

Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Ingrid Conti de Almeida

O inquérito policial e a valoração das provas no Tribunal do Júri

Rio de Janeiro

2014

INGRID CONTI DE ALMEIDA

O inquérito policial e a valoração das provas no Tribunal do Júri

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Escola de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal do
Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como
requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito. Professor
Orientador:
Simone Schreiber

Rio de Janeiro

2014

INGRID CONTI DE ALMEIDA

O INQUÉRITO POLICIAL E A VALORAÇÃO DAS PROVAS NO TRIBUNAL DO JÚRI

Monografia apresentada como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, submetida à aprovação da Banca Examinadora composta pelos seguintes membros:

Professor Orientador

Membro

Membro

Rio de Janeiro, 07 de novembro de 2014

RESUMO

O sistema acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988, dentre outras implicações, busca a concretude dos princípios do contraditório e da ampla defesa, de modo a resguardar os direitos fundamentais do acusado frente ao direito de punir estatal. No entanto, os direitos e garantias assegurados pela CRFB/88 ainda são mitigados pelos resquícios do sistema inquisitivo presentes no Código de Processo Penal de 1941. A instrução no Tribunal do Júri, notadamente a utilização de elementos informativos da fase extrajudicial na sessão plenária, reflete a dificuldade, ainda existente, de aplicação de um sistema acusatório. A essência do trabalho é abordar as críticas à fase probatória do Tribunal do Júri e apontar a solução que se coadune ao regramento constitucional democrático.

Palavras-chaves: Sistema acusatório. Contraditório. Inquérito policial. Elementos informativos. Tribunal do Júri. Íntima Convicção.

ABSTRACT

The accusatory system adopted by the Constitution Federal of 1988, among other implications, search the concreteness of the principles of adversarial and legal defense, in order to safeguard the fundamental rights of the accused against the right to punish state. However, the rights and guarantees provided by CRFB/88 are further mitigated by the remnants of the inquisitorial system present in the Coding de Process Penal of 1941. The instruction at Jury Trial, notably the use of disclosures of extrajudicial phase in plenary session, reflects the difficulty still exists, applying an accusatory system. The essence of the work is critical to address the evidentiary phase of Jury Trial and point solution that is consistent to the democratic constitutional rule.

Keywords: Accusatory system. Contradictory. Police investigation. Informative elements. Jury Trial. Intimate conviction.

SUMÁRIO

RESUMO.....	4
ABSTRACT.....	5
SUMÁRIO.....	6
INTRODUÇÃO.....	7
1. PROCESSO PENAL BRASILEIRO: ABANDONO DE UM MODELO INQUISISTIVO, EM BUSCA DE UM SISTEMA ACUSATÓRIO.....	9
1.1 <i>A reforma do CPP: a consagração expressa do sistema acusatório pelo Projeto de Lei n° 156/2009.....</i>	<i>14</i>
2. O INQUÉRITO POLICIAL E A FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO JULGADOR À LUZ DA CONSTITUIÇÃO.....	20
2.1 <i>O inquérito policial e suas principais características.....</i>	<i>20</i>
2.2 <i>O valor probatório do inquérito: elementos informativos versus provas judicializadas.....</i>	<i>22</i>
2.3 <i>O inquérito policial na reforma do CPP.....</i>	<i>26</i>
3. OS SISTEMAS DE VALORAÇÃO DA PROVA.....	30
3.1 <i>Da prova tarifada.....</i>	<i>30</i>
3.2 <i>Da íntima convicção.....</i>	<i>31</i>
3.3 <i>Do livre convencimento motivado.....</i>	<i>34</i>
4. HARMONIZANDO OS INSTITUTOS.....	36
5. RESENHA JURISPRUDENCIAL.....	41
6. CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	52

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda a temática do sistema de valoração das provas no Tribunal do Júri, órgão constitucionalmente competente para a apreciação dos crimes dolosos contra a vida e os a eles conexos.

Nessa seara, antes de adentrar na análise detalhada da fase probatória do Tribunal Popular, é imprescindível tecer esclarecimentos acerca da atual Constituição da República e do sistema processual por ela adotado: o sistema acusatório. Embora não tenha feito expressamente, não há dúvida quanto à opção do constituinte em erigir o sistema acusatório como modelo processual penal a guiar a atividade de todos os aplicadores do Direito.

Ademais, o Projeto de Lei nº 156/2009, que propõe reformar o Código de Processo Penal, já aprovado pelo Senado Federal, demonstra estar sedimentada a opção pelo sistema acusatório ao adotá-lo expressamente em seu art. 4º.

Partindo das premissas do sistema acusatório e de seus princípios norteadores, ganha destaque a problemática da natureza jurídica do inquérito policial, dos elementos coligidos nessa fase da persecução penal e do seu reflexo na fase judicial, notadamente, como fundamento para a prolação de uma sentença condenatória.

Surge, então, a controvérsia que se alastra por todo o território nacional e repercute na jurisprudência dos mais variados tribunais do país: a (in)compatibilidade entre a legislação processual penal – que adota, ao mesmo tempo, o princípio da íntima convicção no Tribunal do Júri e a utilização das peças do inquérito na sessão plenária – e o modelo acusatório consagrado pela CRFB/88, que prima pela observância da garantia dos princípios do contraditório e da plenitude de defesa.

O presente estudo busca, assim, promover a reflexão dos intérpretes da legislação pátria, notadamente, dos órgãos jurisdicionais, para a profunda alteração do paradigma processual penal, com o advento do sistema acusatório. Pretende-se demonstrar que, não raro, o Estado-Juiz viola as garantias constitucionalmente asseguradas no que se refere à colheita da prova no Tribunal do Júri, ao adotar a

letra fria do Código de Processo Penal em detrimento de uma interpretação sistemática.

Portanto, este trabalho visa a encontrar a solução mais justa e condizente com a nova ordem constitucional e com a plenitude de defesa que norteia a persecução penal no Tribunal do Júri.

1. PROCESSO PENAL BRASILEIRO: ABANDONO DE UM MODELO INQUISITIVO, EM BUSCA DE UM SISTEMA ACUSATÓRIO

O sistema processual penal reflete as características políticas e a forma de governo de um Estado. O Brasil, por ter passado por diversas fases e modelos políticos, já oscilou quanto à classificação do sistema penal.

Há muita discussão acerca do modelo adotado pelo processo penal brasileiro nos dias atuais.

Inicialmente, cumpre ressaltar que não existem mais sistemas puros. Ou estaremos diante de um sistema acusatório com elementos do inquisitório ou, por via inversa, haverá um sistema inquisitorial com marcas do acusatório.

Diferencia-se um sistema do outro através da análise dos elementos mais marcantes, orientados pelo princípio informador (acusatório ou inquisitivo).

Com efeito, um *sistema* caracteriza-se pela reunião de elementos em prol de uma finalidade única, sendo que tal finalidade funciona como um princípio informador, unificador. Extrai-se desse significado, portanto, a impossibilidade de existência de um sistema mediante a justaposição de dois modelos tão distintos e incompatíveis entre si, o chamado sistema misto, pois a idéia de sistema pressupõe a existência de um princípio unificador e não existe um princípio misto¹.

Partindo desse entendimento, o ilustre professor Geraldo Prado defende que, “por sistema acusatório compreendem-se normas e princípios fundamentais, ordenadamente dispostos e orientados a partir do principal princípio, tal seja, aquele do qual herda o nome: acusatório.”²

É certo que, com a promulgação da CRFB/88, as funções investigatória, acusatória e julgadora foram distribuídas por diferentes órgãos – característica precípua do modelo acusatório.

¹ A LUZ, Denise. *A opção constitucional por um sistema acusatório: algumas breves reflexões sobre o inquérito policial na reforma do código de processo penal*. Disponível em <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/edicao2/Denise_Luz.pdf>. Acesso em: 13 out. 2014

² PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 104/106.

O legislador constituinte deixou a cargo do Ministério Público a função acusatória, instituindo-o como titular da ação penal pública (art. 129, I, CF/88), ao passo que a função de investigar foi atribuída às polícias (art. 144, §§ 1º a 6º, CF/88), garantindo, assim, a inércia da função jurisdicional.

Entretanto, é lugar comum a afirmação de que, em razão da atual legislação infraconstitucional brasileira, o sistema processual penal brasileiro deve ser classificado como inquisitivo garantista ou misto.

O Professor Guilherme de Souza Nucci³ afirma que:

O sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Registremos desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimentos, recursos, provas, etc.) é regido por Código Específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva (encontramos no CPP muitos princípios regentes do sistema inquisitivo, como veremos a seguir).

Logo, não há como negar que o encontro dos dois lados da moeda (Constituição e CPP) resultou no hibridismo que temos hoje. Sem dúvida que se trata de um sistema complicado, pois é resultado de um Código de forte alma inquisitiva, iluminado por uma Constituição imantada pelos princípios democráticos do sistema acusatório. Por tal razão, seria fugir à realidade pretender aplicar somente a Constituição à prática forense. Juízes, promotores, delegados e advogados militam contando com um Código de Processo Penal, que estabelece as regras de funcionamento do sistema e não pode ser ignorado como se inexistisse. Essa junção do ideal (CF) com o real (CPP) evidencia o sistema misto.

Seguindo essa linha, boa parte da doutrina afirma que o nosso sistema é misto, ou seja, com feições acusatórias e inquisitoriais. Assevera que, muito embora a atual Constituição tenha feito opção pelo sistema acusatório, continuam a ser observados dispositivos do Código de Processo Penal que remontam ao modelo inquisitório.

Como exemplo de norma de viés eminentemente inquisitório, aponta-se o art. 156, II, do Código de Processo Penal⁴, que confere ao juiz o poder de

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 104-105

determinar, de ofício, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto que julgue relevante. Assim procedendo, o magistrado estaria exercendo papel que compete às partes.

Nesse contexto, não seria correto afirmar que o modelo brasileiro é o acusatório, mas sim misto, com características inquisitórias e acusatórias.

Por outro lado, o critério básico diferenciador de um sistema do outro é a separação das funções de investigar, acusar e julgar (*neprocedatiudexexofficio*), observada no modelo acusatório. A adoção desse modelo está intimamente relacionada à eficácia do contraditório e à imparcialidade do julgador.

A separação das funções de investigar, acusar e julgar está a serviço da busca incessante pela imparcialidade. O juiz deve se limitar a decidir, afastando-se das atividades investigatória e instrutória.

Geraldo Prado⁵, ao dissertar sobre o tema, deixa claro seu entendimento no tocante à adoção de um sistema acusatório:

Se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a presunção de inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por juiz competente e imparcial, pois que se excluem as jurisdições de exceção, com a plenitude do que isso significa, são elementares do princípio do acusatório, chegaremos à conclusão de que, embora não o diga expressamente, a Constituição da República adotou-o. Verificando que a Carta Constitucional prevê, também, a oralidade do processo, pelo menos como regra para as infrações de menor potencial ofensivo, e a publicidade, concluiremos que filiou-se, sem dizer, ao sistema acusatório.

Como se vê das precisas lições do renomado processualista, é possível destacar os seguintes caracteres da nossa estrutura processual contemporânea: a consagração do princípio do juiz natural, com a vedação de criação de tribunais de exceção (art. 5º, XVII e LIII, da CRF/1988); a instituição do devido processo legal, com a existência de um juiz equidistante das partes e imparcial e como pressuposto

⁴ BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 05 nov. 2014.

⁵ PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 83-84

necessário para a restrição de bens e liberdade (art. 5º LIV, da CRF/1988); a adoção dos princípios do contraditório e da ampla defesa, com o tratamento igualitário entre as partes (art. LV, da CRF/1988).

Evidenciando a escolha do constituinte pelo modelo acusatório, a Constituição também elencou em seu corpo os princípios da presunção de inocência e o da vedação às provas ilícitas, bem como estabeleceu a liberdade como regra, sendo a prisão verdadeiramente a exceção (art. 5º, LVII, LVI, LXV, LXVI e LXVIII, todos da CRF/1988).

É de se notar que todos os princípios acima elencados têm assento no art. 5º da CRF/1988. Não por acaso o constituinte assim o fez. Sua intenção ao regulamentar matéria penal dentro do capítulo destinado aos “direitos e deveres individuais e coletivos” sem dúvida foi a de reforçar a garantia dos direitos fundamentais contra a possibilidade de arbítrio do poder de punir do Estado.

Sendo assim, embora a Carta Constitucional não tenha expressamente adotado o sistema acusatório como regente da persecução penal, a observância de todos esses princípios característicos de um modelo eminentemente garantista não deixa dúvidas quanto à opção do constituinte.

A Constituição Federal assenta seus pilares nos princípios ordenadores de um Estado Social e Democrático de Direito, e cujos objetivos fundamentais consistem – dentre outros - na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Portanto, temos bem claro em nosso raciocínio que a Constituição é o ponto de partida para a análise de ter sido albergado (e em que limites) o *sistema acusatório* no ordenamento pátrio, especialmente após a edição da *Constituição Cidadã*, em 1988.

Efetivamente, a Constituição ocupa uma função central no sistema vigente, e – não poderia ser diferente – irradia efeitos que precisam ser captados na edição das leis infraconstitucionais. Ousamos dizer que seus comandos maiores se traduzem como *ordenadores* e *dirigentes* aos criadores e aos aplicadores (intérpretes) das leis (aí incluída a própria Constituição, por evidente).

Não é demais lembrar que o processo penal jamais pode ser um fim em si mesmo, haja vista que ele se presta como realização de um direito material, embora deste distinto e autônomo.

Conforme o art. 1º, inciso III, da CRFB/88⁶, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Esta deve servir não só como norma constitucional, seja como regra, seja como princípio, mas também e não menos importante, deve ser concebida como atributo do homem.

O homem não é meio para atingir fins outros, mas um fim em si mesmo, o que implica o abandono da coisificação do homem.

Aury Lopes Jr.⁷ ressalta que o acusado “deixa de ser um mero *objeto* para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal.”.

Partindo dessa ideia central da dignidade humana enquanto valor cerne de todo o ordenamento jurídico e, como já dito linhas atrás, fundamento da República Federativa do Brasil, é forçoso reconhecer que todos os direitos e garantias consagradas na Constituição e na legislação infraconstitucional devem servir ao homem. O processo penal – que se apresenta como garantia constitucional contra o arbítrio estatal e como limitador do poder – não poderia ser diferente: deve ter como norte a dignidade humana.

Não se pode perder de vista que o Código de Processo Penal vigente, instituído pelo Decreto-Lei nº 3.689 de 1941, é fruto da realidade histórica e social do Estado Novo e teve como inspiração o código processual italiano do regime fascista. Daí o seu viés autoritário, inquisitório e anti-garantidor dos direitos fundamentais assegurados na Constituição.

Grande parte dos dispositivos da lei processual não se coaduna com os princípios do modelo acusatório inaugurado pela CRF/1988 (dentre os quais, a plenitude de defesa, expressamente consagrada no Tribunal do Júri).

Nesse contexto, parece um tanto óbvio concluir que o sistema inquisitorial é incompatível com o Estado Democrático de Direito, uma vez que reflete características de um regime autoritário e opressor.

Vale ressaltar que até mesmo as normas editadas após a promulgação da Constituição Federal de 1988, como as Leis 11689, 11690 e 11.710, todas de 2008,

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 05. Nov. 2014.

⁷ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.p. 61

continuaram incompatíveis com ela, pois o legislador infraconstitucional, ainda apegado à nossa tradição autoritária, não acompanhou a evolução do ordenamento jurídico.

Assim, para que se mantenha a unidade e coerência do ordenamento jurídico, faz-se necessária uma profunda mudança no paradigma processual penal, seja por meio de uma reforma geral expressa ou pela adoção da técnica da filtragem constitucional – através da qual a legislação infraconstitucional passa por um processo de releitura à luz do filtro axiológico da Constituição.

Apenas com reforma (formal ou informal) da legislação processual penal e com a reflexão dos intérpretes da norma, notadamente os juristas e aplicadores do Direito, será possível alcançar um sistema processual penal genuinamente acusatório, sem a influência inquisitória herdada do período ditatorial.

A Constituição, dotada de força normativa, deve sempre preponderar sobre as demais normas jurídicas com *status* inferior, de forma que, ao se deparar com um conflito (aparente) de normas, o intérprete adote a solução mais justa e condizente com a nova ordem constitucional e com os princípios que emergem do neoconstitucionalismo, por exemplo, a plenitude de defesa – norteadora da persecução penal no Tribunal do Júri.

Cabe ao operador do direito fazer uma interpretação do processo penal a luz da Constituição, pois é esta a norma que rege todo o ordenamento jurídico e, sendo assim, toda lei infraconstitucional que a contrarie não deve ser recepcionada.

1.1 A REFORMA DO CPP: A CONSAGRAÇÃO EXPRESSA DO SISTEMA ACUSATÓRIO PELO PROJETO DE LEI Nº 156/2009 APROVADO NO SENADO FEDERAL

Felizmente, entrou em pauta a necessidade de adequação da legislação processual penal aos ideais democráticos da Constituição Federal promulgada há mais de 20 anos, já que as reformas parciais aprovadas pelo Congresso Nacional em 2008 – Leis 11689, 11690 e 11.710, mostraram-se insuficientes e persistentemente dissonantes com a Carta Magna.

Foi então apresentado o Projeto de Lei nº 156/2009 destinado a promover ampla reforma no Código de Processo Penal, o qual, após amplos debates públicos e o recebimento de diversas emendas, teve seu texto aprovado no Senado Federal em 07 de dezembro de 2010 e encaminhado à Câmara dos Deputados para revisão.⁸

Na exposição de motivos do referido projeto, o relator ressalta que, em que pese o âmbito jurídico ser terreno fértil para divergências quanto à interpretação, alcance, significado, entre outros, da norma jurídica, pode-se afirmar que no atual momento impera a unanimidade com relação à necessidade de elaboração de um novo Código, sobretudo a partir da ordem constitucional da Constituição de 1988.⁹

Sem dúvidas o motivo determinante para a elaboração do anteprojeto de um novo Código de Processo Penal é a incompatibilidade existente entre os modelos normativos da atual legislação processual, fruto do período ditatorial, e da Constituição Federal de 1988, instituidora de um Estado Democrático de Direito amparado por um extenso rol de direitos e garantias fundamentais.

De acordo com um membro da comissão de juristas que elaborou o pls 156, o novo CPP faz-se necessário, uma vez que:

Apesar de todas as mudanças que foram feitas pontualmente no Código de Processo Penal, ainda é inquisitorial. Só muito recentemente que o réu passou a ser interrogado só depois de ouvidas as testemunhas. Então, o problema dessas reformas pontuais é que elas acabam estragando o sistema. Por isso, a necessidade de um anteprojeto, porque ele faz um sistema a partir de uma postura acusatória no Processo Penal. É um processo de partes: a acusação, que promove suas provas, e a defesa, que produz as suas.¹⁰

Em boa hora, o referido projeto findou com as dúvidas quanto à adoção do sistema acusatório pelo processo penal brasileiro ao mencioná-lo expressamente em seu art. 4º¹¹:

⁸ O Projeto de Lei nº 156/2009 do Senado Federal ingressou na Câmara dos Deputados sob o nº 8.045/2010.

⁹ SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=58827&tp=1>. Acesso em: 05 nov. de 2014

¹⁰ SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=58827&tp=1>. Acesso em: 05 nov. de 2014

¹¹ SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=58827&tp=1>. Acesso em: 05 nov. de 2014

Art. 4º O processo penal terá estrutura **acusatória**, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

(grifo nosso)

Com efeito, o indigitado artigo, cuidando dos Princípios Fundamentais aplicáveis à Persecução Penal, tratou de definir uma categoria jurídica e estabelecer um critério de interpretação das demais normas processuais. Consta da exposição de motivos¹²:

Na linha, então, das determinações constitucionais pertinentes, o anteprojeto deixa antever, já à saída, as suas opções estruturais, declinadas como seus princípios fundamentais. A relevância da abertura do texto pela enumeração dos princípios fundamentais do Código não pode ser subestimada. Não só por questões associadas à ideia de sistematização do processo penal, mas, sobretudo, pela especificação dos balizamentos teóricos escolhidos, inteiramente incorporados nas tematizações levadas a cabo na Constituição da República de 1988.

Com efeito, a explicitação do princípio acusatório não seria suficiente sem o esclarecimento de seus contornos mínimos, e, mais que isso, de sua pertinência e adequação às peculiaridades da realidade nacional.

Considerando que *sistema* é uma unidade coerente regida por um princípio unificador que se relaciona com os demais princípios pertinentes, como abordado anteriormente, tem-se então que o princípio acusatório (unificador) deve ser observado à luz dos outros princípios elencados no projeto, quais sejam: o da dignidade da pessoa humana, o da máxima proteção dos direitos fundamentais (ambos no art. 5º), o do contraditório e o da ampla defesa (art. 3º).

Para consolidação desse modelo acusatório, o projeto de reforma do Código de Processo Penal trouxe uma inovação ao mundo jurídico: o *juiz das garantias*, cuja responsabilidade será pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. Tal novidade tem previsão no art. 14,

¹² SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=58827&tp=1>. Acesso em: 05 nov. de 2014

*in verbis*¹³:

Art. 14. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil;

II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 555;

III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença;

IV – ser informado sobre a abertura de qualquer investigação criminal;

V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar;

VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las;

VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa;

VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia e observado o disposto no parágrafo único deste artigo;

IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;

X – requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;

XI – decidir sobre os pedidos de:

a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;

b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;

c) busca e apreensão domiciliar;

d) acesso a informações sigilosas;

e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.

XII – julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia;

XIII – determinar a realização de exame médico de sanidade mental, nos termos do art 452, § 1º;

XIV – arquivar o inquérito policial;

XV – assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito de que tratam os arts. 11 e 37;

XVI – deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;

XVII – outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.

Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação do delegado de polícia e ouvido o

¹³ SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=58827&tp=1>. Acesso em: 05 nov. de 2014

Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.

Segundo a exposição de motivos, sua razão de ser é assim explicada¹⁴:

O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende à duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e **b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação.**

(grifo nosso)

Partindo da premissa de que a investigação não serve e não se dirige ao Judiciário; ao contrário, destina-se a fornecer elementos de convencimento ao órgão da acusação, busca-se com o juiz das garantias dar concretude ao atributo da imparcialidade do órgão julgador, evitando-se, assim, seja o mesmo influenciado pelos elementos coligidos durante a fase investigatória, já que despidos de contraditório.

A iniciativa probatória do juiz sempre foi justificada pela busca da verdade real, que, diziam, era o fim último do processo. Com esse argumento, o Poder Judiciário despia-se da sua condição de terceiro desinteressado, equidistante e imparcial e assumia o papel das partes, já que a prova é um direito destas.

Não observava ainda que o ônus da prova é encargo do Ministério Público e que se a acusação, esgotada a atividade probatória, não foi capaz de ilidir a dúvida quanto à materialidade do crime ou autoria, deve o acusado ser absolvido, em respeito ao princípio do *in dubio pro reo*.

O PL/156, inspirado pelo sistema acusatório e na defesa da imparcialidade, afasta o juiz julgador do mérito da atividade investigatória ao criar o juiz de garantia. Sua atuação se encerra com o fim da investigação, marcada pelo ajuizamento da ação ou pelo arquivamento do caderno processual. Nessa oportunidade, o juiz será

¹⁴ SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=58827&tp=1>. Acesso em: 05 nov. de 2014

afastado do feito e substituído por outro, que ainda não teve contato com os elementos colhidos nessa fase inicial.

Outra alteração importante é a exclusão do juiz da lista dos legitimados para requerer a instauração do inquérito policial. No art. 5º do CPP vigente, ele aparece expressamente como um dos habilitados, mas no projeto não foi mencionado. No art. 20 do PL 156, que trata do assunto, são mencionados apenas a própria autoridade policial, o Ministério Público e a vítima (ou seu representante). Essa medida é um importante passo para afastar os resquícios inquisitoriais do sistema penal brasileiro.

Pode-se dizer que o processo penal brasileiro deu um grande passo para a concretização do sistema acusatório com o projeto de lei 156/2009, que, se não for alterado pela Câmara dos Deputados, implicará grandes mudanças na prática forense. O modelo acusatório, que não passava de letra morta, será finalmente materializado.

As premissas que ancoram um *sistema acusatório* estão muito bem postas na Constituição e, de uma maneira geral, no PL 156. Agora é preciso que os *intérpretes* não desvirtuem a aplicação harmônica dos dispositivos e princípios para valorização de *ideias* que considerem os *mais corretos*. Há algo maior a ser considerado: o que *impõe* a Constituição.

2. O INQUÉRITO POLICIAL E A FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO JULGADOR À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

No processo penal, o destinatário da prova é o órgão jurisdicional, podendo ser ele o Juiz, o Desembargador, todo um Tribunal ou os jurados do Tribunal do Júri.

O juiz-expectador, afastado da atividade investigatória/instrutória (característica inerente ao sistema acusatório), debruça-se sobre as provas que lhe são dirigidas, a fim de formar a sua convicção.

A prova tem como objetivo crucial a reconstrução de fatos pretéritos (o crime sempre é passado). Para que se alcance tal reconstrução, é necessária a observância de dois momentos distintos: a produção da prova, por meio de um procedimento probatório, e a sua apreciação, tarefa precípua do julgador. É através do procedimento probatório que o juiz toma conhecimento da realidade histórica e forma seu juízo de valor sobre ela.

Em matéria de prova e de formação do convencimento do julgador, ganha destaque a análise do inquérito policial – presente em quase todos os processos criminais – e sua comparação com as provas produzidas em sede judicial.

2.1 O INQUÉRITO POLICIAL E SUAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

O inquérito policial pode ser conceituado como o procedimento administrativo investigatório, que busca reunir indícios de materialidade e autoria das infrações penais, com o objetivo de fornecer estes elementos ao titular da ação penal, possibilitando, assim, o seguimento da persecução penal, através da propositura da ação penal.

O inquérito policial caracteriza-se basicamente por ser inquisitorial, informativo, sigiloso e unidirecional.

É inquisitorial porque despido, em regra, de contraditório. O contraditório é meramente aparente e grande parte das vezes inexistente.

Por não serem construídos sob o crivo do contraditório, os atos do inquérito não podem servir de fundamentação para a sentença, uma vez que carecem de valor probatório. Sua finalidade é reunir indícios de materialidade e autoria necessários à propositura da ação penal, ou seja, a justa causa para a demanda. Daí dizer que os atos do inquérito são informativos, porque informam a justa causa para a ação penal.

Esclareça-se, contudo, que existem algumas provas técnicas produzidas no curso do inquérito, mas que podem ser utilizadas durante o processo, as denominadas provas não repetíveis, como o exame cadavérico e o de local de crime. Para tais provas admite-se o contraditório diferido.

Segundo o art. 20 do CPP, “a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.¹⁵ O sigilo do inquérito tem dupla função: utilitarista, que é a de garantir a efetividade da investigação, e garantista, que é a de preservar a imagem do indiciado.

Diz-se unidirecional porque os elementos informativos colhidos na investigação policial destinam-se tão somente ao titular da ação penal (Ministério Público ou querelante). Como registrado linhas atrás, o inquérito visa a reunir indícios de autoria e materialidade para que o titular da ação penal forme sua *opiniodelicti* e possa promovê-la.

Da análise de tais caracteres, é fácil concluir que o inquérito policial possui limitado valor probatório, servindo apenas para a formação de um juízo de probabilidade, e não de certeza.

Justamente por serem restringidos (ou inexistentes) o contraditório e a publicidade, o inquérito não pode servir de lastro para a prolação de sentença – que exige juízo de certeza – mas tão somente para a propositura da ação penal e para a adoção de medidas de natureza endoprocédimental, quais sejam, as cautelares pré-processuais.

¹⁵ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Publicado no DOU de 13.10.1941 e retificado em 24.10.1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acessado em: 05 nov. 2014.

2.2 O VALOR PROBATÓRIO DO INQUÉRITO: ELEMENTOS INFORMATIVOS VERSUS PROVAS JUDICIALIZADAS

Os elementos informativos do inquérito policial – inquisitorial, sigiloso e unidirecional – em muito se diferem das provas judicializadas. Enquanto estas são dirigidas ao juiz-expectador, para convencê-lo sobre a veracidade de uma alegação, são construídas sob o pálio do contraditório e da publicidade e formam juízo de certeza; aqueles se dirigem ao titular da ação penal, são desprovidos de publicidade e contradição e formam apenas juízo de probabilidade sobre o *fumus commissi delicti*.

Partindo dessa distinção fundamental, surge a problemática da interpretação do art. 155 do CPP, alterado pela Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008.

O Código de Processo Penal Brasileiro sofreu alterações com o advento das leis nº 11.689 e nº 11.690, ambas de 2008, cujas inovações buscaram adequar a nossa legislação processual aos ditames da CFRB/88.

Uma das importantes alterações legislativas foi a introduzida no citado art. 155¹⁶ da legislação processual:

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

A leitura fria do dispositivo legal permite ao intérprete chegar ao entendimento de que a prova inquisitorial, seja ela qual for, pode ser utilizada pelo julgador para fundamentar sua decisão. Análise superficial poderia conduzir à conclusão de que é possível o magistrado decidir, também, com os elementos colhidos durante o inquérito policial, a prova do processo poderia ser complementada pelas provas do procedimento extrajudicial.

No mesmo sentido, analisando o dispositivo legal, o ilustre doutrinador Aury Lopes Jr.¹⁷ discorre:

¹⁶ BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 05 nov. 2014.

Manteve-se assim, a autorização legal para que os juízes e tribunais sigam utilizando a versão dissimulada, que anda muito em voga, de "condenar com base na prova judicial cotejada com a do inquérito". Na verdade, essa fórmula jurídica deve ser lida da seguinte forma: não existe prova no processo para sustentar a condenação, de modo que vou me socorrer do que está no inquérito. Isso é violar a garantia da própria jurisdição e do contraditório.

Tal conclusão, sem dúvida, consistiria em verdadeiro retrocesso, haja vista ser tal interpretação totalmente incompatível com um processo constitucional. Entender que ao juiz é permitido utilizar todo e qualquer elemento produzido em sede de inquérito policial, eminentemente inquisitorial, para respaldar sua decisão, é ignorar que a CRFB/88 expressamente adotou o Estado Democrático de Direito (e implicitamente o sistema acusatório), cujo objetivo principal é a valorização do homem frente ao ente Estado. Em se tratando de processo penal, esta valorização se faz com a observância das garantias constitucionais.

Trazer os elementos colhidos do inquérito policial para dentro do processo sob a fórmula *as provas dos autos foram corroboradas pelos elementos informativos do inquérito* é, sem dúvida, fraude ao sistema acusatório e ao princípio do contraditório a ele inerente.

Uma das bases estruturantes do direito processual penal contemporâneo é o contraditório, caracterizado pela possibilidade de resposta e a utilização de todos os meios de defesa em Direito admitidos. É a possibilidade de as partes participarem ativamente da produção da prova, influenciando o resultado final deste processo probatório.

Assim, para que o julgador profira suas decisões em consonância com os valores constitucionais, é imprescindível que observe, em regra, tão somente a prova colhida em sede judicial, produzida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, de acordo com a primeira parte do art. 155 do CPP – *O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial [...]*.

Na hipótese de a prova judicializada, produzida sob contraditório, não ser suficiente para a formação do convencimento do julgador, a absolvição é a medida que se impõe.

¹⁷LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.p. 298

Não se pode perder de vista que o devido processo legal substancial é um conjunto de vários outros princípios, tais como, a presunção de inocência, o contraditório, a ampla defesa e a motivação. O princípio da presunção de inocência, dentre outros aspectos, impõe ao órgão ministerial o ônus da prova. Se não houver prova suficiente para condenar, a dúvida se resolve em favor do réu. É o conhecido *in dubio pro reo*.

Desdobramento natural e lógico desse entendimento é que o então princípio da verdade real, por muito tempo adotado no processo penal – e, lamentavelmente, ainda hoje o é – não passa de um mito. Isso porque, ao longo da instrução probatória, deve prevalecer a verdade processual, ou seja, a verdade construída nos autos, produzida no processo. Ela deve ser perquirida em observância às regras do devido processo legal, tendo em vista que servirá de alicerce para a formação do convencimento do julgador. Essa verdade, produzida no processo, deve ser sempre suscetível de prova e oposição pela defesa (binômio tese/antítese), concretizando, assim, a garantia do contraditório.

Por essa razão, a única prova válida a fundamentar uma decisão penal condenatória é aquela produzida em fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, em que foi oportunizada a manifestação/contraposição da defesa.

Assim, é de se rechaçar por completo a exegese gramatical do artigo 155 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, o ilustre processualista Eugênio Pacelli¹⁸ preleciona:

O texto, entretanto, deixa uma janela perigosamente aberta: a expressão "exclusivamente" parece permitir que tais elementos (da investigação) possam subsidiar a condenação, desde que não sejam os únicos. Não aderimos a essa tese, embora aceitemos a interpretação, do ponto de vista gramatical. É certo que, às vezes, a mudança de versão apresentada na polícia, sem qualquer coação, de qualquer ordem, bem poderia ser questionada em juízo, por ocasião do interrogatório, a fim de saber de sua (in)consistência. No entanto, permitir-se, assim, sem maiores esclarecimentos, eventual aproveitamento de quaisquer elementos da investigação para a condenação nos parece medida inteiramente desarrazoada.

¹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 16 ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2012. p. 331

Conclui que a melhor solução, no tocante à aplicação do citado art. 155 do CPP em consonância com o sistema jurídico vigente, é interpretá-lo de forma sistemática, de modo a compatibilizá-lo com outras regras, princípios e valores erigidos pelo ordenamento jurídico como um todo, notadamente pela CRFB/88. O que se busca é dar-lhe interpretação condizente com os postulados de um Estado Democrático de Direito e com o processo penal constitucional.

Dessa forma, a decisão judicial tem que ser fruto de prova colhida exclusivamente no curso do processo, ou seja, sob contraditório judicial, ressalvadas apenas as provas não repetíveis, cautelares e antecipadas. Essa é a orientação da primeira parte do artigo.

É necessária cautela, porém, diante da segunda parte do dispositivo. Interpretando-a à luz do sistema acusatório, é possível afirmar que, excepcionalmente, os elementos informativos colhidos na investigação policial poderão ser utilizados pelo julgador para fundamentar sua decisão, desde que sejam observados dois requisitos cumulativos: que tais elementos informativos não sejam os únicos, isto é, devem existir provas judiciais; e que esses elementos sejam colhidos sob o pálio do contraditório e da ampla defesa (ainda que em sede de inquérito policial). Caso contrário, jamais poderão ser utilizados para respaldar a decisão do julgador.

É certo que causa estranheza falar em prova produzida no seio de uma investigação policial com observância do contraditório e da ampla defesa, já que a fase extrajudicial é eminentemente inquisitória.

Não é de toda e qualquer prova produzida no inquérito, repita-se, que o julgador poderá se valer para a prolação de um decreto condenatório. Somente os elementos informativos colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa poderão servir de fundamento para a formação da convicção do magistrado e desde que não sejam os únicos elementos de persuasão dos autos.

Essa é a única interpretação coerente a ser dada ao termo *exclusivamente*, que excepciona a primeira parte do art. 155 do CPP – a qual exige que o magistrado profira suas decisões com respaldo apenas nas provas judicializadas.

Caso contrário, haveria profundo risco de se restabelecer uma valorização inaceitável dos atos produzidos em inquérito policial, quando, na verdade, somente em juízo é possível assegurar que os direitos e garantias processuais do acusado sejam efetivamente observados.

Nas precisas lições do doutrinador contemporâneo do Direito Processual André Nicolitt¹⁹:

O contraditório é da essência do processo (art. 5º, LV, da CRF/1988). Não poderia ser diferente em relação às provas, que também devem submeter-se à dialética de tese e antítese. As partes devem ter consciência das provas produzidas e oportunidade para manifestação e até para produção de contraprovas. Qualquer informação não submetida ao contraditório não pode ser considerada pelo juízo, e a decisão que negligenciar esta lógica é nula por violação de princípio constitucional.

O referido doutrinador, citando Afrânio Silva Jardim, adverte que não se pode confundir artigo de lei com norma jurídica. Nesta esteira, explica que o art. 155 contém três normas: 1) “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial” 2) “não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação” 3) “ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”; e que a segunda é flagrantemente inconstitucional, uma vez que admite o julgamento fundamentado inclusivamente nos elementos informativos do inquérito²⁰.

O que se espera é que o julgador, enquanto membro do Poder Judiciário, quando estiver diante de normas flagrantemente contrárias aos princípios constitucionais, cumpra sua função de guardião da Constituição e dos direitos e garantias fundamentais, atuando nos limites impostos pela própria Constituição.

2.3 O INQUÉRITO POLICIAL NA REFORMA DO CPP:

Da questão acima levantada, podemos inferir um dos problemas mais relevantes para a afirmação do sistema acusatório: o valor recebido pelos elementos colhidos durante o inquérito policial na formação da convicção do juiz.

¹⁹ NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 357

²⁰ NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 360

O sistema brasileiro atual é formado por uma fase pré-processual inquisitória e pela fase judicial (com pretensões de ser) acusatória. O ideal seria que a reforma do CPP tornasse todo o procedimento acusatório, exigindo a garantia do contraditório tanto na fase investigatória quanto na fase judicial.

Contudo, somos conscientes da grande dificuldade de se estabelecer o contraditório durante todo o inquérito policial. Como dito, o sigilo, na sua função utilitarista, visa a preservar a efetividade da persecução criminal, razão pela qual em determinados momentos a garantia do contraditório merece ser mitigada.

A observância ou não do contraditório durante a fase do inquérito não é tão relevante para a questão enfrentada. O que importa é o valor que o material nele produzido receberá no processo de formação da convicção do juiz.

Falhou o projeto de lei 156/2009 nesse aspecto por não trazer a melhor solução para a problemática da utilização dos elementos informativos do inquérito policial pelo juiz ao formar seu convencimento.

O art. 168²¹ do mencionado projeto, pretendo substituto do art. 155 do atual CPP, está assim redigido:

Art. 168. O juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação todos os elementos utilizados e os critérios adotados, resguardadas as provas cautelares, as não repetíveis e as antecipadas.

Apesar da exclusão do trecho que fazia referência aos elementos informativos colhidos na investigação, a expressão “provas submetidas ao contraditório judicial” permitirá ao juiz fundamentar sua decisão também com base nos elementos coligidos no inquérito submetidos ao contraditório durante o processo.

Atento a tal falha, o Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, apresentou uma sugestão de emenda substitutiva para que no lugar de “provas

²¹ SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=58827&tp=1>. Acesso em: 05 nov. de 2014

submetidas ao contraditório” fosse usada a expressão “provas produzidas em contraditório”, sob a seguinte justificativa²²:

Substitui-se a expressão “submetida” por “produzida”. O contraditório é essência para a produção da prova. No caso de simples submissão de uma prova não produzida em contraditório, mas apenas depois objeto de contraditório posterior, tem-se um “contraditório fraco”, em contraposição a um “contraditório forte”. São distintos o contraditório “na” prova e o contraditório “sobre” a prova.

No entanto, a proposta não foi acolhida. Caso a redação aprovada seja mantida na Câmara dos Deputados, estaremos diante de um sistema acusatório frágil, em que a garantia do contraditório é minada e o princípio da igualdade entre as partes desrespeitado.

Como veremos adiante, a problemática da utilização dos elementos obtidos durante o inquérito policial pelo juiz para formação do seu convencimento ganha proporções ainda maiores quando não se exige fundamentação para as decisões judiciais, tal como ocorre no Tribunal do Júri.

Em nosso ordenamento, a regra é a do art. 93, IX, da CRF/1988, segundo o qual todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade, in verbis²³:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

²² INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL. Novo CPP: Emendas entregues ao Senador Valter Pereira. Disponível em: <<http://novo.direitoprocessual.org.br/content/blocos/96/1>>. Acesso em: 23out. 2014.

²³ BRASIL. [CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 05 nov. 2014.

A motivação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial. A motivação sobre a matéria fática demonstra o saber que legitima o poder, pois a pena somente pode ser imposta a quem – racionalmente – pode ser considerado autor do fato criminoso imputado.²⁴

Todavia, o texto constitucional, excepcionando a regra da motivação das decisões, assegura ao Tribunal do Júri o sigilo das votações. É aí que reside o ponto nevrálgico do presente trabalho: como o acusado saberá com base em quais informações fora condenado se os jurados julgam com a íntima convicção? Esse é o debate do próximo capítulo.

²⁴LOPES JR., Aury. Tribunal do júri precisa passar por uma reengenharia processual. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-08/limite-penal-tribunal-juri-passar-reengenharia-processual>. Acesso em: 05 de Nov. 2014.

3. OS SISTEMAS DE VALORAÇÃO DA PROVA

Antes de adentrarmos ao mérito da questão, faz-se necessária uma breve análise sobre os sistemas que orientam o julgador no momento da análise das provas no processo penal.

Após a colheita da prova, incumbe ao juiz a sua apreciação. Enquanto a finalidade do processo é a justa solução do litígio penal, a da instrução é a descoberta da verdade (do processo). O julgador deve se debruçar sobre a situação concreta construída na instrução para exercer sua função típica: julgar.

A prova tem como objetivo crucial a reconstrução da realidade histórica. Para que tal reconstrução seja levada a efeito é necessário que a prova passe por dois momentos distintos: a produção, por meio de um procedimento probatório, e a valoração, tarefa precípua do julgador. É através do procedimento probatório que o juiz toma conhecimento dos acontecimentos sobre os quais recai a apreciação.

Na seara processual penal, existem basicamente três sistemas de valoração das provas: o sistema da prova tarifada (ou prova legal), o sistema da íntima convicção e o sistema de livre convencimento motivado (ou persuasão racional).

3.1 DA PROVA TARIFADA

No sistema da prova tarifada, ou prova legal, todas as provas têm seu valor fixado previamente pelo legislador. O legislador não só fixou previamente o valor das provas como também a hierarquia entre elas, vinculando, dessa forma, a atividade valorativa do julgador.

Institui-se um modelo rígido de apreciação das provas, já que se estabelecem meios de prova determinados e a sua valoração precede o julgamento, porque, na verdade, incumbe ao legislador a tarefa de valorar as provas, dando-lhes valor certo e imutável.

Não obstante tratar de regime de apreciação probatória há muito rechaçado, a doutrina ainda elenca a existência de resquícios na ordem processual brasileira. Com efeito, o insigne processualista Aury Lopes Jr.²⁵ assevera:

Resquícios da estrutura lógica desse modelo podem ser observados no sistema brasileiro, em que o art. 158 do CPP exige que a prova nas infrações que deixam vestígios deve ser feita por exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. E um exemplo de que a lógica do sistema legal não foi completamente abandonada, na medida em que existem limitações no espaço de decisão do juiz a partir de critérios previamente definidos pelo legislador na lei.

Nucci²⁶, também dissertando sobre o assunto, corrobora:

Há resquícios desse sistema, como ocorre quando a lei exigir determinada forma para a produção de alguma prova, v.g., art. 158, CPP, demandando o exame de corpo de delito para a formação da materialidade da infração penal, que deixar vestígios, vedando a sua produção através da confissão; [...]

Nesse sistema, o julgador não julga conforma seu convencimento sobre as provas que lhe foram dirigidas, mas consoante o valor probatório tarifado pela lei.

3.2 DA ÍNTIMA CONVICÇÃO

Convicção Íntima é a certeza obtida por fatos e razões que não deixam dúvidas, é a certeza que vem de dentro do próprio ser, por meio da alma, do coração.

Por meio dessa certeza, o julgador irá decidir, sem que haja a necessidade de fundamentação, nem mesmo a necessidade de algum amparo legal, é livre a ele, no meio de tantas provas, formar sua convicção, de acordo com sua certeza obtida pela sua consciência, pelas razões e fatos que lhe achar adequados para decidir.

Por meio do sistema da íntima convicção, também conhecido como livre convencimento, o magistrado tinha total e irrestrita possibilidade de produzir e

²⁵ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 543

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 6. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 391

apreciar as provas. O julgador agia conforme sua convicção, de acordo com o seu convencimento acerca das provas, prescindindo de qualquer fundamentação. O juiz era absolutamente livre para decidir, podendo se utilizar de valores previamente concebidos e crenças pessoais. O fundamento para a decisão era a certeza moral do julgador.

Sendo assim, esse sistema de valoração das provas passou a ser visto com reservas, sendo paulatinamente afastado do direito processual.

No entanto, o sistema da íntima convicção ainda é observado no Tribunal do Júri, como se pode ver do art. 486 do Código de Processo Penal²⁷, que dispensa a motivação das decisões tomadas pelo Conselho de Sentença, bastando que os jurados respondam sim ou não para cada quesito.

Como é cediço, o Tribunal do Júri, cláusula pétrea da Constituição (art. 5º, XXXVIII), caracteriza-se pela plenitude de defesa, soberania dos veredictos, competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida e sigilo das votações.

Decorre do sigilo das votações a absoluta falta de motivação do ato decisório. Os jurados, como vimos, julgam por livre consentimento imotivado, ou seja, de acordo com a sua íntima convicção, sem a necessidade de fundamentar o seu voto e os motivos pelos quais se optou pela condenação.

Ocorre que, em que pese a sobrevivência do sistema da íntima convicção no Júri e o conseqüente sigilo dos votos, mister ressaltar que a plenitude de defesa trata-se de verdadeiro desdobramento do princípio da ampla defesa e do contraditório. Tal com o sigilo das votações é uma garantia assegurada na Constituição, em mesmo nível está a plenitude de defesa.

UadiLammêgoBulos explica que, além de exigir defesa técnica para o réu, esta garantia engloba a bilateralidade da audiência (contraditório), o direito à prova legitimamente obtida ou produzida e à igualdade de armas entre as partes, impondo que as oportunidades e instrumentos processuais utilizados pelo autor em sua acusação devem ter o mesmo peso dos usados pelo réu para se defender²⁸.

²⁷ Antes de proceder-se à votação de cada quesito, o juiz-presidente mandará distribuir aos jurados pequenas cédulas, feitas de papel opaco e facilmente dobráveis, contendo 7 (sete) delas a palavra sim, 7 (sete) a palavra não.

²⁸ BULOS, UadiLammêgo. *Curso de Direito Constitucional* – 8. Ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 – São Paulo : Saraiva, 2014, p. 640

Assim, da mesma maneira que o sigilo das votações não pode ser mitigado pelo princípio da plenitude de defesa, a recíproca também deve ser observada, sob pena de violação de mandamento constitucional.

Entretanto, vale ressaltar que, mesmo apoiado pelo sistema da íntima convicção, para a grande maioria o Tribunal do Júri não apresenta caráter desumano e inquisitorial. Ao contrário, é considerado um dos tribunais mais justos e democráticos, já que se atribui à sociedade a função de julgar a própria sociedade, com soberania de veredicto.

No Tribunal do Júri, o Conselho de Sentença julga seus pares. Os jurados representam a sociedade na forma de juízes, que votarão com base na sua convicção íntima, obtida por fatos e razões, não só contidos nos autos, mas na própria convivência em sociedade, nos seus valores imanes e no seu senso de Justiça.

Contudo, Aury Lopes Jr. alerta para o fato de que os jurados, via de regra, não possuem conhecimento legal e dogmático mínimo para a realização dos diversos juízos axiológicos que envolvem a análise da norma penal e processual aplicável ao caso, bem como para uma razoável valoração da prova.

Defende ainda que os jurados estão muito mais suscetíveis a pressões e influências políticas, econômicas e da mídia, uma vez que carecem das garantias orgânicas asseguradas à magistratura.²⁹

Por isso, justamente por ser o Júri composto por pessoas do povo, sem qualquer critério de escolha, bastando a idoneidade moral, e pelos jurados não motivarem suas votações, é que se requer uma rigorosa observância ao devido processo legal, diligenciando o juiz para que todas as informações presentes nos autos e lidas no plenário estejam de acordo com o sistema acusatório e os seus princípios consecutórios.

²⁹ LOPES JR., Aury. Tribunal do júri precisa passar por uma reengenharia processual. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-08/limite-penal-tribunal-juri-passar-reengenharia-processual>. Acesso em: 05 de Nov. 2014.

Como visto, a característica fundamental do sistema da íntima convicção é a prescindibilidade de fundamentação das decisões. É exatamente o que o diferencia do sistema do livre convencimento motivado.

3.3 DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

Também conhecido como persuasão racional, o sistema do livre convencimento motivado tem como traço marcante a livre avaliação das provas, devendo tal avaliação, entretanto, ser motivada, fundamentada pelo julgador.

Esse sistema não estabelece valor ou hierarquia entre as provas. Todas as provas são relativas, ou seja, nenhuma prova terá valor necessariamente superior à outra.

O sistema do livre convencimento motivado foi expressamente adotado pelo Código de Processo Penal, como se vê da primeira parte do art. 155: “*O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial*” [...].

O princípio da motivação das decisões judiciais, consagrado no art. 93, IX, da CRFB/88³⁰, é corolário da persuasão racional, que exige que o julgador fundamente todas as suas decisões, após a livre avaliação das provas produzidas em contraditório judicial.

Livre convencimento não é sinônimo de arbítrio do julgador. Este é livre para apreciar as provas colhidas em sede judicial sob o crivo do contraditório (e somente essas), mas não está livre de motivar sua decisão. Ele o faz com base nas provas dos autos.

Frederico Marques³¹ assevera:

Em primeiro lugar, o livre convencimento não significa liberdade de apreciação das provas em termos tais que atinja as fronteiras do mais puro arbítrio. Esse princípio libertou o juiz, ao ter de examinar a prova, de critérios apriorísticos contidos na lei, em que o juízo e a lógica do legislador se impunham sobre a opinião que em concreto podia o magistrado colher; não o afastou, porém do dever de decidir segundo as ditames do bom senso, da lógica e da experiência.

³⁰ IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em caso nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

³¹ MARQUES, José Frederico *apud* RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 14 ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 451

Nessa senda, enquanto no sistema da íntima convicção pode o julgador apreciar livremente as provas, julgar de acordo com a sua própria consciência e não fundamentar sua decisão, na persuasão racional, o julgador tem liberdade para valorar as provas, mas lhe é imposto o dever de motivar sua decisão, sob pena de nulidade.

4. HARMONIZANDO OS INSTITUTOS

Como visto no primeiro capítulo desta obra, ao analisar detidamente diversos dispositivos constitucionais, é fácil perceber a escolha do constituinte pelo sistema acusatório.

A separação das funções de investigar, acusar e julgar é o critério diferenciador e identificador do modelo acusatório na Constituição, ainda que essa opção legislativa não tenha sido expressa.

A par da separação de funções, a previsão do devido processo legal (princípio maior que engloba vários outros, tais como, a presunção de inocência, a motivação, o contraditório e a ampla defesa) e da imparcialidade do julgador, equidistantes das partes, demonstram que a Constituição, sem dúvida, adota o sistema acusatório.

Por outro lado, o Código de Processo Penal, editado em pleno período ditatorial, apresenta inúmeras normas inquisitórias, por exemplo, o art. 385 – que autoriza o magistrado proferir sentença condenatória ainda que o Ministério Público, titular da ação penal, requeira a absolvição do acusado, o que denota descompasso e confusão entre as funções de acusar e julgar.

O projeto de lei que pretende promover uma profunda reforma no Código de Processo Penal, já aprovado pelo Senado Federal e encaminhado à Câmara dos Deputados, colocará uma pá de cal na discussão acerca do modelo adotado pelo processo penal brasileiro, ao prever expressamente que o sistema processual adotado é o acusatório.

Entretanto, como abordado anteriormente, o referido projeto poderá dar azo a interpretações divergentes no que se refere ao art. 168 (substituto do art. 155 do atual CPP), dando margem ao juiz para utilizar os elementos obtidos no inquérito policial quando submetidos ao contraditório judicial.

Nesse contexto, é de se buscar solução para o conflito de normas.

Para solucionar um conflito entre normas constitucionais e infraconstitucionais, adota-se a hierarquia. É lugar comum que a norma

constitucional goza de supremacia frente às demais normas que compõem o ordenamento jurídico pátrio, afastando aquelas que lhe são contrárias.

Ressalta-se, outrossim, que a Constituição possui força normativa, impondo ao intérprete a observância de suas prescrições. De nada adiantaria a previsão de inúmeros direitos e garantias constitucionais se fosse facultado ao aplicador do Direito o cumprimento ou não de suas normas.

Sendo assim, não há outra conclusão a não ser a de que legislação processual infraconstitucional deve se ajustar à Constituição, sob pena de quebra da unidade e coerência do ordenamento jurídico.

É nesse contexto que surge a discussão, já abordada no presente trabalho, sobre a correta interpretação (alcance) do art. 155 do Código de Processo Penal, o qual enuncia que “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão *exclusivamente* nos elementos informativos colhidos na investigação” [...]. (grifo nosso)

Surgem as seguintes indagações: o inquérito policial possui valor probatório? O Julgador pode proferir sentença condenatória valendo-se, também, de elementos colhidos durante a investigação policial?

Consoante demonstrado, os atos do inquérito policial possuem função endoprocedimental, com reduzida eficácia probatória. Há valor probatório no inquérito, mas limitado. O inquérito policial tem a função precípua de reunir os *indícios* de materialidade e autoria delitiva, que são dirigidos ao titular da ação penal, de forma que este possua subsídios para promovê-la.

Os atos produzidos no inquérito também servem de fundamentação para as decisões interlocutórias tomadas em sede pré-processual, como a decretação de prisão temporária.

Assim, é evidente o limitado valor probatório do inquérito policial, que encerra juízo de mera probabilidade, porque pautado em indícios.

Por outro lado, em que pese o legislador ter inserido o termo *exclusivamente* no art. 155 do CPP, esse dispositivo deve ser interpretado à luz dos princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Da mesma forma deverá ser interpretado o art. 168 do novo CPP, caso sua redação seja mantida.

O princípio do contraditório, estruturante do sistema acusatório, exige que seja dada às partes a possibilidade de se manifestarem sobre todas as provas carreadas aos autos, influenciando no resultado do processo.

Somente as provas que tenham sido contraditadas, produzidas em juízo sob o pálio do contraditório judicial, podem ser objeto de apreciação pelo julgador. Isso porque somente nessa hipótese é dado tratamento igualitário às partes, permitindo que não haja surpresa no julgamento da demanda.

Excepcionalmente, quando os atos do inquérito não forem os únicos elementos dos autos e forem contraditados (o que é raridade, haja vista a característica da inquisitorialidade que permeia a investigação policial), poderá o julgador formar seu convencimento amparado por eles. Repita-se, somente se houver contraditório e tais elementos informativos não forem os únicos.

Partindo dessa regra – os atos do inquérito não podem servir de fundamento para a sentença condenatória porque despidos de contraditório – surge uma nova problemática: a apreciação das provas pelo Conselho de Sentença no Tribunal do Júri.

Como ficou demonstrado, no que concerne à avaliação das provas, o Tribunal do Júri é regido pelo sistema da íntima convicção. Isso significa que os jurados não precisam motivar suas decisões, bastando que respondam *sim* ou *não* a cada um dos quesitos.

Assim, não é possível aferir quais os fatos e fundamentos que serviram para a tomada de decisão do Conselho de Sentença. Não é possível extrair da decisão dos jurados se estes proferiram seus votos com base na prova judicializada ou nos elementos informativos do inquérito, não contraditados.

Nessa senda, Aury Lopes Jr³². destaca que “a situação é ainda mais preocupante se considerarmos que na grande maioria dos julgamentos não é

³²LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 299

produzida nenhuma prova em plenário, mas apenas é realizada a mera leitura de peças”.

Há grande risco de os jurados formarem seu convencimento a partir dos atos produzidos durante a investigação policial, atos estes que não observam o princípio constitucional do contraditório, expressamente previsto no art. 5º, LV, da CRFB/88³³.

Há grande risco de contaminação do Conselho de Sentença pelos elementos informativos – eminentemente inquisitórios – do inquérito.

Por essa razão, somente por meio da exclusão física do inquérito policial dos autos do processo é que se evitará que o Tribunal do Júri profira decreto condenatório amparado em atos que não são aptos a formar juízo de certeza, despidos de contraditório.

Para o professor Aury Lopes Jr. a solução mais coerente seria:

(...) a adoção do sistema de exclusão física do inquérito policial, buscando evitar a contaminação do julgador pelos atos (de investigação) praticados na fase inquisitória do inquérito policial (portanto, em segredo, sem defesa ou contraditório e não judicializado). Isso é fundamental no Tribunal do Júri, pois qualquer esperança de ser julgado a partir da prova judicializada cai por terra, na medida em que não existe a exclusão física dos autos do inquérito e tampouco há vedação de que se utilize em plenário os elementos da fase inquisitorial (inclusive o julgamento pode travar-se exclusivamente em torno dos atos do inquérito policial.³⁴

Assim, a exclusão do inquérito policial dos processos que tramitam no Tribunal do Júri é medida que se impõe.

Só assim será possível garantir que as informações obtidas no curso do inquérito não poderão persuadir o conselho de sentença e interferir negativamente em relação ao réu quando do veredicto, uma vez que os jurados são pessoas leigas, da sociedade que, em regra, desconhecem o direito e as normas processuais, desconhecendo, pois, que o inquérito, a priori, não poderia influenciar a sua decisão.

³³ LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

³⁴ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional volume 2. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, pg. 336

Como solução de ordem prática, os autos do inquérito poderão ser acautelados em cartório, tal como os documentos sigilosos, ou remetidos ao Ministério Público, já que é esse órgão o destinatário das informações ali presentes.

Corroborando essa tese, cumpre informar que a Espanha, ao enfrentar a problemática da utilização do inquérito no Tribunal do Júri em razão da falta de motivação dos jurados, decidiu, na “Ley Del Jurado”, excluir fisicamente os autos da “instrucción preliminar”.

5. RESENHA JURISPRUDENCIAL

Comentou-se outrora que a Constituição de 1988 foi um marco evolutivo na seara constitucional e processual penal. Indiscutivelmente, em mais de duas décadas de sua promulgação, o Poder Judiciário vem paulatinamente reformando seus entendimentos de forma a se compatibilizar com o sistema acusatório por ela consagrado e agora expressamente delineado no PL 156/2009.

Uma das formas mais proveitosas de se estudar um determinado fenômeno de repercussão jurídica é, sem dúvida alguma, a análise da jurisprudência do local de sua ocorrência. Nesse ínterim, propusemo-nos a estudar alguns julgados dos principais órgãos jurisdicionais do país com o intuito de verificar a materialização do sistema acusatório e seus desdobramentos no caso concreto.

Não se pode perder de vista, entretanto, que, como toda inovação, as mudanças acontecem de forma gradativa, após muitos estudos e intensos debates. Há ainda muito a ser feito até a consolidação da solução apresentada neste trabalho e efetiva aplicação pelo Poder Judiciário.

O histórico inquisitorial no processo penal brasileiro é difícil de ser apagado. E mesmo um novo Código de Processo Penal focado no sistema acusatório necessitará de uma mudança na cultura jurídica brasileira, que opera com uma lógica cultural e ideológica seletiva e punitiva

DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF

Inq2913AgR / MT - MATO GROSSO

AG.REG. NO INQUÉRITO

Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI

Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX

Julgamento: 01/03/2012 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Ementa: INQUÉRITO. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. PARLAMENTAR. NOMEAÇÃO DE FUNCIONÁRIO PARA O

EXERCÍCIO DE FUNÇÕES INCOMPATÍVEIS COM O CARGO EM COMISSÃO OCUPADO. POSSIBILIDADE, EM TESE, DE CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE PECULATO DESVIO (ART. 312, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO DE OFÍCIO, SEM OITIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. DOCTRINA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. **O sistema processual penal acusatório, mormente na fase pré-processual, reclama deva ser o juiz apenas um “magistrado de garantias”, mercê da inércia que se exige do Judiciário enquanto ainda não formada a opinio delicti do Ministério Público.** 2. **A doutrina do tema é uníssona no sentido de que, verbis: “Um processo penal justo (ou seja, um dueprocessoflaw processual penal), instrumento garantístico que é, deve promover a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, como forma de respeito à condição humana do sujeito passivo, e este mandado de otimização é não só o fator que dá unidade aos princípios hierarquicamente inferiores do microssistema (contraditório, isonomia, imparcialidade, inércia), como também informa e vincula a interpretação das regras infraconstitucionais.”** (BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Inquérito Policial, Democracia e Constituição: Modificando Paradigmas. Revista eletrônica de direito processual, v. 3, p. 125-136, 2009). 3. Deveras, mesmo nos inquéritos relativos a autoridades com foro por prerrogativa de função, é do Ministério Público o mister de conduzir o procedimento preliminar, de modo a formar adequadamente o seu convencimento a respeito da autoria e materialidade do delito, atuando o Judiciário apenas quando provocado e limitando-se a coibir ilegalidades manifestas. 4. In casu: (i) inquérito destinado a apurar a conduta de parlamentar, supostamente delituosa, foi arquivado de ofício pelo i. Relator, sem prévia audiência do Ministério Público; (ii) não se afigura atípica, em tese, a conduta de Deputado Federal que nomeia funcionário para cargo em comissão de natureza absolutamente distinta das funções efetivamente exercidas, havendo juízo de possibilidade da configuração do crime de peculato-desvio (art. 312, caput, do Código Penal). 5. O trancamento do inquérito policial deve ser reservado apenas para situações excepcionalíssimas, nas quais não seja possível, sequer em tese, vislumbrar a ocorrência de delito a partir dos fatos investigados. Precedentes (RHC 96713, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 07/12/2010; HC 103725, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 14/12/2010; HC 106314, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 21/06/2011; RHC 100961, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 06/04/2010). 6. Agravo Regimental conhecido e provido.

Neste julgado, nossa Corte suprema, além de reconhecer a opção do constituinte pelo sistema acusatório, reafirmando os princípios estruturais desse sistema, quais sejam, contraditório, isonomia, imparcialidade e inércia, defende que o processo penal, por ser um instrumento de garantia, deve promover a separação

das funções de acusar, defender e julgar, em respeito à condição humana do acusado.

Infere-se ainda dessa decisão, como explicitamos alhures, que no sistema processual penal acusatório, em que a dignidade da pessoa humana é tida como norte, já que fundamento do nosso Estado Democrático de Direito, o homem deixa de ser visto como objeto e passar a ser sujeito detentor de direitos, dentre eles o de não ser condenado sem o devido processo legal.

DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA – STJ

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 476.748 - RJ (2014/0030560-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

DATA DA PUBLICAÇÃO: 10/06/2014

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO ART. 495, IX, DO CPP. ACÓRDÃO ASSENTADO EM MAIS DE UM FUNDAMENTO SUFICIENTE. RECURSO QUE NÃO ABRANGE TODOS ELES. SÚMULA 283/STF. OFENSA AO ART. 212, DO CPP. INVERSÃO NO RITO DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. AFRONTA AO ART. 155 DO CPP. INOCORRÊNCIA. TRIBUNAL DO JÚRI. CONDENAÇÃO QUE SE ORIGINA NA ÍNTIMA CONVICÇÃO DOS MEMBROS DO CONSELHO DE SENTENÇA. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ.

VIOLAÇÃO AOS ARTS. 59 E 68, AMBOS DO CP. DOSIMETRIA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AFRONTA À SÚMULA 523 DO STF. IMPOSSIBILIDADE. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AOS ARTS. 261 E 497,V, AMBOS DO CPP. DISPOSITIVOS DE LEI QUE NÃO AMPARAM A PRETENSÃO RECURSAL. APELO ESPECIAL COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. OFENSA AO ART. 65, III, "D", DO CP. OCORRÊNCIA. CONFISSÃO QUALIFICADA. ALEGAÇÃO DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

Em que pese o acórdão em questão não tenha reconhecido a nulidade do julgamento pelo Tribunal de Júri em razão do Conselho de Sentença ter se baseado exclusivamente nos elementos colhidos durante a fase investigatória (tese

defensiva), a mencionada decisão vem corroborar nossos argumentos no sentido de que não é possível identificar quais informações foram utilizadas pelo júri ao se concluir pela condenação do acusado. Vejamos o seguinte trecho extraído do acórdão supracitado:

(...) Da mesma forma, no que tange à alegada ofensa ao artigo 155 do Código de Processo Penal, constata-se que a interpretação dada ao mencionado dispositivo legal pela Corte de origem está em consonância com o entendimento consolidado neste Superior Tribunal de Justiça. Para melhor análise da matéria sub judice, pertinente se faz reproduzir a fundamentação do acórdão recorrido:

"Cediço que, no âmbito do Tribunal do Júri, a decisão dos jurados é soberana, sendo prescindível especificar as razões que os levaram a decidir por uma das teses apresentadas em plenário. **Nesse tocante, percebe-se que não há como conferir certeza de que os jurados se basearam exclusivamente em elementos de informação para decidirem pela condenação do apelante, haja vista que a instrução criminal permeia-se de provas colhidas tanto na fase investigatória, como em provas colhidas mediante o contraditório e a ampla defesa.** A escolha dos jurados pela condenação do réu, decerto, encontra-se em consonância com os ditames legais, não existindo nela nenhuma mácula a ensejar a nulidade pretendida". (fl. 859) Assim, conforme demonstrado acima, constata-se que o Tribunal a quo decidiu conforme o entendimento desta Corte, no sentido de que nas decisões proferidas pelo Tribunal do Júri são assegurados o sigilo das votações e a soberania dos veredictos, tratando-se de exceção à regra contida no inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. **Desse modo, não se exige motivação das decisões do Conselho de Sentença que são embasadas na íntima convicção ou certeza moral dos jurados. Nesse contexto, não há como se aferir a origem das provas utilizadas para a condenação do acusado, podendo, inclusive tal condenação se originar tão somente da íntima convicção do Conselho de Sentença, não havendo portanto, falar em eventual condenação com base tão somente em provas colhidas em sede de inquérito policial, e muito menos em afronta ao artigo 155 do Código de Processo Penal.** Nesse sentido:

(...)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ALEGADA CONDENAÇÃO COM BASE EM PROVA COLHIDA EXCLUSIVAMENTE NA FASE INQUISITORIAL. ART. 155 DO CPP. TRIBUNAL DO JÚRI. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. SIGILO DAS VOTAÇÕES. ÍNTIMA CONVICÇÃO DOS JURADOS. DESNECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO. **IMPOSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DE QUAIS PROVAS FORAM UTILIZADAS PELA CORTE POPULAR AO DECIDIR PELA CONDENAÇÃO DO PACIENTE.** AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO ESSENCIAL AO DESLINDE DA QUESTÃO. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Conquanto seja pacífica a orientação segundo a qual nenhuma condenação pode estar fundamentada exclusivamente em provas colhidas em sede inquisitorial, tal entendimento deve ser visto com reservas no âmbito do procedimento dos crimes dolosos contra a vida.

2. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXVIII, alíneas 'b' e 'c', conferiu ao Tribunal do Júri a soberania dos seus veredictos e o sigilo das votações, tratando-se de exceção à regra contida no inciso IX do art. 93, razão pela qual não se exige motivação ou fundamentação das decisões do Conselho de Sentença, fazendo prevalecer, portanto, como sistema de avaliação das provas produzidas a íntima convicção dos jurados. (...)

3. Writ parcialmente conhecido e, nesta extensão, denegada a ordem. (HC 175.993/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 21/09/2011)(...)

Procedendo a uma interpretação a *contrario sensu* dos trechos destacados concluímos que, justamente por não ser possível aferir a origem das provas utilizadas para a condenação do acusado pelo fato de não haver motivação, não há como afirmar seguramente que o jurado não se baseou exclusivamente nos elementos colhidos no inquérito.

Assim, outra alternativa não resta senão o desentranhamento do inquérito policial dos autos do processo. Aí sim poderemos afirmar, com total certeza, que o corpo de jurados não optou pela “condenação com base tão somente em provas colhidas em sede de inquérito policial”.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJ/RJ

Processo nº 0007828-05.2006.8.19.0011

Recurso em Sentido Estrito

Desembargador Geraldo Prado – 5ª Câmara Criminal

Julgamento: 13/05/2010

EMENTA: PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SURPRESA. PRONÚNCIA. ELEMENTOS COLHIDOS NA FASE INVESTIGATIVA QUE NÃO SE PRESTAM PARA SUSTENTAR A PRONÚNCIA. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. DECLARAÇÕES INSUSCETÍVEIS DO CONTROLE PELO CONTRADITÓRIO QUE NÃO CONFIGURAM OS INDÍCIOS EXIGIDOS PARA A DECISÃO

DE PRONÚNCIA. DEPOIMENTOS COLHIDOS EM SEDE JUDICIAL QUE NÃO APONTAM O ACUSADO COMO AUTOR DO CRIME. QUADRO DE PROBABILIDADE DA AUTORIA, EXIGIDO PARA A REMESSA DA CAUSA À APRECIÇÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA, QUE NÃO SE VERIFICA. Recorrente denunciado e pronunciado para responder, perante o Tribunal do Júri, pela prática do crime definido no artigo 121, § 2.º, inciso IV, do Código Penal. Decisão de pronúncia que se fundamenta tão-somente nas declarações do acusado prestadas em sede policial. **Elementos informativos recolhidos no curso do inquérito policial que não podem ser valorados pelo magistrado para sustentar a pronúncia. Vedação da consideração de elementos colhidos durante a investigação preliminar para admissão da acusação, agora com mais razão em virtude do advento da Lei 11.690/08, que modificou a redação do artigo 155 do Código de Processo Penal para definir a prova como o elemento informativo produzido em "contraditório judicial".** Depoimentos de testemunhas colhidos em juízo que não confirmam a autoria do crime de homicídio. Cenário de autoria que não autoriza a apreciação pelo Tribunal do Júri. RECURSO PROVIDO.

Processo nº 0060408-42.2006.8.19.0001

Recurso em Sentido Estrito

Desembargador Nildson Araujo da Cruz – 1ª Câmara Criminal

Julgamento: 04/12/2007

**IMPRONUNCIA
FALTA DE JUSTA CAUSA
MERA SUSPEITA**
IMPRONÚNCIA. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA LEVAR O RÉU A JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. MERA SUSPEITA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO CONHECIDO E NÃO PROVIDO POR UNANIMIDADE. **A primeira fase da persecução, investigatória e inquisitiva, cumpre sua finalidade no instante em que a denúncia é oferecida. Por outras palavras, os elementos informativos nela recolhidos só se prestam para que se verifique se há ou não justa causa para deflagração do processo acusatório, ou seja, da segunda fase, eminentemente probatória (CPP, art. 156), pelo que subordinada ao princípio do contraditório e da ampla defesa.** Mesmo as perícias, que, em regra, são feitas na primeira fase, se submetem, na segunda, a um contraditório diferido. **Por conseguinte, uma vez que os elementos colhidos no inquérito esgotam seus fins com o oferecimento da denúncia, não se pode pronunciar alguém com base apenas neles,** quando não foram reproduzidos na instrução. Caso contrário, esta seria de total inutilidade. Verdadeira perda de tempo. Mas, felizmente não é assim. E, a mera suspeita não serve de justa causa

para levar alguém a julgamento pelo Tribunal do Júri. Recurso conhecido e não provido por unanimidade.

Ambos os acórdãos acima destacados vão ao encontro de tudo o que foi defendido no presente trabalho e fundamentam a solução apresentada para compatibilizar o inquérito policial, instituto de viés inquisitorial, porém de extrema importância à persecução criminal, com a íntima convicção dos jurados que compõem o Tribunal do Júri, órgão de assento constitucional.

Como se vê, os eminentes desembargadores reconhecem que os elementos coligidos no inquérito policial não se prestam para fundamentar decisão de pronúncia do réu, uma vez que não foram obtidos sob o crivo do contraditório. Destaca-se ainda que somente se reconhecem como prova os elementos produzidos em “contraditório judicial”.

Ora, se os elementos informativos colhidos no inquérito não servem para embasar decisão de pronúncia que, como se sabe, não se trata ainda de condenação, tampouco poderão ser utilizados como fundamento para sentença condenatória.

Outrossim, legitimando nosso posicionamento quanto à finalidade do inquérito policial na *persecutio criminis*, os referidos julgados reconhecem que os elementos informativos recolhidos na fase investigatória são destinados ao órgão de acusação, Ministério Público, para que se verifique se há ou não justa causa que justifique a abertura de um processo criminal. O oferecimento da denúncia esgota todos os fins do inquérito policial, razão pela qual tal procedimento não pode ser utilizado pelo juiz para fundamentar a condenação.

6. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, concluímos que o sistema processual penal brasileiro eleito pela Constituição foi o acusatório, embora a legislação infraconstitucional ainda mantenha traços do inquisitório.

Como vimos, o Código de Processo Penal vigente data de 1941, período em que o Brasil sofreu forte influência da ditadura fascista, daí porque existem várias incongruências com a nossa Carta Magna promulgada no ano de 1988.

Vislumbrando tamanha inconsistência em nosso ordenamento jurídico e a necessidade de mudanças, o Senado Federal aprovou o projeto de lei 156/2009, que visa promover ampla reforma no código em vigência. Dentre elas, destacamos a adoção expressa do sistema acusatório e dos princípios do contraditório e da ampla defesa, cuja relevância é inegável ao presente trabalho.

Não restam dúvidas quanto à preocupação do legislador em elaborar um código de processo penal mais adequado com a realidade constitucional, preocupando-se não só com a vítima do crime, mas também com o indiciado.

Buscou-se demonstrar que o contraditório é da essência do processo, razão pela qual qualquer informação não submetida ao contraditório não pode ser considerada e a decisão que desconsiderar essa regra será nula por violação a princípio constitucional.

À luz dos princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito e do garantismo processual, é forçoso reconhecer que somente as provas que tenham sido contraditadas, produzidas em juízo sob o crivo do contraditório judicial, podem ser objeto de avaliação pelo julgador.

Assim, a consequência é que na fundamentação da sentença condenatória o juiz não pode fazer referência a qualquer elemento do inquérito para justificar sua convicção.

Por ser inquisitivo, ou seja, desprovido de contraditório, não pode o inquérito servir de fundamentação da sentença, nem mesmo para complementar as provas judicializadas.

Se a prova produzida sob o crivo do contraditório, por si só, é incapaz de possibilitar a formação de um juízo condenatório, um juízo de certeza pela condenação, está evidenciada a insuficiência de prova, impondo-se a absolvição do réu, em respeito ao *in dubio pro reo* que, juntamente com o princípio da inocência, trata-se de premissa hermenêutica inafastável do Direito Penal e, no campo processual, de regra de julgamento e tratamento.

Deve-se ter em mente que o processo penal atual não mais se funda no princípio da presunção de culpabilidade, mas sim no princípio da presunção de inocência. Isso representa um grande avanço no direito processual penal pátrio, pois agora o acusado é tido como inocente até que se prove o contrário, significando que só após o trânsito em julgado de uma sentença condenatória é que o réu poderá ser considerado culpado.

Ocorre que existe a problemática em torno do Tribunal do Júri, uma vez que os jurados são dispensados de motivar suas decisões, julgando pela íntima convicção, de maneira que não se pode afirmar com certeza que os elementos do inquérito não influenciaram a votação do Conselho de Sentença.

Qual será então a solução para a controvérsia existente entre as características do inquérito policial e a garantia de distribuição igualitária de forças entre as partes na busca do convencimento do julgador?

Acreditamos que a solução mais viável é a exclusão física dos autos do inquérito do processo, de maneira que os jurados, como não tomarão conhecimento dos elementos nele coligidos, certamente não terão seu voto maculado por informações desamparadas de contraditório e, portanto, imprestáveis para a condenação.

Frise-se que, muito embora vigore o princípio da íntima convicção no Tribunal do Júri, o julgamento não está dispensado de observar o princípio de contraditório, uma vez que ambos são de natureza constitucional.

Por isso, a maneira de compatibilizar tais princípios é, uma vez pronunciado o réu, o juiz determinar o desentranhamento dos autos do inquérito do processo, mantendo-se tão somente as provas técnicas não repetíveis.

Outra solução seria optar por garantir amplo e irrestrito contraditório na fase do inquérito, mas, como vimos, tal medida não seria a mais adequada justamente

pela natureza desse procedimento e pela necessidade de se garantir a realização de suas próprias finalidades.

Assim, a exclusão do inquérito do processo apresenta-se como o caminho mais viável para afastá-lo da esfera de conhecimento dos jurados e a sua conseqüente contaminação pelos seus elementos inquisitoriais.

O projeto de lei aprovado pelo Senado Federal, embora venha consagrar significativos avanços no que concerne à adaptação da legislação infraconstitucional ao modelo acusatório, falhou ao não prever tal expediente, deixando margem mais uma vez para que o sistema adotado seja acusatório somente na sua configuração externa.

Para que o novo Código de Processo Penal tenha conformidade constitucional esperamos que a solução apresentada no presente trabalho seja levada em consideração pela Câmara dos Deputados, onde atualmente tramita o projeto.

Essa é a única solução que se coaduna com o garantismo processual e com o sistema acusatório adotados pela Constituição.

Com efeito, a teoria do garantismo decorre a necessidade de que se observem, rigidamente, os direitos fundamentais dos cidadãos, valorando-se, substancialmente, os princípios maiores estampados na Constituição.

Segundo a fórmula garantista, na produção das leis e também nas interpretações, seus conteúdos materiais devem ser vinculados de forma irrestrita e obrigatória a princípios e valores estampados nas Constituições dos Estados em que vigorem. Assim, todos os direitos fundamentais equivalem a vínculos de substância, que, por sua vez, condicionam a validade da essência das normas produzidas, expressando, ao mesmo tempo, os fins aos quais está orientado o denominado Estado Constitucional de Direito.

Em sua construção, as garantias são verdadeiras técnicas inseridas no ordenamento que têm por finalidade reduzir a distância estrutural entre a normatividade e a efetividade, possibilitando-se, assim, uma máxima eficácia dos direitos fundamentais segundo determinado pela Constituição.

Portanto, é preciso valorizar um processo penal ancorado em proposições acusatórias, dentro do qual a paridade de armas seja fundamental e que o investigado/processado tenha assegurado seus direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 05 nov. 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 05. Nov. 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional – 8. Ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 – São Paulo : Saraiva, 2014.*

GALANTE, Gabriel Fernandez. *O novo sistema de quesitação do Júri aplicado à íntima convicção do jurado*. 2010. 65f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL. *Novo CPP: Emendas entregues ao Senador Valter Pereira*. Disponível em: <<http://novo.direitoprocessual.org.br/content/blocos/96/1>>. Acesso em: 23 out. 2014.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JR., Aury. *Tribunal do júri precisa passar por uma reengenharia processual*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-08/limite-penal-tribunal-juri-passar-reengenharia-processual>>. Acesso em: 05 de Nov. 2014.

LUZ, Denise. *A opção constitucional por um sistema acusatório: algumas breves reflexões sobre o inquérito policial na reforma do código de processo penal*. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/edicao2/Denise_Luz.pdf>. Acesso em: 13 out. 2014.

MARQUES, José Frederico apud RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 14 ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 6. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=58827&tp=1>>. Acesso em: 05 nov. de 2014.