

**Direito à prova defensiva e os limites à discricionariedade do julgador  
(a problemática do poder no Processo Penal democrático).**

**Antonio Pedro Melchior<sup>1</sup>.**

*Sumário: Introdução. 1. Ponto de partida: a problemática do poder no Processo Penal democrático; 2. Considerações sobre o direito à prova pela Defesa e o poder discricionário do julgador; 3. Discricionariedade e o perigo da liberdade na atribuição do sentido no Processo Penal: o exemplo privilegiado do art. 400, §1º do CPP e a fuga para os discursos prêt-à-porter. Conclusão. Referências Bibliográficas.*

## **INTRODUÇÃO:**

Este breve ensaio pretende refletir acerca dos limites do poder discricionário do julgador na avaliação do direito à prova exercido pela Defesa no Processo Penal. Para tanto, parte-se da problematização a respeito do próprio exercício do poder em um Processo Penal que acolhe a democraticidade como princípio unificador e que, neste contexto, se assume como a principal estratégia democrática de contenção ao poder punitivo.

As considerações pertinentes ao direito à prova defensiva são tomadas a partir deste ponto de vista, com o que passa a ser necessário, inclusive, redefinir a ideia de discricionariedade para além da clássica conceituação de um juízo de conveniência e oportunidade. Observa-se que tal maneira de se conceber a discricionariedade permite a constituição de um espaço livre ao decisionismo o que, no direito criminal, é quase sempre exercido em reforço a cultura do eficientismo penal a custo da maximização das garantias fundamentais, no caso, identificada na ampla defesa constitucional.

Dessa forma, pretende-se demonstrar que, olhando através do paradigma democrático (cujos pressupostos são avessos à tradição inquisitiva inautêntica), não há tanta liberdade do julgador na extração do sentido contido na norma do art. 400, §1º do Código de Processo Penal.

Disso resulta que, fora dos casos de total inadequação entre o objeto do direito à prova requerido e os termos da imputação, o seu grau de discricionariedade é bastante

---

<sup>1</sup> Graduado pela PUC-RIO, Mestre em Direito pela UNESA, Professor de Processo Penal da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ). Advogado Criminalista.

reduzido, com o que perde valor os discursos de fundamentação prévia reproduzidos acriticamente pela doutrina e pela jurisprudência.

### **1. Ponto de partida: a problemática do poder no Processo Penal democrático:**

A discussão a respeito do poder discricionário do julgador em matéria criminal é, antes de tudo, uma reflexão acerca do seu próprio poder e, naturalmente, do papel que deve ser exercido pelo Processo Penal em sua tarefa de limitá-lo.

Toda reflexão pesa, portanto, sobre o tamanho do espaço conferido ao julgador no ritual judiciário, a considerar o interesse dos modelos processuais autoritários em conceber um largo ambiente de atuação discricionária do juiz.

O Processo Penal democrático incorpora o lugar que fala pelo corpo do cidadão em que o poder atua e, por este motivo, tem uma visão restritiva e absolutamente pessimista da bondade deste poder. Este é o ponto decisivo para começar a pensar a discricionariedade do julgador no Processo Penal.

“A crença na regularidade dos atos de poder, sobretudo do poder punitivo (*potestas puniendi*), define postura disforme dos sujeitos processuais, estabelecendo situação de crise através da ampliação da distância entre as práticas penais e a expectativa democrática da atividade jurisdicional. (...) Logo, em sendo o poder fundamentalmente *exercício* e as práticas penais eminentemente violentas, a perspectiva garantista seria forjada pelo *princípio da irregularidade dos atos dos poderes*, expresso no absoluto pessimismo em relação ao agir persecutório”.<sup>2</sup>

A aplicação do poder, portanto, é o foco intangível da preocupação democrática, ainda mais sensível quando o seu objeto é a vida livre. A suposição de que o seu exercício *goza* na propensão natural de tendência ao arbítrio é a forma encontrada pelo Processo Penal democrático para “criar blindagem prático-teórica contra as violações mesmas”<sup>3</sup>.

A desconfiança no exercício do poder punitivo é, portanto, o reflexo do abismo entre as práticas penais e a expectativa democrática. Afinal, o Processo Penal é também o lugar da *política do sensível*<sup>4</sup>, e frequentemente, aquilo que não se vê ou pensa, produzirá mais significados.

<sup>2</sup> CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. , Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p.75.

<sup>3</sup> CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. op. cit. p.75.

<sup>4</sup>A expressão é rica em reflexões e tem como base os estudos do filósofo francês Jacques Rancière a respeito da “*partilha do sensível*”. Interessante entrevista com o autor sobre “*a associação entre arte e*

Se o lugar que se fala não toma a relação com o poder como fundamento de identificação do núcleo democrático do Processo Penal, tudo muda. Muda a forma com que se compreende o papel do julgador e o limite do poder por ele exercido.

Este é o ponto de partida para se pensar o poder discricionário do juiz.

A investigação a respeito dos limites da discricionariedade do magistrado, em matéria penal, demanda perceber o vínculo incurável entre regime político tendente ao autoritarismo e um amplo espaço de atuação do poder do julgador no Processo Penal.

Essa vinculação remete a uma tradição inquisitiva fortemente encravada na memória das instituições. A tradição<sup>5</sup> revela um repertório de elementos culturais que se projetam no tempo, tem como objeto as crenças, saberes, disposições sociais e instituições, que formam um patrimônio cultural específico.<sup>6</sup> Esta tradição, no caso do inquisitorialismo, deforma o interesse que se tem por um Processo Penal democrático, concebido como *interdição* ao estupor alucionatório do poder punitivo.

Pensar o lugar do julgador e, conseqüentemente, a contenção ao poder discricionário em decidir matérias que afetam direitos fundamentais, de que é exemplo o exercício do direito à prova pela Defesa é, como se observa, extremamente problemático, pois é do patrimônio cultural inquisitivo que a tradição extrai e projeta sua particular forma de pensar todas as categorias do processo.

---

*política*” encontra-se disponível em <http://revistacult.uol.com.br/home/2010/03/entrevista-jacques-ranciere/>, acessado em 12 de maio de 2011. “Penso que a política tem sempre uma dimensão estética, o que é verdade também para o exercício das formas de poder. De certa maneira, não há uma mudança qualitativa entre o discurso em torno do terrorismo hoje e o discurso midiático contra os trabalhadores no século XIX, que dizia que os operários contestadores cortavam pessoas em pedaços. Sempre houve, digamos, uma série de discursos organizados pelo poder. Eventualmente, eles serviram como forma de ilustração. Não há novidade radical. A estética e a política são maneiras de organizar o sensível: de dar a entender, de dar a ver, de construir a visibilidade e a inteligibilidade dos acontecimentos. Para mim, é um dado permanente”.

<sup>5</sup> “La tradición significa, en primer lugar, una superación de las limitaciones espacio-temporales que afectan la experiencia individual, es decir, es una originaria apertura al mundo humano. En segundo lugar, ella es una de las formas inmediatas de inserción del hombre en los procesos de la historia, la cultura, y de las instituciones sociales, morales y jurídicas. Por último, la tradición constituye una parte necesaria del marco perceptivo humano”. ADOLFO LAMAS, Félix. *Tradición, Tradiciones y Tradicionalismo* In: *Tradição, Revolução e Pós-Modernidade*. (Org) Ricardo Dip. Campinas: Millennium, 2001, p. 51.

<sup>6</sup> Em outra ocasião, Félix Lamas oferece outro interessante conceito: Em nossas palavras, por tradição (do latim *tradere*, entregar) entende-se o processo social de constituição de um patrimônio objetivo de bens, crenças, relações e situações concebidas numa determinada sociedade. Representa “a transmissão, por gerações sucessivas, de um patrimônio de valores comuns – espirituais, culturais, religiosos – mantidos sempre no que tem de essencial, corrigidos quando necessário, além de incessantemente melhorados e acrescentados”. Por tradicionalismo político, compreende-se “a defesa e o enaltecimento de um patrimônio de cultura e de valores substanciais de uma sociedade, que vão passando de geração por uma entrega constante” ADOLFO LAMAS, Félix. *Tradición, Tradiciones y Tradicionalismo* in *Tradição, Revolução e Pós-Modernidade*. op. cit. p. 27

Esta constatação coloca em tensão o relacionamento estabelecido entre o sujeito-julgador, o poder discricionário e as garantias fundamentais de que se vale a liberdade em face do *desejo sádico* do punitivismo.

Isso porque, o âmago da democraticidade para o Processo Penal<sup>7</sup> reside nos elementos do sistema destinados a conter e restringir o exercício do poder punitivo, por ser o próprio exercício do poder o núcleo inquebrantável de qualquer preocupação democrática.

Esta é a razão pela qual a argumentação pela legitimidade do poder discricionário do julgador no Processo Penal, em princípio, deve ser recebida com extrema cautela. Ela depende de um cenário processual que garanta um espaço de atuação alargada ao poder do juiz e, neste sentido, flerta com os modelos processuais de fundo autoritário.

Este fenômeno parece ser de difícil compreensão, não apenas pela profunda carga ideológica do Processo Penal, mas também em razão dos efeitos produzidos pela tradição inquisitiva, cujo um dos elementos é justamente a produção subjetiva de um espaço psíquico em que o limite à discricionariedade do julgador é uma questão que nem se coloca (ou não deveria se colocar).

A busca por um Processo Penal democrático, portanto, vem para aproximar o sistema de sua dimensão política, de sua condição de ser uma ultra sonografia das estruturas levantadas pelo poder. Aqui, o exercício do poder nas mãos do julgador é a preocupação central de um modelo concebido, ele mesmo, como *limite* à sanção criminal.

“A relação processual penal é um reflexo da relação entre Estado e indivíduo, entre autoridade e liberdade. Com grande propriedade, tal problema foi sintetizado por Figueiredo Dias: ‘Diz-me como tratas o arguido, dir-te-ei o Processo Penal que tens e o Estado que o instituiu’.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> MARTINS, Rui Cunha. *O ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 93. Rui Cunha Martins trabalha com a idéia de que a *democraticidade* é o princípio unificador do sistema e, nesta qualidade, impõe a eliminação de mecanismos, elementos ou práticas que passem negativamente sob o seu exame. Neste contexto, mesmo a opção por um modelo acusatório é apenas o caminho escolhido para garantir algo mais fundamental do que ele próprio: “a sua bandeira é a da democracia e ele é o modo instrumental de garanti-la. Pouca virtude existirá em preservar um modelo, ainda que dito acusatório e revestido, por isso, de uma prévia pressuposição de legalidade, se ele comportar elementos suscetíveis de ferir o vínculo geral do sistema (o tal ‘princípio unificador’: a democraticidade), ainda quando esses elementos podem até não ser suficientes para negar, em termos técnicos, o caráter acusatório desse modelo. Não é o modelo acusatório enquanto tal que o sistema processual democrático tem que salvar, é a democraticidade que o rege”. MARTINS, Rui Cunha. *O ponto Cego do Direito*. op. cit. p. 93.

<sup>8</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003, p. 106. A respeito da íntima relação entre sistema processual e o regime de poder

A incursão na história revela a conjunção carnal entre o modelo político instituído e o tipo de Processo Penal posto a marchar. Há um núcleo chave do sistema que é tornado claro e, nesta condição, manipulado, aproveitado ou descartado pela ordem política que se institui. Este núcleo envolve o julgador e sua atuação no processo.

Quando o próprio sistema político passa à referência, a relação entre o Processo Penal e o poder fica escancarada<sup>9</sup>. Neste momento, aparece um Processo Penal vocacionado e concebido como um verdadeiro mecanismo de contenção e regulação do ao exercício do poder punitivo, o que o inclui atuar, na medida do possível, como interdição ao comportamento discricionário do julgador.

## **2. Considerações sobre o direito à prova pela Defesa e o poder discricionário do juiz no Processo Penal.**

No Processo Penal, o poder discricionário do julgador é exercido em várias ocasiões, como por exemplo, no momento da aplicação da pena (certa discricionariedade na dosimetria) ou, no que aqui importa, no poder conferido ao juiz de indeferir diligências que, segundo a *sua consciência*, pareçam desnecessárias ou protelatórias.

Neste ponto é preciso redefinir o que se entende por poder discricionário, não para construir um horizonte de expulsão da categoria, mas para refletir um modelo que crie maior segurança nas decisões proferidas pelo Judiciário em matéria processual penal.

O direito à prova, entendido como o direito de influir ativamente na instrução constitui um corolário lógico e fundamental da ampla defesa constitucional e, portanto, estrutura um dos pilares mais sólidos de um Processo Penal democrático.

---

constituído, acrescenta o professor Gustavo Badaró: “O Processo Penal acusatório é expressão de um Estado liberal-democrático, enquanto o processo do tipo inquisitório é ligado a regimes autoritários. Aliás, Julio Maier, apontando a íntima ligação entre o Processo Penal e a natureza do Estado que o institui, afirma que a característica fundamental do processo inquisitivo é a concentração de poder nas mãos de uma única pessoa, o inquisidor, o que é semelhante à reunião dos poderes de administrar, legislar e julgar em uma única pessoa, o ditador, nos regimes absolutistas. Em contrapartida, o sistema de divisões de funções no Processo Penal acusatório tem a mesma finalidade que o princípio da separação dos poderes do Estado: impedir a concentração de poder, evitando que o seu uso se degenerem em abuso”. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*, p. 106).

<sup>9</sup> ROSA, Alexandre Morais da, SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço, *Para um Processo Penal Democrático*. Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 65. “O desenlace desse poder, ou melhor, sua constituição, já foi alinhavado na formação do Simbólico, no discurso do *Outro*, a partir da interface com a *Psicanálise*. A *Jurisdição*, assim, está ligada indissociavelmente ao poder”.

A discricionariedade será pensada na relação que estabelece com o poder do juiz de indeferir diligências requeridas no processo, porque este é um exemplo sintomático da utilização de *discursos de fundamentação prévia* (indeferimento de diligência é igual a poder discricionário), responsável por sepultar a particularidade do caso concreto.

A discricionariedade é um noção nebulosa<sup>10</sup> e, não raras às vezes, confere abertura a manipulações semânticas prejudiciais ao controle do poder no Processo Penal. Importante observar a ponderação do professor Fábio de Oliveira:<sup>11</sup>

“O aspecto fulcral é determinar a envergadura da vinculação e/ou da discricionariedade. Até que medida, se é que possui, o agente exerce *liberdade de avaliação*? Até que esfera o sujeito está vinculado aos ditames normativos, sejam legais ou constitucionais?”

A distinção corrente entre discricionariedade e vinculação tem sido objeto de críticas, conquanto não se possa pensar, mesmo neste último caso, numa hipótese que exclua o exercício psicológico de valoração.

Não há juízos absolutamente vinculados, do que resulta concluir que o Processo Penal democrático deve aprender a conviver com alguma dose de discricionariedade no poder exercido pelo julgador. Aqui reside a problemática envolvendo o direito à prova e o indeferimento das diligências requeridas pelo juiz.

O controle das regras do jogo, principalmente, a preocupação com a duração razoável do processo constitui um dos principais deveres constitucionais acometidos ao juiz criminal. As manobras de natureza protelatória pela Defesa atentam contra a dignidade da jurisdição e, neste contexto, devem ser rechaçadas pelo magistrado, indubitavelmente.

Ocorre que o indeferimento de provas requeridas – na prática direcionadas a atuação defensiva – tem ocorrido de forma indiscriminada, de acordo com a “*consciência*” do julgador. Isto tem conduzido a um decisionismo atentatório ao

---

<sup>10</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 354. Explica o professor Fábio Corrêa Souza de Oliveira que é comum tomar a discricionariedade e a vinculação como termos excludentes, isto é, “onde há juízo discricionário não existe vinculação, ao passo que onde há juízo vinculado não existe discricionariedade. (...) Todavia, é cabível entender que, ao menos em grande número das hipóteses, discricionariedade e vinculação não se opõem na sistemática do *tudo ou nada*, isto é, uma e outra podem conviver na deliberação ou no mesmo ato. Não se falaria, assim, em juízos plenamente vinculados ou completamente discricionários. A discricionariedade e a vinculação variariam, conjuntamente, para mais ou para menos – mais vinculação, menos discricionariedade; mais discricionariedade, menos vinculação – na dependência da singularidade do caso”.

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*, op. cit. p. 355.

sentimento democrático, porquanto confunda o limite entre a legitimidade do juiz na condução do processo e o respeito à garantia fundamental da ampla defesa.

A ausência de uma compreensão constitucional a respeito da importância das garantias fundamentais em face do poder punitivo produz um *vácuo* propício a instituição de um *juízo livre*, “sem balizas, independente de quaisquer parâmetros jurídicos, fora da legalidade e da legitimidade, juízo posto ao exclusivo ou onipotente julgo de quem o toma”<sup>12</sup>.

Considerando a projeção da tradição inquisitiva no Processo Penal, a mera possibilidade de que seja exercido um *juízo sem balizas*, produz um particular perigo à tutela das liberdades, pois não é outro o lugar que o poder flerta constantemente com o arbítrio visando à satisfação do *desejo punitivo*.

Esta é a razão pela qual é preciso redefinir o que se entende por discricionariedade, para além da clássica conceituação do *juízo de conveniência e oportunidade*, aparentemente responsável por delegar ao julgador a possibilidade de decidir “*conforme a sua consciência*”.

“Da definição proposta de discricionariedade, extrai-se uma característica central deste juízo: toda discricionariedade é balizada, circunscrita a um campo de opções. Somente estas opções são lícitas, legítimas, válidas. Não há, pois, *liberdade plena* como a traduzir a prerrogativa de adotar qualquer proceder, qualquer resolução, à parte ou à revelia do Direito. No juízo discricionário, a faculdade somente se dá entre as alternativas tuteladas pela normatividade, isto é, o discernimento do agente é conformado (positiva, negativamente) pela soma ou reunião das opções amparadas ou impostas pela juridicidade frente à conjuntura fática (sistema e tópica)”<sup>13</sup>.

Na prática, o indeferimento de diligências requeridas pela defesa recai justamente naquele vácuo jurídico, hipótese em que a ausência de um conteúdo mínimo que balize as decisões, equipara os conceitos de discricionariedade com o de *arbitrariedade*<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*, op. cit. p. 358.

<sup>13</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*, op. cit. p. 363.

<sup>14</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*, op. cit. p. 363. “Calha registrar que a arbitrariedade se configura por desrespeitar tanto a vinculação (*sentido forte*) quanto a discricionariedade. Duas situações: 1) o ato (comissivo ou omissivo) é arbitrário, equivocado, porque não é o único comportamento correto – por exemplo: embora a norma determine, exclusivamente, a prática de A, a *única resposta certa*, o sujeito pratica B ou não pratica A (segue inerte); 2) a conduta (ação ou omissão) não se encontra entre qualquer das admitidas ou exigidas pelo Direito, não está no rol das posturas pertinentes – por exemplo: a Constituição enseja três atitudes, A, B ou C, porém o sujeito executa D ou não realiza nem A, nem B, nem C (segue inerte).”

De qualquer forma, partindo desta redefinição acerca da discricionariedade, é preciso problematizar se, diante de um pedido defensivo de diligência, por exemplo, uma perícia contábil em crime fiscal, o julgador teria realmente mais de uma decisão tutelada pela normatividade e, portanto, que fossem *igualmente razoáveis*.

Como se vê, para o Processo Penal democrático, a delimitação daquilo que se entende por *decisões igualmente razoáveis* na avaliação do direito à prova pela Defesa é vital.

“Esta *igualdade razoável* não precisa traduzir uma igualdade perfeita, milimétrica, mesmo porque, na maioria das vezes, não existe uma tal igualização, em tudo, inteiramente, ou não se logra mensurar com apuro a este grau. Não é indispensável que um ato seja, fielmente, em todas as minúcias, idêntico ao outro para que se forme entre eles uma *igualdade razoável*. A própria palavra *razoável* está a indicar uma semelhança: as medidas devem ser análogas, sem que tenham que ser uniformes, coincidentes em cada pormenor. As distinções, todavia, não podem chegar ao estágio de apartar uma como a melhor. Admite-se uma simetria ou uma paridade relativa, uma similaridade, equivalência. Por outros termos: há discricionariedade quando existe *dúvida razoável* acerca de qual é o posicionamento correto, quando se tem a certeza de que existem dois ou mais posicionamentos igualmente acertados”.<sup>15</sup>

A definição de discricionariedade segundo aponte à ocorrência de *dois ou mais posicionamentos igualmente acertados* leva, portanto, a pensar se a avaliação pelo julgador do direito à prova exercido pela Defesa no processo é mesmo um desdobramento de seu poder discricionário ou, mesmo que o seja, acarreta reflexões a respeito do limite deste poder.<sup>16</sup>

A dúvida é pertinente, conquanto não se observem semelhança alguma entre as opções que se colocam: defere ou indefere a diligência, confere efetividade ou não ao direito à prova.

O princípio da razoabilidade, sem embargo de sinalizar uma forte indeterminação, tem representado nesta sistemática de definição da decisão, uma *função nodal*, “porque conforma (limita e condiciona), na forma e na substância, as avaliações, seja em relação aos motivos, aos meios ou aos fins”.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*, op. cit. p. 364.

<sup>16</sup> O mesmo não se pode dizer quando o poder discricionário, desprovido de maior reflexão crítica, é concebido unicamente sobre o prisma de um juízo de conveniência e oportunidade do julgador.

<sup>17</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*, op. cit. p. 365.



O problema que se vislumbra, precisamente na questão referente ao exercício da ampla defesa pelo direito à prova, é que a análise mais aprofundada da adequação ou necessidade da medida requerida, por exemplo, pode antecipar parte do convencimento do julgador.

Em outras palavras, a considerar que a prova se destina única e exclusivamente ao próprio julgador, não seria de todo incoerente supor que o indeferimento de determinada diligência coerente com o objeto da imputação antecipa a convicção do que se pretendia provar por aquele instrumento requerido.

Neste contexto, o regime psicológico da imparcialidade do julgador entraria numa “*sinuca de bico*”: Se no exemplo da imputação por um crime fiscal, o pedido de perícia contábil é concebido como inadequado (análise do *sub princípio* da adequação) é de se pensar se não haveria outra medida apta a atingir o mesmo fim buscado. Caso o julgador indefira o requerimento e determine a realização desta outra medida, de ofício, sairá de sua posição de árbitro o que, em termos de Processo Penal democrático, pode importar em violação ao sistema acusatório<sup>18</sup>.

Na hipótese do magistrado entender que o pedido é desnecessário (análise do *sub princípio* da necessidade) então estará produzindo indícios de valoração muito acentuados a respeito daquilo que se pretendia buscar com o direito à prova exercido. Até porque, o processo segue rumo às instâncias superiores, portanto, para além da avaliação daquele juízo e, não raras às vezes, aquilo que o primeiro julgador entendeu como desnecessário poderia ter se mostrado vital à consolidação posterior da tese defensiva.<sup>19</sup>

Consequência parecida ocorrerá no caso em que conclua pela desproporcionalidade do pedido, pois não é dado ao julgador, no início da instrução, perquirir se determinada medida pleiteada tratará ou não benefícios.

---

<sup>18</sup> A passividade do julgador constitui um dos principais pilares do Processo Penal democrático, na medida em que traduz a mais vital característica do sistema acusatório. Esta premissa, sem embargo das divergências existentes, aplica-se, inclusive, à interdição do comportamento ativo pelo julgador no interesse defensivo, pois em qualquer caso o que está em jogo é um valor intangível a jurisdição, qual seja, o regime da imparcialidade.

<sup>19</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*, op. cit. p. 366. A solução do problema da discricionariedade pelo princípio da razoabilidade, em qualquer área do Direito que se pense, encontra uma enorme dificuldade. Há várias questões referentes a análise dos subprincípios da razoabilidade que colocam em xeque a sua utilização como critério seguro de avaliação das hipóteses possíveis de decisão pelo juiz. Por exemplo, “no que conserve ao subprincípio da necessidade, uma medida A pode causar menor ônus ao direito 1 ou ao estado de coisas 2. Como averiguar qual a medida necessária se os referenciais são distintos? (...). O último subprincípio, o da proporcionalidade, expõe que os prejuízos devem ser *proporcionais* ou, melhor, devem ser justificados ou legitimados pelos benefícios trazidos. Quais os favorecidos e os desfavorecidos? A partir de que ponto de pode garantir, com segurança, que os ganhos prevalecem sobre as perdas?”.

“Somente há discricionariedade quando, após o teste dos três subprincípios, subsistem pelo menos duas medidas *igualmente razoáveis*. Esta é a raridade, pois que, sem embargo dos obstáculos, há *uma única resposta certa* na maioria dos casos. Ou seja: o comum (a presunção) é que o princípio da razoabilidade leve à vinculação em *sentido forte*”.<sup>20</sup>

Somente a *hipótese concreta* será capaz de determinar se há vinculação ou discricionariedade, caso em que o julgador deverá cotejar a relação de coerência entre os termos da imputação e a prova que se pretende ver exercida.

O que se almeja com estas ponderações é provocar uma reflexão, não para dizer que os pedidos levados a efeito no processo são impassíveis de análise discricionária do julgador, segundo o princípio da razoabilidade, mas para apontar que é preciso cuidado na forma com que este poder é exercido.

Afinal, não se pode perder de vista que ao impedir que se efetive o direito à prova, mais do que um interesse processual, o julgador estará obstando o exercício da ampla defesa por aquele que, a rigor, é o único destinatário da garantia fundamental estabelecida na Constituição da República: o acusado.

### **3. Discricionariedade e o perigo da liberdade na atribuição de sentido no Processo Penal: o exemplo privilegiado do art. 400, §1º do CPP e a fuga para os discursos *prêt-à-porter*.**

“O próprio positivismo procura controlar a discricionariedade judicial, mediante a elaboração de um discurso *prêt-à-porter*, principalmente – e paradoxalmente – advindo do próprio Judiciário, para, em um processo de retroalimentação, servir de controle das decisões judiciais. Provavelmente por isso, parte considerável da doutrina reproduz a posição dos tribunais, que elaboram uma espécie de versão positivista de ‘discursos de fundamentação prévia’. Isso é feito através de uma estandarização da cultura jurídica (verbetes, ementas, súmulas, etc.)”.

Lenio Streck.

O exercício do direito à prova no Processo Penal coloca o julgador entre a imposição constitucional da garantia à ampla defesa e o dever de conferir efetividade ao direito fundamental ao prazo razoável do processo.

<sup>20</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*, op. cit. p. 366.

A ausência de uma teoria da decisão, porém, tem permitido uma “anarquia” na atribuição de sentido da norma constante do art. 400, §1º do Código de Processo Penal<sup>21</sup>, dispositivo que confere ao julgador o poder de indeferir as provas “*consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias*”.

Este é o problema central: todos os inconveniente a respeito da discricionariedade surge a partir da “delegação” em favor do juiz<sup>22</sup>, no caso, da permissão de preencher conceitualmente e de forma livre aquilo que a sua consciência aponta como *irrelevante, impertinente ou protelatório*.

Para o Processo Penal, “amaldiçoado” com a tarefa de exercer e metabolizar a violência (seja do ato desviante pelo acusado ou o desejo punitivo do julgador), a liberdade na atribuição de sentido pelo magistrado é muito perigosa.

É por isso que é do sentido da Constituição que deve depender o processo de interpretação dos textos normativos do sistema e não da consciência solipsista do *Eu-julgador*. Explica-se:

A resposta hermenêutica que torna visível a Constituição envolve a própria percepção de sentido constitucional de que se parte. Sendo um texto jurídico válido tão somente se estiver em conformidade com a Constituição, a aferição dessa conformidade exige uma pré-compreensão acerca do sentido de (e da) Constituição, que já se encontra em face do processo de antecipação de sentido, numa co-pertença “faticidade-historicidade” do interprete, Constituição e texto infraconstitucional.<sup>23</sup>

Aqui entra a especificidade histórica e ideológica do Processo Penal. Embora a *tradição* nos conduza a vários sentidos de Constituição<sup>24</sup>, em termos de ciência criminal, temos uma Constituição vocacionada a limitar o exercício do poder punitivo, pois como dito no início deste ensaio, não é outra a preocupação democrática que não o próprio poder posto em prática pelo Estado.

A dimensão da democraticidade como princípio unificador do processo penal, impõe, portanto, enfrentar a suspensão dos pré-juízos, responsável por estabelecer o

---

<sup>21</sup> Art. 400.

§1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

<sup>22</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 169.

<sup>23</sup> STRECK, Lenio Luiz, Os obstáculos ao acesso à justiça e a inefetividade da constituição: passados vinte anos, (ainda) o necessário combate ao (velho) positivismo. In: IN JURISPOEISIS, Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá, ano 10, n.10. p 164, 2007.

<sup>24</sup> STRECK, Lenio Luiz, Os obstáculos ao acesso à justiça e a inefetividade da constituição: passados vinte anos, (ainda) o necessário combate ao (velho) positivismo. op.cit. p.164

limite do sentido e o sentido do limite no dizer o Direito<sup>25</sup>. Isto cria um giro imenso na forma com que se deve enxergar o poder discricionário do julgador no Processo Penal.

Mas como romper com a “certeza de si do pensamento pensante”?<sup>26</sup> Eis uma difícil pergunta, a considerar os desdobramentos da tradição inquisitiva no *sensu comum teórico* dos juristas.

Concebido como um objeto de *desejo*<sup>27</sup> do político, o Processo Penal incorpora as redes sociais mobilizadas em torno da manutenção do poder<sup>28</sup> e assim estabelece o diálogo entre a tradição autoritária inautêntica e a efetivação de um modelo de compreensão adequado ao projeto político democrático inscrito na Constituição. Assim, o espaço em que respira a liberdade expõe claramente a tensão ideológica do Processo Penal, responsável por identificar no campo do *simbólico a disputa de sentidos*<sup>29</sup> que conflagra a ação política.

Para refletir a respeito de que sentido constitucional se fala, quando o que está em questão é a dicotomia entre a liberdade e o desejo punitivo, é preciso ter em mente estas divergências, responsáveis por refletirem “diferentes concepções do Estado de Direito, do papel do Direito Penal e do Processo Penal e das funções políticas e propriamente jurídicas que devem ser cometidas ao juiz criminal”.<sup>30</sup>

Todo problema envolvendo o poder discricionário do magistrado e, para o que aqui se tem investigado, a liberdade na atribuição de sentido do art. 400, §1º do CPP

<sup>25</sup> STRECK, Lenio Luiz, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.294

<sup>26</sup> STRECK, Lenio Luiz, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, op. cit. p.297

<sup>27</sup> O desejo é o desejo do *Outro* (Lacan). É no Processo Penal que se consolidam as regras do jogo, concebidos como *entreve à turba sedenta pelo gozo sádico* (Rosa) e, neste contexto, indispensáveis para evitar o *desejo punitivo* e, conseqüentemente, o escoamento da tensão narcísica sobre o outro-acusado. Cf. ROSA, Alexandre de Moraes da e SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um Processo Penal Democrático*: op. cit. p.87.

<sup>28</sup> PRADO, Geraldo. *Em torno da Jurisdição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.118.

<sup>29</sup> PRADO, Geraldo. *Crônicas da Reforma do Código de Processo Penal brasileiro que se inscreve na disputa política pelo sentido e função da Justiça Criminal*. In: Em torno da Jurisdição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 110. É importante ter em vista a advertência de Alexandre Moraes da Rosa: “o processo de *atribuição de sentido* das normas constitucionais não é privilégio do ‘*Monastério dos Sábios*’ (Warat), mas decorre de um processo de compreensão adequada, via círculo hermenêutico, na busca da efetivação do modelo manifestado na Constituição, sem se vincular ao modelo Republicano da maioria”. ROSA, Alexandre Moraes da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material: Aportes Hermenêuticos*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 16/17.

<sup>30</sup> PRADO, Geraldo. *Em torno da Jurisdição*. op. cit. p. 110. A colisão entre ideologias é positiva e saudavelmente comum nas democracias. “a análise empírica será decisiva para ditar que pensamentos, sofisticados ou pobres, segundo certos critérios, foram (e são decisivos) para a determinação das formas de pensar (jurídico) dominantes, em um campo (político) em que a adoção de uma posição específica (escolha) implica, necessariamente, a exclusão de outras possibilidades de ação, em detrimento de grupos sociais precisos. Excluir de plano a importância de idéias sustentadas sem base teórica sólida conforme a doutrina dominante configura grave erro metodológico, cujas conseqüências são significativas”. PRADO, Geraldo. *Em torno da Jurisdição*. op.cit. p.118.

(indeferimento de provas que considere impertinente), repousa nesse abismo ideológico. Mas, já havia alertado o professor Geraldo Prado<sup>31</sup> que o embate seria mesmo assim: “o confronto entre ideias e práticas funcionalistas voltadas à cultura da eficiência punitiva, como propósito de atuação dos agentes do Estado, e a doutrina e as práticas garantistas, herança do Iluminismo, que revelam os vínculos estabelecidos para tutelar as pessoas frente ao arbítrio punitivo”.<sup>32</sup>

A tradição inautêntica, sem dúvida, força extrair da Constituição a legitimação para a expansão do controle social pela ciência criminal, o que conforma de sobremaneira o processo de atribuição de sentido dos textos normativos por muitos magistrados. A tarefa de des-ocultação da função reservada ao direito penal e processo penal democrático (lê-se constitucional) impõe conduzir o discurso jurídico à visibilidade do Direito, sendo esta a *empreitada hermenêutica* de que nos permite enxergar o professor Lenio Streck.

A compreensão do “sentido de Constituição” implica entendê-la “como mecanismo prático que provoca (e pode provocar) mudanças na realidade”<sup>33</sup>, criando uma espécie de “resistência constitucional” aos movimentos de expansão do direito penal, com a conseqüente restrição das garantias processuais penais, no caso, identificada na relação entre o direito à prova e a ampla defesa.

Como se vê, a atribuição de sentido do texto pelo julgador não é tão livre como se pensa. O sentido da Constituição, responsável por oferecer as respostas corretas em matéria penal e processual penal, cumpre uma função contra-majoritária frente à histeria e o desejo punitivo e, neste contexto, limita aquilo que o julgador possa vir incluir no seu conceito de *provas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias*.

Infelizmente, esta compreensão não tem sido incorporada como deveria e quem sofre com isto é o interesse do Processo Penal democrático em limitar o poder e maximizar as garantias fundamentais.

---

<sup>31</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 02. Convém apontar, como faz o autor, que a *ideologia funcionalista* deve ser entendida como “a ideologia da manutenção das coisas como estão, ou, de acordo com Zaffaroni e Nilo Batista, é a ideologia da estabilidade”. PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. op. cit. p. 02. Um Processo Penal fundado na democraticidade e, portanto, na dogmática crítica, seguramente avança sobre os fatores de estabilização do *status quo* e, neste sentido, se distancia muito da ideologia funcionalista colocada naqueles termos.

<sup>32</sup> Com outras palavras, foi o que disse Alfredo Vélez Mariconde quando ponderou que olhássemos à história, momento em que se revelaria a luta incessante entre os interesses sociais e individuais afetados pelo delito e o interesse pela liberdade individual. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho Procesal Penal. Derecho Procesal Penal. Tomo I*. 2ª ed. Buenos Aires: Lerner. p.19

<sup>33</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. op. cit. p.295.

Na prática, o indeferimento de provas requeridas pela parte é levado a efeito sem qualquer problematização adicional, o que em outros termos, seria o mesmo de dizer que não há qualquer preocupação com uma teoria da decisão e, conseqüentemente, com o decisionismo do julgador.

O que se observa no dia a dia forense é a utilização de discursos de fundamentação prévia que simplesmente ignoram o caso concreto, forjando uma espécie de fuga retórica que sepulta as garantias fundamentais concebidas para fazer frente ao poder punitivo. A respeito destes discursos, diria Lenio Streck<sup>34</sup>:

“e tudo volta à origem, com o sacrifício da singularidade do caso concreto, isto é, o que caracteriza o direito como saber prático é obnubilado pelo modelo conceitualista que domina a operacionalidade do direito”.

Como exemplo da utilização indiscriminada de discursos de fundamentação prévia, que não enfrentam a singularidade do caso, colacionam-se algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça. O objetivo é simplesmente demonstrar, por mera amostragem, a repetição de ementas, com lapsos temporais entre as decisões, mas cujo conteúdo reproduz sempre a mesma ideia pasteurizada, “conceitos prévios, abstratos, com pretensões universalizantes”<sup>35</sup>.

HABEAS CORPUS. FLAGRANTE. CRIMES DE EXTORSÃO. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. DECISÃO DEVIDAMENTE MOTIVADA. CONTINUIDADE DELITIVA. REEXAME DE PROVA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. NULIDADE DO FLAGRANTE. PRECLUSÃO. ENCERRAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. PRISÃO QUE SE TRADUZ EM MERO EFEITO DA CONDENAÇÃO.

**1. O Juiz pode indeferir, em decisão devidamente fundamentada, as diligências que entenda ser protelatórias ou desnecessárias, dentro de um juízo de conveniência, que é próprio do seu regular poder discricionário.** Nesse contexto, o reexame da questão demandaria revolvimento do quadro fático-probatório, tarefa sabidamente insuscetível de ser realizada na estreita via do habeas corpus.

2. Não é possível, na via exígua do habeas corpus, proceder amplo reexame dos fatos e das provas para reconhecer que as condutas se consubstanciam em um único crime, sobretudo se a instância ordinária, soberana na análise fática dos autos, restou convicta quanto à configuração da continuidade delitiva.

<sup>34</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. op. cit. p. 170.

<sup>35</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. op. cit. p. 170.

3. Preclusa a alegação de nulidade da prisão em flagrante. A custódia do réu é decorrente de sua condenação nas instâncias ordinárias, providência compatível com o sistema processual vigente, não em virtude do flagrante, que foi relaxado antes, inclusive, da prolação da sentença condenatória.

4. Habeas corpus parcialmente conhecido e denegado.

(HC 61433 / RJ Ministra LAURITA VAZ (1120) T5 - QUINTA TURMA 07/10/2008 DJe 03/11/2008)

CRIMINAL. HC. LATROCÍNIO. QUADRILHA. SEQÜESTRO E CÁRCERE PRIVADO. PROVAS INSUFICIENTES À CONDENAÇÃO. TESTEMUNHOS COLHIDOS NA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. ANÁLISE INVIÁVEL NA VIA ELEITA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DO WRIT. DILIGÊNCIAS REQUERIDAS NA FASE DO ART. 499 DO CPP. PLEITO NÃO APRECIADO EM PRIMEIRO GRAU. NECESSIDADE DO EXAME NÃO DEMONSTRADO PELA DEFESA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. DOSIMETRIA. CONSEQÜÊNCIAS DO CRIME. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. ASPECTOS INDEVIDAMENTE SOPESADOS. EXCESSOS CONFIGURADOS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

Se o Magistrado de 1º grau afirmou que as testemunhas arroladas pelo órgão ministerial foram ouvidas em Juízo, bem como que a defesa desistiu da produção de prova oral, não há que se falar que os testemunhos utilizados para embasar a condenação foram colhidos na fase inquisitorial ou em qualquer procedimento administrativo.

O habeas corpus constitui-se em meio impróprio para a análise do pleito de absolvição do paciente, com base na insuficiência de provas para embasar a condenação, se não demonstrada, de pronto, qualquer ilegalidade ou abuso de poder. Precedentes.

II. A análise de tais argumentos, em razão da necessidade de dilação do conjunto fático-probatório, é inviável na via eleita.

III. Apesar de o pleito defensivo de realização de perícia sobre assinaturas contidas nos autos não ter sido respondido pelo Juízo, a defesa deixou de demonstrar a necessidade de realização da diligência, restando, ainda, comprovada a ausência de prejuízo ao acusado, pois o objetivo da perícia solicitada na fase do art. 499 do CPP estaria em harmonia com as demais provas dos autos.

**IV. O Julgador pode indeferir, de maneira fundamentada, diligências que considere protelatórias ou desnecessárias, tendo em vista um juízo de conveniência quanto à necessidade de sua realização, que é próprio do seu regular poder discricionário.**

(HC 66339 / RJ Ministro GILSON DIPP (1111) T5 - QUINTA TURMA 10/05/2007 DJ 25/06/2007 p. 263)

CRIMINAL. RHC. HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO E HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. BANDO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE ACAREAÇÃO. ILEGALIDADE NÃO-VERIFICADA. RECURSO DESPROVIDO.

I. A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade.

II. Tratando-se de crimes de autoria coletiva, de difícil individualização da conduta de cada participante, admite-se a denúncia de forma mais ou menos genérica, por interpretação pretoriana do art. 41 do CPP.

**III. Não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de pedido de acareação, pois o Julgador pode, de maneira fundamentada, indeferir diligências que considere protelatórias ou desnecessárias, tendo em vista um juízo de conveniência quanto à necessidade de sua realização, que é próprio de seu poder discricionário.**

IV. Recurso desprovido.

(RHC 10704 / SP Ministro GILSON DIPP (1111) T5 - QUINTA TURMA 13/12/2000 DJ 19/02/2001 p. 187)

As ementas acima transcritas utilizam-se da mesma fundamentação prévia, sempre no sentido de estabelecer a legitimidade do julgador em indeferir provas segundo a sua própria consciência (“*juízo de conveniência*”).

“Daí a inevitável pergunta: que importância tem, no plano da ‘fundamentação’ de sentenças e acórdãos, a citação de enunciados ou verbetes do tipo ‘prova para condenar tem que ser robusta’, ‘a palavra da vítima assume especial relevância nos crimes sexuais’, ‘o excesso de prazo caracteriza a ilegalidade da prisão’ (...) a não ser para fazer deduções e, com isto, deixar de lado a especificidade do caso, que se ‘amolda ao conceito’? (...) Na verdade, a utilização desses ‘conceitos’, no interior desse ‘positivismo de causalidade’, tem a função (metafísica) de ‘esconder’ o ‘caso concreto’ (não deixá-lo se revelar, porque a sua revelação representa a faticidade e o mundo prático”.<sup>36</sup>

A utilização de discursos *prêt-à-porter* escondem o caso concreto e fertilizam um abuso da discricionariedade judicial. Mas pode ser pior.

No Processo Penal, o decisionismo que aproxima a discricionariedade do arbítrio é quase sempre manejado em reforço à cultura da eficiência repressiva e, neste contexto, serve para sepultar a vida livre com a cal das garantias fundamentais.

<sup>36</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. op. cit. p. 170.



O estabelecimento de *standarts* conceituais no direito criminal é um jeito concebido pelo sistema para dar roupagem jurídica às violações que ele mesmo promove, alimentando o *sinthoma* contemporâneo da *vontade de punir* que sustenta a fala entorpecente do *populismo punitivo*<sup>37</sup>.

É por isso que o poder discricionário do juiz é uma questão tão delicada e um problema tão genuinamente democrático.

## CONCLUSÃO:

A reflexão em torno da problemática do poder em um Processo Penal concebido como o principal projeto político democrático da república demandaria um esforço maior e, portanto, ir bem mais além. Sem embargo desta observação, algumas conclusões podem ser extraídas deste breve ensaio, no sentido de pensar os limites do poder discricionário do julgador, aqui relacionado na tensão que estabelece com o direito à prova pela Defesa.

1. A democraticidade como princípio unificador do Processo Penal reside nos elementos do sistema destinados a conter e restringir o exercício do poder punitivo. A argumentação pela legitimidade do poder discricionário do julgador no Processo Penal depende de um cenário processual que garanta um espaço de atuação alargada ao poder do juiz e, neste sentido, flerta com os modelos processuais de fundo autoritário.

---

<sup>37</sup> CARVALHO, Salo. *O papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo* (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.9 “O *sinthoma* contemporâneo *vontade de punir*, que atinge os países ocidentais e que desestabiliza a democracia, propicia a emergência das macropolíticas punitivas (populismo punitivo), dos movimentos político-criminais encarceradores (lei e ordem e tolerância zero) e das teorias criminológicas neoconservadoras (atuarismo, gerencialismo e funcionalismo-sistêmico). (...) Viável concluir, pois, que a formação do imaginário social sobre o crime, criminalidade e punição se estabelece a partir de imagens publicitárias, sendo os problemas derivados da questão criminal, não raras vezes, superdimensionados. A hipervalorização de fatos episódicos e excepcionais como regra e a distorção ou incompreensão de importantes variáveis pelos agentes formadores da opinião pública, notadamente os meios de comunicação de massa, densificam a vontade de punir e o punitivismo contemporâneo”. CARVALHO, Salo. *O papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo*, op. cit. p.14. A forma com que o poder discricionário do julgador atua (e mais precisamente, para que lado será exercido) está profundamente embriagada destas considerações, sendo esta a razão pela qual o decisionismo do juiz deve ser combatido em prol da consolidação de um sentimento democrático que definitivamente incorpore a resistência da tradição ilustrada em sua tarefa de limitar o poder punitivo.

2. Um Processo Penal democrático encontra-se intimamente vinculado à sua dimensão política e, neste sentido, tem no exercício do poder nas mãos do julgador a preocupação central de um modelo concebido, ele mesmo, como *limite* à sanção criminal.
3. O direito à prova, entendido como o direito de influir ativamente na instrução constitui um corolário lógico e fundamental da ampla defesa constitucional e, portanto, estrutura um dos pilares mais sólidos de um Processo Penal democrático.
4. As manobras de natureza protelatória pela Defesa atentam contra a dignidade da jurisdição e, neste contexto, devem ser rechaçadas pelo magistrado. Ocorre que o indeferimento de provas requeridas – na prática direcionadas a atuação defensiva – tem ocorrido de forma indiscriminada, de acordo com a “*consciência*” do julgador. Isto tem conduzido a um decisionismo atentatório ao sentimento democrático.
5. A redefinição da ideia de discricionariedade, segundo aponte à ocorrência de *dois ou mais posicionamentos igualmente acertados*, leva a pensar se a avaliação pelo julgador do direito à prova exercido pela Defesa no processo é mesmo um desdobramento de seu poder discricionário ou, mesmo que o seja, acarreta reflexões a respeito do limite deste poder. Neste contexto, conclui-se que somente a *hipótese concreta* será capaz de determinar se há vinculação ou discricionariedade. Para tanto, o julgador está cingido a cotejar se há uma relação de coerência entre os termos da imputação e a prova que se pretende ver exercida.
6. A ausência de uma teoria da decisão tem permitido uma “anarquia” na atribuição de sentido da norma constante do art. 400, §1º do Código de Processo Penal.
7. A projeção da tradição inquisitiva no Processo Penal, fornece a possibilidade de que seja exercido um *juízo sem balizas*, produzindo um particular perigo à tutela das liberdades.
8. Na prática forense, o indeferimento de diligências requeridas pela defesa recai num vácuo jurídico, denunciador da ausência de um conteúdo mínimo que balize as decisões. Esta situação equipara o conceito de discricionariedade com o de *arbitrariedade*.

9. O sentido da Constituição, segundo a tradição ilustrada (cerne do núcleo democrático em matéria criminal), limita de sobremaneira aquilo que o julgador possa vir incluir no seu conceito de *provas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias*.
10. A utilização de discursos *prêt-à-porter* escondem o caso concreto e fertilizam um abuso da discricionarieidade judicial, na medida em que delegam ao julgador *solipsista* a possibilidade de decidir a pertinência do direito à prova defensiva “*conforme a sua consciência*”.
11. O decisionismo aproxima a discricionarieidade do arbítrio e, em temas de direito criminal, é quase sempre manejado em reforço à cultura da eficiência repressiva. É assim que, no Processo Penal, o estabelecimento de *standarts* conceituais são utilizados em detrimento das garantias fundamentais, alimentando o *sinthoma* contemporâneo da *vontade de punir*.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

ADOLFO LAMAS, Félix. *Tradición, Tradiciones y Tradicionalismo* In: *Tradição, Revolução e Pós-Modernidade*. (Org) Ricardo Dip. Campinas: Millennium, 2001.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.

\_\_\_\_\_. *O papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “*O papel do Novo Juiz no Processo Penal*” In: “*Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*”. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (org), Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PRADO, Geraldo. *Em torno da Jurisdição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. *Crônicas da Reforma do Código de Processo Penal brasileiro que se inscreve na disputa política pelo sentido e função da Justiça Criminal*. In: *Em torno da Jurisdição*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material: Aportes Hermenêuticos*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROSA, Alexandre de Morais da e SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um Processo Penal Democrático: Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. *Os obstáculos ao acesso à justiça e a inefetividade da constituição: passados vinte anos, (ainda) o necessário combate ao (velho) positivismo*. In: IN JURISPOEISIS, Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá, ano 10, n.10.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho Procesal Penal. Derecho Procesal Penal. Tomo I.* 2<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Lerner.