indiciado.

2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado – interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial –, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (L. 8906/94, art. 7º, XIV), da qual – ao contrário do que antes previu as hipóteses assemelhadas – não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade. (BRASIL, 2004, p. 29-30)

Como se percebe, todas as decisões anteriores à do STF, bem como o parecer do Ministério Público Federal, fizeram um juízo de proporcionalidade tendo de um lado os direitos do cidadão, no caso do indiciado, e por outro a eficiência das investigações que, naquele caso específico, representam os interesses do Estado. Nesta relação os direitos são vistos como bens negociáveis, eis que podem ser afastados em prol de medidas que tragam benfeitorias ao corpo social. Cattoni de Oliveira bem disserta sobre a posição de Dworkin frente a concorrência entre direitos e programas políticos, ao asseverar

que um direito não pode ser compreendido como um bem, mas como algo que é devido e não como algo que seja meramente atrativo. Bens e interesses,

⁶ HABERMAS, em análise de Dworkin, explicita a comunidade de princípio como “uma comunidade, na qual os parceiros associados do direito se reconhecem reciprocamente como livres e iguais” (HABERMAS, 1994, p. 267); o próprio Dworkin disserta sobre o tema afirmando que “os membros de uma sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam. Assim cada membro aceita que os outros têm direitos, e que ele tem deveres que decorrem desse sistema, ainda que estes nunca tenham sido formalmente identificados ou declarados.” (DWORKIN, 2003, p. 250)

assim como valores, podem ter negociada a sua “aplicação”, são algo que se pode ou não optar, já que se estará tratando de preferências otimizáveis. Já direitos não. Tão logo os direitos sejam compreendidos como bens ou valores, eles terão que competir no mesmo nível que esses pela prioridade no caso individual. Essa é uma das razões pelas quais, como lembra Habermas, Ronaldo Dworkin haver concebido os direitos como “trunfos” que podem ser usados nos discursos jurídicos contra os argumentos de políticas. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p. 68)

Como dito, os direitos individuais, para Dworkin, servem como trunfos diante das argumentações que pretendem se fundar em objetivos coletivos. Neste sentido, uma concepção principiológica do direito, demanda do Poder Judiciário, não no sentido de se dar curso a concepções particulares do juiz, a respeito do que ele consideraria pragmática ou eticamente preferível, mas sim no sentido de se garantir os direitos fundamentais dos cidadãos. As pessoas não possuem somente os direitos dispostos na legislação aprovada pelo legislador político, mas sim a uma extensão coerente e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado (DWORKIN, 2003, p. 164).

Neste ponto, insere-se o entendimento de Dworkin acerca do conceito de Direito. Para ele, o Direito deve ser entendido como integridade (“*Law as Integrity*”), ou seja, homens livres e iguais dão-se normas para regular suas vidas em sociedade. A teoria do “Direito como integridade” visa garantir tanto a coerência normativa da decisão ao sistema jurídico, quanto a sua adequabilidade ao caso concreto. “*Segundo o Direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal*” (DWORKIN, 2003, p. 272). Estas proposições jurídicas são, para Cattoni de Oliveira,

opiniões interpretativas, que, por isso, devem ser reconstruídas procedimentalmente no presente, voltando-se tanto para o passado (não tomado como dado, mas reflexivamente) quanto para o futuro (como abertura, como possibilidade, mas também como respeito à futuras gerações). O “Direito como integridade” exige que os juízes ao decidirem um caso tomem aquele não como uma série isolada de decisões do passado, mas como um todo. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p. 323)

Isso não quer dizer que o passado institucional seja um todo coerente, de modo que as decisões do passado sejam a mesma decisão que deva ser aplicada hoje. Este passado institucional deve ser reconstruído reflexivamente como uma possibilidade de abertura para o presente e para o futuro.

O “Direito como integridade” se sustenta a partir de um sistema de princípios, que confere legitimidade às decisões das instituições políticas, estando, dentre elas, os tribunais. E, portanto, é justamente esta base legitimadora que vincula o direito afastando a possibilidade do juiz utilizar de seu subjetivismo no ato decisório. Desse modo, encontramos, então, a razão pela qual os princípios compõem a noção de Direito, vinculando os juízes, e ficando, assim, rechaçada a discricionariedade do juiz em moldes positivistas.

A interpretação construtiva, que é aquela que melhor desenvolve o princípio da integridade do Direito, é proposta por Dworkin como sendo a interpretação que trata o sistema de normas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas (DWORKIN, 2003, p. 261). Ensina Habermas que a interpretação construtiva de Dworkin deve

chegar a uma decisão válida na medida em que compensa a indeterminação do Direito apoiando sua decisão na reconstrução que faz da ordem jurídica, de modo que o Direito vigente possa ser justificado a partir de uma série ordenada de princípios. Esta tarefa, que cabe a todo juiz (de qualquer instância), implica que ele deve decidir um caso concreto tendo em mira “o Direito em conjunto” (através dos princípios), o que nada mais é do que sua obrigação prévia frente à Constituição. (HABERMAS, 2003, p. 286).

Neste contexto, conclui-se que a decisão que ordene a produção de provas com base em critérios de adequação e de proporcionalidade deve ser interpretada diante das características do caso concreto, sob argumentos de princípio que justifiquem a aplicação da medida, em respeito a um conceito de “Direito com integridade”, o qual garante a coerência principiológica de todo o sistema de normas e não estabelecendo um critério de ponderação que sopesa e hierarquiza os direitos. Desse modo, se preserva as garantias constitucionais do cidadão, bem como coaduna as inovações legislativas em matéria processual penal com uma interpretação constitucionalmente adequada.

CAPÍTULO 4 – LIMITES CONSTITUCIONAIS À PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NO PROCESSO PENAL: por uma interpretação constitucionalmente adequada

Retomando a crítica já apresentada no capítulo precedente, ao risco do subjetivismo do juiz frente à possibilidade de uma decisão discricionária a respeito da

produção antecipada de provas, em razão da abertura expressa no critério de necessidade, adequação e proporcionalidade, que podem propiciar a ponderação como solução entre o respeito das garantias constitucionais e o cumprimento das políticas criminais, busca-se, na presente seção, definir os limites constitucionais para atuação do juiz.

Ou seja, não se pode, sob o critério de necessidade, adequação ou proporcionalidade, impedir o exercício das garantias constitucionais do acusado e do investigado, excluindo, desse modo, o princípio do contraditório e da ampla defesa na produção de provas antecipadas, determinadas antes mesmo do oferecimento da denúncia. Essa argumentação definitivamente não prospera ante a disposição do próprio projeto de reforma, que prevê, para a nova redação do artigo 155, que a decisão deve se fundar na produção de provas produzida pelo contraditório judicial. Logo, mesmo ainda não iniciado o processo penal, deve-se garantir o respeito ao modelo constitucional do processo.

Nesse sentido, a decisão do Supremo Tribunal Federal que garantiu a assistência do advogado, em voto do Ministro César Peluso, no HC 88190-4, do Rio de Janeiro, em procedimento investigatório prévio presidido pelo Ministério Público, ante a definitividade de provas produzidas nestes procedimentos investigatórios.

Se o sigilo, previsto no art. 20 do Código de Processo Penal, serve à investigação do fato aparentemente criminoso e, ao mesmo tempo, tende a prevenir o sensacionalismo e a preservar a intimidade, a vida privada, a imagem e honra das pessoas envolvidas na apuração, e não menos certo que não pode ser oposto ao indiciado, ou suspeito, nem ao defensor, sobretudo no que se refere aos atos instrutórios.

A juntada de documentos é, ninguém duvida, ato instrutório definitivo, de inegável importância, que pode ser praticado já na fase preparatória da *persecutio criminis*. Juntado, o documento submete-se ao princípio da comunhão da prova.

É este cunho de definitividade inerente a certos atos que exige garantia ao exercício do direito de defesa já na fase preliminar da persecução penal: “*diante da prática de atos de instrução de caráter definitivo, que não mais se repetem, deve-se reconhecer a possibilidade de exercício do direito de defesa no inquérito policial*” (STF, 2006, p 6-8).

Assim, como a prova já possui caráter de definitividade antes mesmo de iniciado o processo penal, deve garantir todos os meios de efetivação do contraditório e da ampla defesa, dentre eles a garantia da assistência de advogado. Mas a perspectiva de

contraditório que aqui se defende é uma apropriação do conceito fornecido por Fazzalari (1992), que o define como a garantia de simétrica participação do afetados pelo provimento. Pretendendo reconstruir esta perspectiva, a partir do paradigma procedimentalista, pode-se sustentar que o contraditório é o espaço argumentativo, garantido aos afetados, na construção participada a decisão (BARROS, 2006).

Assim, o espectro de aplicação do contraditório em procedimentos jurisdicionais ou administrativos, não pode se dar no sentido de ação e reação, mas sim no sentido de garantia de participação dos afetados em iguais medidas na construção do provimento. Já nos advertia Aroldo Plínio Gonçalves que o contraditório não pode ser entendido como “o dizer e o contradizer sobre a matéria controvertida” (GONÇALVES, 1992, p. 127), isto pode até ser o conteúdo do contraditório em algumas estruturas procedimentais, mas não é esta a sua abrangência, pois até mesmo quando se decide a respeito de uma nulidade processual, ou seja, do respeito aos princípios processuais, deve-se oportunizar aos afetados a possibilidade de argumentar a respeito da norma adequada ao caso concreto, discutindo-se qual a norma processual é a adequada naquela situação fática.

Ou ainda, pode-se recordar a distinção pretendida por Andolina e Vignera entre o contraditório estático, demonstrável pela regra do “*audiatur et altera pars*”, e o contraditório dinâmico, entendido como participação, como possibilidade da parte influir ativamente da construção da decisão. (ANDOLINA, VIGNERA, 1997, p. 172)

Assim, não só o contraditório, visto como o espaço argumentativo para construção participada da decisão pelos afetados pelo provimento, mas também a ampla argumentação, a existência de um terceiro imparcial e a fundamentação das decisões, configuram, todos, a base para uma compreensão constitucionalmente adequada do processo. Tais princípios são vistos como co-dependentes no sentido que, apesar de cada um possuir seu espectro de atuação visto isoladamente, os referidos princípios formam uma base uníssona indissociável, na qual a observância a um princípio é condição para o respeito dos demais.

Deste modo, a fundamentação da decisão é indissociável do contraditório, visto que garantir a participação dos afetados na construção do provimento, base da compreensão do contraditório, só será plenamente garantida se a referida decisão apresentar em sua fundamentação a argumentação dos respectivos afetados, que podem,

justamente pela fundamentação, fiscalizar o respeito ao contraditório e garantir a aceitabilidade racional da decisão.

Desta feita, é fácil compreender a co-dependência do contraditório com a necessidade da fundamentação das decisões e suas implicações para a proposta de compreensão de uma teoria geral do processo, vista a partir de um modelo constitucional de processo. Pois, ao se exigir que a construção da decisão respeite o contraditório e a fundamentação, não mais se permite que o provimento seja um ato isolado de inteligência do terceiro imparcial, o juiz na perspectiva do processo jurisdicional.

À co-dependência entre fundamentação das decisões e contraditório se conjuga, também, à necessidade de garantir a ampla argumentação, vista aqui como uma proposta de releitura do princípio da ampla defesa (PELLEGRINI, CARVALHO, GUIMARÃES, 2005), com suas limitações fundadas nas heranças pandectista da *actio*, que vêem a ação como mero direito de formular uma demanda.

A ampla argumentação como garantia das partes, e não como um direito subjetivo do autor, compreende a necessidade de se garantir o tempo do processo para que o esforço re-constutivo dos argumentos do discurso dialético das partes possa ser apropriado, de modo que todas as possibilidades de argumentação sejam perquiridas. Como salienta Günter, na defesa de uma teoria da argumentação jurídica, deve-se pretender a reconstrução da situação através da sua descrição de forma completa para que se garanta a argumentação e aplicação das diversas normas *prima facie* aplicáveis. (GÜNTHER, 1995, p. 301)

Pela interpretação que se pretende dar ao modelo constitucional de processo, fica fácil aqui redefinir a própria compreensão do papel do terceiro imparcial, que não se discute em termos de neutralidade⁷ ou mesmo das implicações de suas escolhas pessoais de vida na formação do seu convencimento ou na dicção do direito, pois, pela perspectiva proposta, o terceiro não é o único e valoroso intérprete do direito. No caso, a imparcialidade se garante pela exigência do esforço argumentativo das partes, que será a base para se construir a decisão presente na fundamentação.

⁷ No sentido da neutralidade defende Coutinho: “Exige-se não mais a neutralidade, mas a clara assunção de uma postura ideológica, Isto é, que sejam retiradas as máscaras hipócritas dos discursos neutrais, o que começa pelo domínio da dogmática, apreendida e construída na base de transdisciplinariedade. (COUTINHO, 2001, p. 48)

Portanto, é garantindo o modelo constitucional de processo, na busca de uma interpretação adequada, que impeça o subjetivismo do juiz para decidir sobre a antecipação das provas, que se propõe a solução para a questão formulada.

Logo, a relação entre estes princípios, base do modelo constitucional de processo, é vista, em sentido de garantir argumentativamente a aplicação das normas jurídicas para que a decisão seja produto de um esforço re-constutivo do caso concreto pelas partes afetadas.

Vislumbra-se, aqui, os limites da fundamentação jurisdicional para impedir o subjetivismo do juiz e sua parcialidade, eis que, embora seja ele um humano com suas convicções e história de vida, a limitação se dá justamente no impedimento de uma fundamentação que extrapole os argumentos jurídicos e na obrigatoriedade de se construir a decisão com a argumentação participada das partes, que, como partes contraditoras, possam discutir a questão do caso concreto, de modo que a decisão racional se garanta em termos de coerência normativa, a partir da definição do argumento mais adequado ao caso concreto. Assim, se pode garantir que um juiz, mesmo com suas convicções, não apresente um juízo axiológico, no sentido de que todos os cidadãos comunguem da mesma concepção de vida, ou que os valores ali expostos na sentença vinculem normativamente todos os demais sujeitos do processo.

Assim, para a garantia do modelo constitucional do processo na produção de provas antecipadas ao processo penal, deve levar em conta a garantia do contraditório na presente perspectiva apresentada. Assim, por mais que os argumentos de urgência e relevância possam justificar decisões as decisões, o conteúdo do que é urgente ou relevante, deve ser construído argumentativamente, isto quer dizer, garantir a participação das partes afetadas na referida decisão.

Logo, mesmo que se defenda que determinadas provas seja antecipadas, dentre elas, por exemplo, pode se tomar a interceptação telefônica, não se pode mais impedir que as partes tenham conhecimento da prova depois que ela foi realizada, (registro da gravação e possível degravação).

Pode-se inclusive questionar a legalidade da decisão que antecipa a prova e não ficar demonstrado, no caso concreto, que seu caráter de urgência e relevância foram realmente observados, sendo tal prova, desse modo, considerada ilícita, nos termos da nova redação do artigo 157, eis que feriu princípios constitucionais.

Observa-se, assim, a ampliação do conceito de contraditório, visto que urgência e relevância conjugada com necessidade, adequação e proporcionalidade, deve, obrigatoriamente, ser argumentativamente demonstrados, garantindo-se não só a participação do autor da ação penal, como também dos investigados, possíveis acusados em processo penal, seja mediante contraditório prévio ou postergado, nesse último caso, através do direito constitucional ao recurso, no caso da reforma, o recurso cabível seria de agravo de instrumento, com base no inciso VI, do artigo 583 da redação proposta no projeto de lei 4.206 de 2001.

CONCLUSÃO

Logo, a grande preocupação é de não se manter as características inquisitórias, que dá aos juízes o poder de gerir a prova no processo penal e no inquérito e que, também, não limita o subjetivismo do juiz, exigindo, assim, que se decida fundamentadamente e garantindo-se o contraditório e a ampla defesa. Em outras palavras, que se garanta a interpretação com base no modelo constitucional de processo.

Neste sentido, o presente artigo pretendeu demonstrar que as alterações da reforma, não podem simplesmente serem vista de forma descontextualizada, que é sempre o grande perigo das reformas pontuais, principalmente em razão do Código que se pretende reformar ter suas matrizes na inquisitorialidade do processo penal italiano dos tempos do Código Rocco.

Para estabelecer a crítica à abertura ao subjetivismo do juiz na redação proposta no projeto de reforma ao CPP, em seu artigo 156, I, buscou-se demonstrar como os direitos são compreendidos como “trunfos”, segundo Dworkin, e a crítica ao decisionismo, que se sustenta em argumentos de política criminal.

Tal preocupação de evitar que se limite a aplicação dos princípios constitucionais do processo foi demonstrada a partir de casos submetidos à decisão do STF, que pretendia impedir o direito a assistência do advogado e o direito de defesa do investigado em nome da eficiência do inquérito policial ou outro procedimento investigatório.

Assim, os limites a produção antecipada de provas pelo juiz no processo penal deve passar obrigatoriamente pela adequação ao modelo constitucional de processo, visto como uma base principiológica uníssona e garantidora de direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale Del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

BARROS, Flaviane de Magalhães. Ensaio de uma teoria geral do processo de bases principiológicas: sua aplicação no processo legislativo, administrativo e jurisdicional In: GALUPPO, Marcelo Campos (org.) **O Brasil que queremos: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: PUC Minas Editora, 2006.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de lei n. 4207**. Brasília: 2001. Acesso: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=26559 , em 10 de abril de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.354-8** Paraná. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Publicado D.J. 24.09.2004.

_____ **Habeas Corpus 88.190-4** Rio de Janeiro. Relator: Min. Cezar Peluso. Publicado D.J. 06.10.2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *in* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____ O Núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro. Texto encaminhado pelo autor, Paraná: 2007.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: Um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: CATTONI DE OLIVEIRA,

Marcelo Andrade (Org.). **JURISDIÇÃO E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2004. Parte I, p. 47-78.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

DWORKIN, Ronald. (1978) **Levando os direitos a sério** [Taking Rights Seriously]. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. [Law's Empire]. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni de diritto processuale**. Padova, CEDAM, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoria de la argumentación jurídica. Trad. Juan Carlos Velosco Arroyo. **DOXA**, V17 -18, PP 271-302, 1995.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros; CARVALHO, Marius Fernando Cunha de; GUIMARÃES, Natália Chernicharo. O princípio da ampla defesa: uma reconstrução a partir do Estado Democrático de Direito. **Anais do VIII Congresso da Pós-graduação em direito** - Fortaleza: Boiteuax, 2005.