*Trabalho revisado em 27.04.2013*

# DA ILEGAL COLHEITA DE PROVA PELO JUIZO

# TITLE: ILLEGAL HARVEST OF PROOF BY JUDGEMENT

# TÍTULO: CAZA ILEGAL DE LA PRUEBA DE JUICIO

**SILVA JÚNIOR, Nelmon J.**[1]

**SUMÁRIO:** delegação de poderes; afronto; princípios de direito administrativo; princípios constitucionais; Art. 156 CPP; magistrado produzir provas; impossibilidade; Art. 129, I, CF; Art. 252, II, CPP; parte no processo; desequilíbrio processual; Princípios da Igualdade/Paridade de Armas; Adauto Suannes; Amilton Bueno de Carvalho.

**RESUMOS**

Sobre a possibilidade do magistrado produzir provas, em nossa análise, resta impossível, vez que geraria, assim, desequilíbrio processual, em patente afronto aos Princípios da Igualdade/Paridade de Armas.
**PALAVRAS-CHAVE:** Art. 156 CPP. Magistrado produzir provas. Impossibilidade. Desequilíbrio processual. Princípios da Igualdade/Paridade de Armas.

**ABSTRACT**

On the possibility of the magistrate produce evidence, in our analysis, it remains impossible, since it would generate, thus procedural imbalance in patent affront to the principles of equality / parity Armas.
**KEYWORDS:** Article 156 CPP. Magistrate produce evidence. Impossibility. Procedural imbalance. Principles of Equality / Parity Arms.

**RESUMEN**

Sobre la posibilidad de la evidencia producto magistrado, en nuestro análisis, sigue siendo imposible, ya que generaría, por tanto desequilibrio procesal en agravio de patente a los principios de la igualdad / paridad de Armas.
**PALABRAS CLAVE:** Artículo 156 CPP. Magistrado presentar pruebas. Imposibilidad. Desequilibrio procesal. Principios de Igualdad / Paridad armas.

---

1. Estudioso do Direito (Processual) Penal. Mantenedor de Blog Científico (http://ensaiosjuridicos.wordpress.com). Membro do Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC; do Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA; da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas – ABRACRIM; da Associação dos Advogados Criminalistas do Paraná – APACRIMI. Membro fundador e Conselheiro Jurídico da Associação Industrial e Comercial de Fogos de Artifícios do Paraná/PR – AINCOFAPAR. Contribuidor das mídias Arcos Informações Jurídicas (www.arcos.org.br); Conteúdo Jurídico (www.conteudojuridico.com.br); e do Portal de Artigos Científicos (http://artigocientifico.uol.com.br). Autor dos livros científicos FOGOS DE ARTIFÍCIO E A LEI PENAL e COLETÂNEAS, além dos livros literários NOFRETETE, COPO TRINCADO e VALHALA.

Parece-me crível que aos integrantes do Poder Judiciário é vedada a delegação de seus poderes, inclusive por afronto aos elementares princípios de direito administrativo, e especialmente por agressão aos princípios constitucionais. Posto isso, passo à discussão do preceito posto pelo art. 156, segunda parte, do Código de Processo Penal, que versa sobre a possibilidade do Magistrado produzir provas, o que ao meu ver é indiscutivelmente inconstitucional.

A Carta Política datada de 05 de outubro de 1988, em seu art. 129, I[2], estabelece privativamente ao Ministério Público a promoção da ação penal pública. Sendo o Ministério Público *litis domini*, não pode o Magistrado participar da colheita da prova, ao império do preceito posto pelo art. 252, II, do Código de Processo Penal[3], sob pena de nulo o ato, por suspeito o magistrado.

Claro que se determinado magistrado participa da colheita da prova, deixa de ser supra-parte, assumindo papel de parte no processo, o que por óbvio é ilegal, além de gerar a uma das partes (defesa) o indesejado desequilíbrio no processo, vez que em inconteste afronto aos sagrados Princípios da Igualdade/Paridade de Armas e da Ampla Defesa.

Desde a promulgação de nossa ulterior Carta Política, inúmeras garantias fundamentais, acabaram por tacitamente revogar preceitos legais, à exemplo do questionado art. 156, segunda parte, CF/88. Assim também entendeu o e. Superior Tribunal de Justiça - desde há muito - como no exemplo do julgamento do RHC 4.769 – PR – 6a Turma (j. 07.11.95 – RT 733/530), rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, malgrado, naquela ocasião, o e. Supremo Tribunal Federal não tenha se sensibilizado totalmente com a tese (HABEAS CORPUS n. 68.784, 1a Turma, rel. Min. Celso de Mello, DJU 26.3.93, p. 5.003).

Brilhante é a doutrina de Adauto Suannes[4]: *"Bem vistas as coisas, quem tem necessidade do processo, porque tem um interesse pessoal ameaçado (o interesse de continuar a desfrutar da liberdade) é o suspeito. Ele é que necessita de recorrer ao Estado-juiz para que essa ameaça a seu interesse, que ele reputa legítimo, não se concretize. É o Estado-administração que está questionando e pondo em perigo esta pretensão à liberdade. Logo, há que se encarar o processo como actum trium personam, porém sob a ótica de quem dele precisa, que é o titular do direito público à liberdade*."

---

2. BRASIL. **Constituição Federal** - Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei – disponível em *http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm*. Data da consulta 27.04.2013.

3. BRASIL. **Código de Processo Penal -p** Art. 252 - O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:
II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha - disponível em http://www.dji.com.br/codigos/1941_dl_003689_cpp/cpp251a256.htm. Data da consulta 27.04.2013.

4. Os Fundamentos Éticos do devido Processo Penal - **Revista dos Tribunais**, 1999, p. 139.

Portanto - nesta ulterior análise - faço minha as palavras de Amilton Bueno de Carvalho[5]: *o legislador através do comando da lei preceitua genericamente. É-lhe, pois, impossível prever a totalidade dos casos em particular. A lei, por melhor que seja, como comando geral, pode na casuística levar à injustiça flagrante. Ora, ao Judiciário é dada a obrigação de, no caso particular, corrigir a situação não prevista, ou mal prevista, caso contrário, não teria sentido sua existência. Se a função do Juiz é buscar a vontade do legislador, qual a razão de ser do Judiciário? Simples seria deixar ao próprio legislador a tarefa da aplicação, que o faria administrativamente.O intermediário Judiciário seria mera formalidade, a não ser que sua existência tivesse por fim a hipótese levantada por Dallari: esconder o legislador, o verdadeiro interessado, cabendo ao Judiciário fazer 'um papel tivesse por fim a hipótese levantada por Dallari: esconder o legislador, o verdadeiro interessado, cabendo ao Judiciário fazer 'um papel sujo, pois é quem garante a efetivação da injustiça.*

5. A Lei. O Juiz. O Justo. Texto disponível em http://pt.scribd.com/doc/51492561/A-LEI-O-JUIZ-O-JUSTO-Amilton-Bueno-de-Carvalho. Data da consulta: 27.04.2013.