

CURSO DE DIREITO

Alexandre Camargo Abe

**A TOTAL IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DOS ELEMENTOS
INFORMATIVOS DO INQUÉRITO POLICIAL PARA FUNDAMENTAR SENTENÇA
PENAL CONDENATÓRIA**

Capão da Canoa

2016

Alexandre Camargo Abe

**A TOTAL IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DOS ELEMENTOS
INFORMATIVOS DO INQUÉRITO POLICIAL PARA FUNDAMENTAR SENTENÇA
PENAL CONDENATÓRIA**

Trabalho de conclusão apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, *campus* Capão da Canoa, para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.Ms. Diego Romero

Capão da Canoa

2016

**TERMO DE ENCAMINHAMENTO DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
PARA A BANCA**

Com o objetivo de atender ao disposto no capítulo VIII, artigos 19, 20, 21 e 22 do Regulamento de Conclusão do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, considero a monografia elaborada pelo acadêmico Alexandre Camargo Abe adequada para ser inserida na pauta semestral de defesa de monografia do Curso de Direito.

Capão da Canoa, junho de 2016.

Ms. Diego Romero
Professor Orientador – UNISC

AGRADECIMENTOS

À Deus, em primeiro lugar, por ter me concedido saúde e força para enfrentar todas as adversidades que encontrei ao longo do caminho, desde os primeiros passos, ainda no ano de 2009. As dificuldades se fizeram presentes desde lá, mas, sempre mantive acesa em mim a chama incessante da busca pelo conhecimento. E até mesmo os momentos difíceis que enfrentei foram importantes, pois, serviram para a minha aprendizagem e me permitiram compreender que o direito é o único instrumento capaz de proteger o homem da justiça quando ela fraqueja e insiste em se afastar daquele. Tudo o que passei serviu para reforçar em mim o amor pelo direito, para reforçar a minha determinação em lutar com todas as minhas forças pela busca da justiça através do direito.

Não posso deixar de registrar um agradecimento especial ao Mestre e orientador Diego Romero pelo apoio e a paciência dispensada a este acadêmico, sobretudo, por suas preciosas contribuições. O conhecimento científico do Mestre se faz presente neste trabalho e os seus ensinamentos permanecerão sempre vivos em minha memória, sobretudo, a sua visão crítica do processo penal.

Por fim, e não menos importante, à minha mulher Janaína e à minha filha Mariana, pelo amor incondicional que sempre me dedicaram. Peço desculpas publicamente pelos momentos de ausência e registro que, sem vocês, esta conquista não seria possível.

“A letra fria da lei, expressa no direito positivado, pouco representa na realização da justiça, se não estiver associada ao empenho e o amor dos advogados, os quais lhes conferem espírito e sentido, com sua romântica fé na justiça.”

(Piero Calamandrei)

RESUMO

O presente trabalho é resultado de um estudo sobre a utilização dos elementos informativos do inquérito policial para fundamentar sentenças penais condenatórias, desde que tais elementos sejam corroborados por outras provas judiciais. Para tanto, pesquisamos o sistema processual penal adotado pela Constituição Federal de 1988 e os princípios constitucionais aplicáveis ao processo penal relacionados ao objeto de estudo, fazendo uma análise crítica do disposto no artigo 155 do Código de Processo Penal vigente, sobretudo, na parte em que permite a utilização dos elementos informativos do inquérito policial para a fundamentação de sentenças penais condenatórias, desde que tais elementos não sejam utilizados de modo exclusivo. Foi realizada pesquisa de jurisprudência dos tribunais superiores no que se refere à aplicação do dispositivo legal objeto de estudo e, ao final, concluiu-se que a utilização dos elementos informativos do inquérito policial para formar a convicção do julgador e para fundamentar sentenças penais condenatórias, ainda que corroborados por outros elementos de prova existentes no processo judicial, ofende o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, além de caracterizar afronta ao sistema acusatório e ao princípio *in dubio pro reo*.

Palavras-chave: Inquérito policial. Elementos informativos. Fundamentação. Sentença penal condenatória.

ABSTRACT

The present work is resulted of a study about the use of the inquiry policeman's informative elements to base sentences condemnatory, since such penal elements are corroborated by other judicial proofs. For so much, we researched the penal procedural system adopted by the Federal Constitution of 1988 and the applicable constitutional beginnings to the penal process related to the study object, making a critical analysis of the determination in the article 155 of the Code of effective Penal Process, above all, in the part in that allows the use of the informative elements of the inquiry policeman's for the base of sentences condemnatory, since such penal elements are not used with exclusiveness. Out accomplished research of jurisprudence of the superior tribunals in what refers to the application of the device legal study object and, at the end, it was ended that the use of the inquiry policeman's informative elements to form the conviction of the judge and to base condemnatory penal sentences, although corroborated by other existent proof elements in the lawsuit, it offends the fundamental right to the contradictory and the wide defense, besides characterizing insult to the accusatory system an the beginning dubious in for reo.

Keywords: Inquiry policeman. Informative elements. To base. Condemnatory penal sentence.

LISTA DE SIGLAS

STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
CF	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
HC	<i>Habeas corpus</i>
RE	Recurso Extraordinário
RHC	Recurso Ordinário em <i>habeas corpus</i>
AgRgREsp	Agravo Regimental em Recurso Especial

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO PROCESSO PENAL	12
2.1 Sistemas processuais penais	13
2.1.1 Aspectos históricos dos sistemas processuais penais	14
2.1.2 Sistema acusatório <i>versus</i> sistema inquisitório	16
2.1.2.1 Características do sistema acusatório	17
2.1.2.2 Características do sistema inquisitório.....	18
2.2 Alguns princípios constitucionais aplicáveis ao processo penal	19
2.2.1 Princípio acusatório	21
2.2.2 Princípio do contraditório e da ampla defesa.....	22
2.2.3 Princípio <i>in dubio pro reo</i>.....	24
2.2.4 Princípio do devido processo legal.....	25
3 O PROCESSO PENAL NO BRASIL. SISTEMA ACUSATÓRIO COMO UMA REALIDADE OU UM MITO?	26
3.1 Sistema misto (o engodo).....	27
3.2 A fase pré-processual e o inquérito policial	29
3.2.1 A origem do inquérito policial, sua função e suas principais características	32
3.3 A diferença entre elemento informativo e elemento de prova	36
3.3.1 O contraditório como elemento essencial à prova.....	38
3.3.2 Os elementos informativos do inquérito policial	39
4 O ARTIGO 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	40
4.1 Uma análise do dispositivo legal	40
4.1.1 O poder de uma palavra.....	41
4.2 O problema da utilização dos elementos informativos do inquérito policial na fundamentação de sentença penal condenatória	43
4.2.1 A fraude processual.....	45
4.2.2 A contaminação do juiz pelo contato com os elementos informativos do inquérito policial.....	47
4.2.3 O porquê da busca dos elementos informativos do inquérito policial quando do ato decisório.....	48

4.2.4 Como fica o princípio <i>in dubio pro reo</i> ?	49
4.3 Pela efetividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988	50
4.3.1 O reconhecimento da inconstitucionalidade material de parte do artigo 155 do CPP vigente (a solução paliativa).....	51
4.3.2 Um novo Código de Processo Penal compatível com o modelo de processo adotado pela Constituição Federal de 1988 (o grande sonho).....	53
5 CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS.....	60

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por finalidade trazer à baila o problema da utilização dos elementos informativos produzidos no âmbito do inquérito policial para a formação da convicção do julgador e para a fundamentação de sentença penal condenatória, ainda que tais elementos sejam corroborados por outras provas judiciais. O artigo 155 do Código de Processo Penal vigente permite que os elementos informativos colhidos na fase pré-processual de investigação sejam utilizados pelo juiz para formar a sua convicção e para fundamentar um decreto condenatório, desde que tais elementos estejam corroborados por outras provas judiciais produzidas mediante o contraditório e a ampla defesa. O dispositivo legal veda ao magistrado fundamentar a sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos no inquérito policial. Contudo, não se veda integralmente a utilização de tais elementos para fundamentar sentenças penais condenatórias. Uma parte da doutrina e, também, os tribunais superiores tem entendido que os elementos informativos produzidos no inquérito policial podem ser utilizados para fundamentar uma sentença penal condenatória, desde que o juiz apresente outras provas produzidas em contraditório judicial que corroborem os elementos informativos.

No entanto, a Constituição Federal de 1988 adotou o sistema processual acusatório, que tem no exercício pleno do direito de defesa o seu mote principal, ao lado da separação das funções de acusar e de julgar. E para garantir-se a plenitude de defesa é indispensável o exercício pleno e eficaz do contraditório, ou seja, o direito de conhecer e de participar efetivamente da produção de todos os elementos que irão influenciar na decisão do magistrado. Por seu turno, no âmbito do inquérito policial esses direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa não são observados, justamente porque o inquérito policial está fundado em um modelo inquisitório que subsiste no atual sistema jurídico processual penal, não obstante a sua incompatibilidade com a ordem constitucional vigente.

Diante de tal quadro o que se buscou com o presente trabalho de pesquisa fora analisar a compatibilidade da utilização dos elementos informativos do inquérito policial para fundamentar sentença penal condenatória, ainda que corroborados por outras provas judiciais, com o sistema processual penal acusatório, adotado pela Constituição Federal de 1988, e com os demais princípios constitucionais e direitos fundamentais por ela adotados. Para tanto, se buscou descrever o sistema

processual acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988, contrapondo-o ao sistema inquisitório, pesquisando-se as suas principais distinções, bem como descrevendo e analisando sistematicamente os princípios constitucionais relacionados ao objeto de estudo. Também, buscou-se caracterizar a realidade processual penal brasileira na fase pré-processual de investigação, apresentando as principais características do inquérito policial, sua origem, sua função e o valor probatório dos elementos produzidos no âmbito desse instrumento. Ainda, fora realizada uma análise crítica do disposto no artigo 155 do Código de Processo Penal vigente, na qual se descreve o problema da utilização dos elementos informativos do inquérito policial na formação da convicção do magistrado quando da sentença penal condenatória e se destaca a ofensa que a aplicação irrestrita do dispositivo legal em estudo impõe ao direito fundamental ao contraditório, à ampla defesa, ao devido processo legal e ao princípio *in dubio pro reo*. Por fim, buscou-se apresentar possíveis soluções para o problema, através do reconhecimento da inconstitucionalidade material de parte do artigo 155 do CPP, para se dar interpretação conforme a Constituição ao referido dispositivo legal no sentido de afastar qualquer interpretação que permita a utilização dos elementos informativos produzidos no inquérito policial para fundamentar sentença penal condenatória ou através da aprovação do novo código de processo penal, cujo projeto de lei PL 8045 encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados.

Nesse contexto, portanto, o presente trabalho de pesquisa é importante pois traz a lume a discussão sobre a incompatibilidade do Código de Processo Penal vigente com a Constituição Federal de 1988, através de um enfoque específico do disposto no artigo 155 do Código, que atualmente permite que as pessoas sejam condenadas com base em elementos informativos que foram produzidos sem a observância do direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, buscando contribuir para a construção de um modelo processual penal compatível com os ditames constitucionais. Fora utilizada pesquisa do tipo qualitativa, através da análise crítica de textos científicos sobre o tema objeto de estudo, obtidos através de pesquisa bibliográfica, bem como pesquisa prática sobre a jurisprudência dos tribunais superiores no que se refere à aplicação do dispositivo legal objeto de estudo, com a utilização do método de pesquisa dedutivo.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO PROCESSO PENAL

Quando se está a tratar de processo penal, está-se a tratar do exercício de poder pelo Estado. Para que este poder seja legitimamente exercido, impõe-se a estrita observância aos limites constitucionais, cujo critério de validade encontra-se no conceito geral de democracia pelo qual todo o poder emana do povo, conforme dispõe o Parágrafo único do Artigo 1º da Constituição da República (BRASIL, 1988). Desse modo, há um vínculo indissociável entre o direito, cujo instrumento de materialização é o processo, e a democracia, estabelecendo-se como um critério determinante da validade das normas jurídicas o estrito respeito aos direitos e garantias expressos na Constituição, que é a expressão máxima dos valores do Estado. Prado (2006) destaca a relevância que esse vínculo tem para que se possa determinar a validade de uma norma jurídica:

A identificação clara do vínculo direito-processo-democracia terá pertinência no estudo por possibilitar a concreta determinação dos critérios de fixação da validade das normas jurídicas pelas quais estrutura-se e funciona o sistema processual. Afinal, sob que condições é possível afirmar que determinada regra, extraída do Código de Processo Penal, é válida? A questão que se coloca aqui é como formular esta indagação para cada caso concreto e também em termos de validade social. (PRADO, 2006, p. 15)

O processo penal assume uma função de extrema importância em um Estado democrático de direito como o nosso, a função de limitador do exercício do poder e de garantidor dos direitos fundamentais aos acusados pela prática de condutas delituosas, deixando de ser mero instrumento de controle social com objetivos eminentemente punitivos, característica do processo penal nos Estados autoritários. Aury (2011) destaca com propriedade a função do processo penal em nosso Estado:

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí porque somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal). (AURY, 2011, p. 9, grifos no original)

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, o processo penal, então, assume uma nova função, a função de garantir os direitos fundamentais expressos na Carta Política aos acusados da prática de condutas delituosas e, ao mesmo tempo, legitimar a aplicação de uma eventual sanção penal. Não é por outra razão que a Carta de 1988 traz, dentro do seu rol de direitos fundamentais individuais, em seu artigo 5º, uma série de direitos relacionados à dinâmica processual, como o contraditório e a ampla defesa. Modernamente, não há como afastar esse modelo de processo penal, como leciona Dinamarco (1993, p. 27):

O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamadas; ele é, por assim dizer, o microcosmo democrático do Estado de direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade.

O processo penal deve, então, se estruturar e se desenvolver de modo a adequar-se aos ditames constitucionais, a fim de garantir a máxima efetividade dos direitos fundamentais e de modo a permitir a concretização do próprio modelo de Estado buscado pela Carta Política de 1988, cujo fundamento nuclear consagra a dignidade humana. É o processo penal como um instrumento a serviço da Constituição, é a chamada “instrumentalidade constitucional” (AURY, 2010, p. 10) do processo penal. Aliás, esta instrumentalidade constitucional do processo penal, segundo Aury (2010, p. 65), é o próprio “fundamento legitimante” da sua existência.

2.1 Sistemas processuais penais

Para fins de conceituação, etimologicamente, de acordo com o Dicionário de Ciências Sociais da Fundação Getúlio Vargas (1986, p. 1127), pode-se definir sistema como o “Conjunto de coisas que ordenadamente entreteídas contribuem para determinado fim; trata-se de um todo coerente cujos elementos são interdependentes e constituem uma unidade completa”. Desse modo, qualquer sistema está baseado na coerência da interligação de seus elementos constitutivos através de um princípio unificador, de modo a permitir a elaboração de uma “unidade completa” (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 1986, p.1127), como etimologicamente se concebe. No que se refere ao sistema processual, Prado (2006) adverte que tão

importante quanto definir o sistema é compreender o todo no qual esse sistema está inserido:

Na verdade, o sistema processual está contido no sistema judiciário, por sua vez espécie do sistema constitucional, derivado do sistema político, implementando-se deste modo um complexo de relações sistêmicas que metaforicamente pode ser desenhado como de círculos concêntricos, em que aquele de maior diâmetro envolve o menor, assim sucessivamente, contaminando-o e dirigindo-o com os princípios adotados na Lei Maior. (PRADO, 2006, p. 55)

Assim, pode-se compreender como sistema processual penal o conjunto de elementos, atos e procedimentos interligados e coerentemente ordenados a partir de um princípio unificador que irá determinar o modo pelo qual o processo penal se estruturará e se desenvolverá na busca do seu fim, que, em um Estado Democrático de Direito, é resolver os conflitos no âmbito penal e ao mesmo tempo garantir a efetividade dos direitos fundamentais aos acusados pela prática de condutas delituosas, de modo a legitimar a aplicação da respectiva sanção penal.

2.1.1 Aspectos históricos dos sistemas processuais penais

Grinover (1982) *apud* Prado (2006, p. 71), afirma que o embrião do procedimento inquisitório pode ser encontrado em um modelo egípcio da Antiguidade, no qual a iniciativa da persecução penal estava diretamente ligada a uma forma de governo absolutista, sacerdotal. As principais características deste procedimento, segundo a autora, era a instrução pública e escrita com um julgamento secreto e mediante decisão simbólica. Por sua vez, como um procedimento originário daquilo que hoje podemos entender como modelo acusatório, tem-se o procedimento hebreu da Antiguidade, cujos princípios defendiam a proibição da prisão antes de o acusado hebreu ser conduzido ao tribunal para se defender, a ausência de interrogatórios ocultos, a impossibilidade de condenação com base na palavra de apenas uma testemunha ou por suposições, a instrução com debates públicos e o recurso como um direito individual e sagrado (PRADO, 2006).

Nos séculos XIII e XIV, tem início o predomínio, em Roma, do modelo inquisitório que passa a ser utilizado pela justiça laica no mesmo período marcado pelo surgimento dos estados-nação. Nesse sentido, a lição de Prado (2006, p. 81):

A remanescente estrutura acusatória, no entanto, começa a render-se a aspectos quase sempre identificados no procedimento inquisitório, tais como a forma escrita da dedução da acusação e o segredo que envolvia a produção da prova testemunhal, chegando, pois, ao emprego da tortura, a culminância das presunções e da confissão.

A Igreja Católica, por sua vez, exerceu papel fundamental para que o modelo inquisitorial romano fosse difundido aos demais povos, através de seu ideal de universalidade cristã. À época, não obstante todas as críticas que o procedimento inquisitório enfrenta na atualidade, o fundamento da adoção de tal modelo pretendia superar as ordálias, ou seja, buscava-se um sistema que fosse racional:

Embora hoje a Inquisição seja vista com todas as reservas, cumpre remarcar que na sua época o discurso dominante a apresentava como produto da racionalidade, confrontada com a suposta irracionalidade das ordálias ou juízos de Deus, que substituiu, enquanto sistema de perseguição da verdade, pela busca da reconstituição histórica, procurando, tanto quanto possível, reduzir os privilégios que frutificavam na justiça feudal, fundada quase exclusivamente na força e no poder de opressão dos senhores feudais sobre os demais, pessoas que a rigor estavam sujeitas a medidas punitivas discricionárias, impostas pelos mencionados senhores feudais. (PRADO, 2006, p. 82)

Ainda, pode-se acrescer como fundamento da substituição do modelo acusatório até então vigente pelo modelo inquisitório, supostos inconvenientes que a inatividade das partes produziria ao processo. É claro que tais inconvenientes referem-se, sobretudo, ao fim punitivo do processo, ante a fragilização do combate à criminalidade em razão de a atividade probatória estar, apenas, nas mãos das partes. Como ensina Aury (2010), o modelo inquisitório servia muito bem a esse propósito, na medida em que outorgava ao juiz o papel principal do processo penal, permitindo que o julgador fosse em busca das provas de ofício.

No Século XV, o fortalecimento das monarquias faz surgir uma estrutura de justiça secular com um critério de competência em razão do lugar do fato criminoso, superando-se a jurisdição local e afastando paulatinamente a influência da jurisdição religiosa, chegando-se à absoluta jurisdição monarca (PRADO, 2006). Porém, o grande marco para a mudança de ares foi o iluminismo que a partir dos séculos XVII e XVIII foi responsável por romper de vez a relação até então existente entre o direito e a religião e por repensar a função do direito penal e a função da própria pena, através das precursoras lições de Beccaria (1998, p. 64):

Toda a pena que não deriva da absoluta necessidade – diz o grande Monstequieu – é tirânica. Proposição que pode tornar-se mais geral da seguinte forma: todo o acto (sic) de autoridade de um homem sobre outro homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico. Eis, pois, sobre o que se fundamenta o direito que o soberano tem de punir os delitos: a necessidade de defender o depósito do bem-estar público das usurpações particulares. E tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano garante aos seus súditos. [...].

Surge, então, na França, um novo sistema processual que mais tarde seria difundido para os outros países através das guerras napoleônicas, dividindo a persecução penal em duas fases, uma secreta comandada por um juiz-instrutor denominada de instrução, e a outra chamada de juízo em que os debates eram públicos, com igualdade entre a acusação e a defesa, sendo realizados perante um tribunal colegiado ou um júri (PRADO, 2006). Eis aqui a origem histórica do chamado sistema misto que será objeto de análise específica a seguir e que serve de base para o modelo processual em diversos países até os dias atuais, inclusive no Brasil, com uma fase de investigação preliminar na qual a defesa não tem uma participação plena e eficaz e uma fase judicial na qual se busca garantir a paridade entre a acusação e a defesa e o contraditório.

2.1.2 Sistema acusatório versus sistema inquisitório

Como já foi dito, todo o sistema caracteriza-se por um conjunto de elementos constitutivos coerentemente ordenados e interligados, de modo a formar uma “unidade completa” (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 1986, p. 1127). Desse modo, cada sistema processual apresenta um princípio unificador que será o responsável por ordenar seus elementos constitutivos de modo a garantir um todo coerente, como o são o princípio acusatório e o princípio inquisitivo. Assim, a cada modelo de Estado corresponderá um modelo de processo penal baseado em um princípio unificador próprio, de modo a buscar atingir os objetivos estatais no âmbito penal, eis que “a estrutura do processo penal de uma nação não é mais do que o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua constituição” (GOLDSCHMIDT, 2002, p. 71). A democracia, por sua vez, é uma estrutura política que tem por fundamento a valorização do indivíduo em relação ao Estado (AURY, 2010) e, desse modo, em um Estado democrático deve haver uma valorização do

indivíduo como sujeito de direito não obstante esteja respondendo a uma acusação penal. Desse modo, torna-se necessária a estrita observância dos direitos fundamentais processuais do indivíduo submetido a uma acusação penal a fim de garantir a regularidade do processo e a legitimidade de eventual sanção penal que se venha a aplicar.

2.1.2.1 Características do sistema acusatório

Inicialmente, destaca-se a importante distinção feita por Prado (2006) entre o sistema acusatório e o princípio acusatório:

Assim, sustenta-se neste trabalho a premissa de 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*. (PRADO, 2006, p. 104, grifos no original)

O conceito de sistema acusatório é mais amplo contemplando, além do princípio acusatório, seu princípio unificador, outros princípios fundamentais que sistematicamente irão permitir a efetividade de um modelo processual de partes. Aury (2011) também destaca a insuficiência do princípio acusatório, com a mera distinção das atividades de acusar e de julgar, para caracterizar um sistema acusatório:

Apontada pela doutrina como fator crucial na distinção dos sistemas, a divisão entre as funções de investigar-acusar-julgar é uma importante característica do sistema acusatório, mas não é a única e tampouco pode, por si só, ser um critério determinante quando não vier aliada a outras (como iniciativa probatória, publicidade, contraditório, oralidade, igualdade de oportunidades etc.). (AURY, 2011, pp. 71-72)

Assim, além da distinção das funções de acusar e de julgar, a garantia de um exercício pleno e eficaz do contraditório é condição essencial para a efetividade do sistema acusatório de modo que “pensar sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório, é incorrer em grave reducionismo” como adverte Aury (2011, p. 73). Garantir aos acusados em geral o exercício pleno do direito ao contraditório é condição essencial para se ter um processo penal acusatório ao lado dos outros direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Luz (2012), ao tratar da investigação criminal no projeto de lei do

novo Código de Processo Penal, em artigo publicado na Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, destaca a importância da efetividade do contraditório para a caracterização de um sistema processual acusatório:

Como *sistema* é uma unidade coerente não apenas do ponto de vista formal como também de conteúdo valorativo, e essa *unidade* deve ser regida por um princípio unificador e reitor que se relaciona, em conjunto, com os demais princípios pertinentes, o princípio *acusatório* deve ser iluminado pelos demais princípios que o próprio projeto de lei tratou de identificar: o da dignidade da pessoa humana, ao lado da máxima proteção dos direitos fundamentais (art. 5º), pela via do contraditório e da ampla defesa (art. 3º). (LUZ, 2012, p. 54, grifos no original)

O que caracteriza o sistema acusatório é a distinção das atividades de acusar e de julgar, o afastamento do juiz das atividades probatórias, mantendo-se em uma postura equidistante das partes, a igualdade de oportunidades entre a acusação e a defesa, a publicidade, a oralidade, o duplo grau de jurisdição e, sobretudo, o exercício pleno e eficaz do contraditório.

2.1.2.2 Características do sistema inquisitório

O sistema inquisitório, por sua vez, está caracterizado por um ativismo do julgador na busca das provas, havendo uma assunção pelo juiz da função que no sistema acusatório é exercida pelo Ministério Público, passando o acusado de sujeito de direitos a mero objeto da investigação. O procedimento é caracterizado pelo sigilo, pela forma escrita, pela ausência do direito ao contraditório e, também, pela ausência de igualdade de oportunidades às partes no processo. Não é por outra razão que Prado (2006, p. 179) afirma que “Dizia-se com razão, na Idade Média, que aquele que tem um juiz por acusador, precisa de Deus como defensor. E, às vezes, isso não é suficiente”. Esta é a lógica do sistema inquisitório, qual seja, aquele que julga também é aquele que vai em busca da prova e acusa. Ao criticar tal modelo de processo, Aury (2010) apresenta de forma bastante clara a ideologia na qual esse sistema se estrutura e se fundamenta:

A estrutura do processo inquisitório foi habilmente construída a partir de um conjunto de instrumentos e conceitos (falaciosos, é claro), especialmente o de “verdade real ou absoluta”. Na busca dessa tal “verdade real”, transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege. De posse dele para buscar a verdade real, pode lançar mão da tortura, que se for “bem” utilizada conduzirá à confissão. Uma

vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia de provas). Sem dúvida, tudo se encaixa para bem servir ao sistema. (AURY, 2010, p. 161, grifos no original)

Tal modelo de processo é incompatível com o exercício pleno e eficaz do contraditório e da ampla defesa. Aliás, nesse modelo de processo a defesa é vista como um entrave desnecessário. Aury (2010, p. 162), ao tratar do modelo inquisitório no Direito Canônico, presente no Manual dos Inquisidores, de Nicolau Eymerich, chama a atenção para a absoluta ineficácia da defesa no sistema processual inquisitório ao afirmar que “O inquisidor EYMERICH fala da total inutilidade da defesa, pois, se o acusado confirmava a acusação, não havia necessidade de advogado.”

2.2 Alguns princípios constitucionais aplicáveis ao processo penal

No que se refere aos princípios, de antemão, importa esclarecer as funções que os mesmos exercem no ordenamento jurídico, se possuem uma função meramente axiológica e interpretativa ou se, de fato, possuem um conteúdo normativo. Atualmente, não há dúvidas de que os princípios possuem conteúdo normativo, ainda mais aqueles princípios relacionados aos direitos fundamentais. As normas em geral e as normas constitucionais em particular compõem-se de regras e de princípios não havendo hierarquia entre ambos. É claro que, por possuírem um conteúdo mais aberto, a aplicação dos princípios não pode ser feita pelos mesmos métodos de aplicação das regras jurídicas. O critério de aplicação dos princípios é o da ponderação em que, havendo conflito entre princípios ou entre um princípio e uma regra, impõe-se ao intérprete fazer a interação entre o fato e as normas (regras e princípios) na busca da solução mais justa para o caso concreto através de uma escolha fundamentada, como lecionam Barroso e Barcellos (2004, p. 44):

A nova interpretação constitucional assenta-se em um modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto. Nessa perspectiva pós-positivista do Direito, são idéias (sic) essenciais a normatividade dos princípios, a ponderação de valores e a teoria da argumentação.

No âmbito do processo penal, os princípios exercem uma função normativa ao impor limite ao exercício do poder pelo Estado, eles “desempenham papel essencial [...] no sentido de impor limites ao poder, distinguindo-se a democracia da ditadura, o Estado de Direito do Não Direito [...]” (THUMS, 2006, p. 89). Desse modo, no que interessa ao objeto de estudos da presente monografia, insta registrar o poder normativo que os princípios exercem dentro do ordenamento jurídico no atual estágio de desenvolvimento do Direito, denominado por alguns doutrinadores de pós-positivismo:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição da relação entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética. (BARROSO; BARCELLOS, 2004, p. 9, grifos no original)

Através de seu clássico exemplo, Bobbio (1991, p. 158) já destacara a normatividade dos princípios:

Para mim não há dúvidas: os princípios gerais são normas como todas as outras. [...] se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal, obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, função de regular um caso.

Uma vez reconhecida a normatividade dos princípios, a partir de agora nos dedicamos a tratar de alguns princípios constitucionais importantes para o processo penal, sobretudo aqueles que se relacionam com o objeto de estudo da presente monografia, sem ter, por elementar, a intenção de esgotar o tema. Trataremos dos seguintes princípios:

- a) princípio acusatório;
- b) princípio do contraditório e da ampla defesa;
- c) princípio *in dubio pro reo*;
- d) princípio do devido processo legal.

2.2.1 Princípio acusatório

O princípio acusatório, em antagonismo ao princípio inquisitivo, busca estruturar o processo penal de modo a afastar o juiz da ingerência na produção da prova, mantendo o magistrado em uma postura equidistante das partes, a acusação e a defesa. A ideia fundamental deste princípio está calcada na separação das funções de acusar e de julgar, colocando-as sob a responsabilidade de atores processuais diversos e fazendo com que o processo penal esteja formatado como um verdadeiro processo de partes, com paridade entre a acusação e a defesa e uma postura processual inerte do juiz que deve zelar pela regularidade do processo e pela observância das garantias e dos direitos fundamentais do acusado. A titularidade da ação penal é de um órgão distinto do Poder Judiciário, do Ministério Público, que possui autonomia funcional e é o único responsável pela produção das provas que irão sustentar a acusação que formula. No modelo de processo baseado no princípio acusatório não cabe ao juiz produzir provas, eis que a prova no processo penal serve, apenas, para comprovar a tese acusatória, ou seja, para condenar, uma vez que em favor do réu milita a presunção constitucional de inocência prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, como observa Luz (2012) em seu artigo:

Com efeito, a produção da prova é uma extensão do poder de acusar do Ministério Público, já que a carga probatória é toda sua. O réu é presumido inocente durante todo o processo, de modo que não precisa provar sua inocência. É o órgão acusador que deve, através da dialética processual, provar o alegado na inicial acusatória. A prova é, portanto, o que há de mais importante no processo para formação do juízo condenatório, não para a absolvição. Sendo assim, se o sujeito processual encarregado de gerar a prova, cuja carga sobre ele recai, não o fizer, o juiz deve absolver o réu. Não cabe ao juiz “garantir efetividade” à acusação, propondo e produzindo diretamente a prova, já que esta só serve para condenar. (LUZ. 2012, p. 49, grifo no original)

O princípio acusatório é o princípio unificador do sistema acusatório e busca estruturar o processo penal baseado na igualdade entre as partes, acusação e defesa, cada qual com seus ônus e direitos processuais, em uma relação jurídica de paridade. Segundo Prado (2011, p. 107):

Ora, um princípio fundado na oposição entre acusação e defesa, ambas com direitos, deveres, ônus e faculdades, só se desenvolve regularmente

em um processo de partes, centrado nas relações recíprocas que se estabelecem.

A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer como função institucional privativa do Ministério Público a titularidade para promover a ação penal pública, em seu artigo 129, inciso I, sem dúvidas acolheu, embora não o diga expressamente, o princípio acusatório, optando o constituinte originário pela distinção das funções de acusar e de julgar e atribuindo-as a órgãos distintos e autônomos. Por seu turno, o princípio acusatório é o princípio unificador do sistema processual acusatório, único compatível com os postulados da Carta Democrática de 1988 que busca valorizar o indivíduo frente ao Estado e que tem na dignidade humana um dos fundamentos da República, conforme disposição do seu artigo 1º, inciso II.

2.2.2 Princípio do contraditório e da ampla defesa

O princípio da ampla defesa não se confunde com o princípio do contraditório, embora ambos estejam intimamente relacionados. Não há como pensar em ampla defesa sem que haja exercício pleno do contraditório. O exercício pleno e eficaz do contraditório é condição *sine qua non* para a ampla defesa do indivíduo em um processo penal. Contudo, a ampla defesa abrange outros elementos que são decorrência do direito de ação não se limitando ao contraditório. Contempla, por exemplo, a possibilidade de se utilizar de todos os recursos processuais disponíveis para impugnar determinada decisão judicial, bem como requerer a produção de todas as provas necessárias para influenciar eficazmente na convicção do julgador na busca de uma decisão favorável. Desse modo, pode haver ofensa ao direito à ampla defesa sem, contudo, restar ofendido o direito ao contraditório. No entanto, o oposto não ocorre eis que havendo ofensa ao direito ao contraditório restará, por consequência, também maculado o direito à ampla defesa. Muitas vezes, na prática, ante a íntima relação entre ambos os princípios, é difícil identificar claramente cada um deles, como adverte Aury (2011):

Destacamos que – na teoria – é facilmente apontável a distinção entre contraditório e direito de defesa. Sem embargo, ninguém pode omitir que o limite que separa ambos é tênue e, na prática, às vezes quase imperceptível. Desse modo, entendemos que não constitui *pecado mortal* afirmar que em muitos momentos processuais o contraditório e o direito de

defesa se fundem, e a distinção teórica fica isolada diante da realidade do processo. (AURY, 2011, pp. 190-191, grifos no original)

O princípio do contraditório, por sua vez, baseia-se na contraposição das partes no processo, que no âmbito processual penal, é a acusação e a defesa. Este princípio baseia-se na possibilidade de uma das partes contrapor aquilo que é afirmado ou trazido aos autos pela parte adversa, fazendo com que o processo se desenvolva através de uma “estrutura dialética” (AURY, 2011, p. 188). O contraditório é exercido através do binômio conhecimento e possibilidade de manifestação. Deve-se permitir à parte conhecer os elementos e as manifestações trazidas ao processo pela parte adversa, bem como, deve-se permitir que se manifeste sobre tais elementos de modo a influenciar eficazmente na elaboração do convencimento motivado do julgador. É de se destacar que a manifestação é uma faculdade de modo que se devidamente cientificada a parte não se manifesta não haverá ofensa ao princípio do contraditório. Aury (2011, p. 188) destaca a imprescindibilidade do princípio do contraditório no sistema acusatório ao afirmar que “o ato de contradizer a suposta verdade afirmada na acusação (enquanto declaração petítoria) é ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo”.

O contraditório é direito fundamental assegurado pela Constituição Federal de 1988 aos acusados em geral, conforme disposição expressa constante em seu artigo 5º, inciso LV. Também, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada no Brasil através do Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992, em seu artigo 8.1, outorga como uma garantia judicial o direito ao contraditório (BRASIL, 1992). Por seu turno, o contraditório é elemento essencial à prova no processo penal, uma vez que “*prova só é prova se produzida em contraditório.*” (LUZ, 2012, p. 61). Desse modo, destaca-se que a produção e a admissão de quaisquer elementos que sejam capazes de influenciar no deslinde do processo penal, e que sejam utilizados para a formação da convicção do julgador, somente serão válidas se for observado o princípio do contraditório, ou seja, se for permitido ao acusado conhecer e se manifestar sobre tal elemento de modo eficaz.

2.2.3 Princípio *in dubio pro reo*

O princípio *in dubio pro reo* está relacionado com o princípio da presunção da inocência, insculpido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Em razão da presunção constitucional de não culpabilidade, todo o acusado da prática de conduta delituosa é presumidamente inocente até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Assim, no curso do processo, o réu é inocente por expressa previsão constitucional. Em sendo inocente, não tem nenhuma carga probatória, em outras palavras, não precisa comprovar que é inocente, pois, goza da presunção relativa prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República. O ônus da prova no processo penal é, portanto, única e exclusivamente do Ministério Público, a parte que formula a acusação penal, como destaca Rangel (2010, p. 494, grifos no original):

A regra inserta no art. 5º, LVII, da CRFB deve ser vista como inversora total do ônus da prova e qualquer dúvida que restar diante da não comprovação do fato imputado ao réu pelo Ministério Público deve, obrigatoriamente, ser resolvida em seu favor. Trata-se da aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

Desse modo, em sendo o acusado inocente no curso do processo penal, torna-se necessária, para que haja a sua condenação criminal, a produção de provas suficientes nos autos capazes de permitir ao magistrado formar um juízo de certeza sobre a existência do fato criminoso e sobre a culpabilidade do réu. Nassif, ao afirmar que é mais correto denominar o princípio em estudo de “*in dubio pro innocentiae veritatis*” (NASSIF, 2005, p. 124), chama a atenção para a necessidade de um juízo de certeza na prolação de uma sentença condenatória criminal:

O juiz só pode condenar, pois, diante de um “Estado de certeza”, quando a “verdade surge, então, em plena evidência”, sendo que a motivação da sentença mais não é que a tentativa, pelo juiz, de convencer às partes, depois dele mesmo formar sua segura convicção em torno do fato julgando. (NASSIF, 2005, p. 125, grifos no original)

Assim, se da análise do material probatório produzido nos autos, o juiz não conseguir atingir um “Estado de certeza” (NASSIF, 2005, p. 125) sobre a existência do crime e sobre a culpabilidade do acusado, necessariamente terá que o absolver em observância ao princípio *in dubio pro reo*, ora objeto de estudo.

2.2.4 Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal vem assegurado expressamente na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LIV, que disciplina “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;” (BRASIL, 1988, art. 5º, inciso LIV). Trata-se de um direito fundamental amplo que abarca diversos elementos que devem ser observados no âmbito do processo penal. Desse modo, o devido processo legal é aquele que se desenvolve de acordo com os ditames legais, como leciona Rangel (2010, p. 4) “O princípio significa dizer que se devem respeitar todas as formalidades previstas em lei para que haja cerceamento da liberdade [...]”. Mas, acima de tudo, o devido processo legal é aquele que se desenvolve com estrito respeito às normas constitucionais, através da garantia de julgamento por um juiz imparcial e através da inadmissibilidade de utilização das provas ilícitas.

A imparcialidade do juiz pode ser compreendida como o seu afastamento no que se refere aos interesses das partes no processo, a acusação e a defesa. Somente mantendo-se em uma postura equidistante das partes é que o juiz poderá agir de forma imparcial de modo a evitar os pré-julgamentos. Por elementar que o juiz terá que em determinado momento decidir e, para tanto, escolher uma das teses existentes nos autos. Porém, o que se espera com a imparcialidade é que o juiz evite pré-julgamentos e que construa a sua decisão a partir da análise das provas produzidas nos autos. A fim de permitir a imparcialidade do julgador é assegurado ao juiz todo um rol de garantias que visam assegurar a sua independência, como a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de seus subsídios, garantias essas que têm assento constitucional no artigo 95 da Carta de 1988.

Já a vedação à prova ilícita deve ser compreendida como a garantia do acusado de ser julgado apenas com base naquelas provas judiciais que foram produzidas e admitidas no processo de modo regular, sem que haja violação às normas processuais e, sobretudo, às normas constitucionais.

3 O PROCESSO PENAL NO BRASIL. SISTEMA ACUSATÓRIO COMO UMA REALIDADE OU UM MITO?

No Brasil, sobretudo por influência do direito processual penal italiano, o CPP atual, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, adotou o chamado sistema misto de origem francesa com uma fase pré-processual de investigação fundada no princípio inquisitivo, em que não há a garantia do exercício pleno e eficaz do contraditório e da ampla defesa, e uma fase judicial de instrução e julgamento baseada no sistema acusatório. Luz (2012), em seu artigo, destaca:

O CPP vigente (desde 1941) possui viés autoritário e inquisitório, inspirado no código processual italiano do regime fascista e no *Code d'Instruction Criminelle* francês imposto por Napoleão, o qual criou o "sistema misto", com uma fase pré-processual inquisitória e outra fase processual formalmente acusatória. (LUZ, 2012, pp. 44-45, grifos no original)

Esse modelo de processo sofre muitas críticas da doutrina especializada, sobretudo pela absoluta incompatibilidade existente entre os sistemas acusatório e inquisitório, pois, esses sistemas possuem princípios unificadores absolutamente incompatíveis:

Ora, afirmar que o "sistema é misto" é absolutamente insuficiente, é um reducionismo ilusório, até porque não existem mais sistemas puros (são tipos históricos), todos são mistos. A questão é, a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros, identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação feita a partir do seu núcleo é de extrema relevância. (AURY, 2011, p. 58, grifos no original)

Ao tratar das características do chamado sistema misto, Prado (2006, p. 91) leciona:

O novo sistema, que principiou sua atuação na França, em seguida à Revolução, para com as guerras napoleônicas chegar a outros países, disciplinava o processo penal em duas fases. Na primeira delas, denominada instrução, procedia-se secretamente, sob o comando de um juiz, designado juiz-instrutor, tendo por objetivo pesquisar a perpetração das infrações penais, com todas as circunstâncias que influem na sua qualificação jurídica, além dos aspectos atinentes à culpabilidade dos autores, de maneira a preparar o caminho para o exercício da ação penal; na segunda fase, chamada de juízo, todas as atuações realizavam-se publicamente, perante um tribunal colegiado ou o júri, com a controvérsia e o debate entre as partes, no maior nível possível de igualdade.

No sistema misto a atuação da defesa na fase preliminar é extremamente limitada, uma vez que o que se busca é dar máxima efetividade à investigação, não sendo garantido o exercício pleno e eficaz dos direitos fundamentais ao investigado, em especial, o seu direito ao contraditório e à ampla defesa. Alguns autores defendem que essa limitação do contraditório e da ampla defesa na fase preliminar é imprescindível para o próprio sucesso da investigação do fato em tese delituoso. Com todo o respeito a quem pensa desse modo, entendo que não há qualquer incompatibilidade em se garantir ao investigado o exercício pleno e eficaz do contraditório e da ampla defesa, através do acesso amplo aos elementos informativos colhidos na fase pré-processual de investigação, e a eficácia da própria investigação policial, eis que é possível restringir o acesso aos elementos já documentados, resguardando as diligências eventualmente em andamento. O STF editou sobre o tema, recentemente, a Súmula Vinculante nº 14, cujo enunciado verbaliza:

14. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Embora a decisão diga respeito mais propriamente às prerrogativas da advocacia, não há dúvidas de que, ainda que indiretamente, a decisão da Suprema Corte brasileira também busca dar alguma efetividade ao direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa do investigado no inquérito policial, na medida em que, ao garantir o direito de acesso aos elementos produzidos e já documentados no procedimento investigatório, se está materializando o exercício do direito ao contraditório. Contudo, a meu ver, a questão central não está necessariamente em se garantir ou não o exercício do contraditório e da ampla defesa no âmbito do inquérito policial, mas sim, em como devem ser valorados os elementos informativos produzidos no inquérito sem que sejam observados esses direitos fundamentais.

3.1 Sistema misto (o engodo)

Como vimos, a doutrina em geral costuma afirmar que o sistema processual vigente no Brasil é o sistema misto, por entender que não há mais um sistema

processual puro. Contudo, o chamado sistema misto é inconcebível do ponto de vista lógico, eis que o próprio conceito de sistema pressupõe coerência entre os elementos que o compõe, que devem estar interligados e entrelaçados formando um todo coerente (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 1986). A ideia de sistema pressupõe coerência entre os seus elementos constitutivos e, para tanto, é necessário que tais elementos estejam estruturados e interligados por meio de um princípio unificador que, no âmbito processual penal, ou é o princípio acusatório, ou é o princípio inquisitivo. Aury (2010) chama a atenção de que esse argumento de que o sistema é misto não passa de retórica:

Ainda que todos os sistemas sejam mistos, não existe um princípio fundante misto. O misto deve ser visto como algo que, ainda que mesclado, na essência é inquisitório ou acusatório a partir do princípio que informa o núcleo. [...] no que se refere aos sistemas, o ponto nevrálgico é a identificação de seu núcleo, ou seja, do princípio informador, pois é ele quem vai definir se o sistema é inquisitório ou acusatório e não os elementos acessórios (oralidade, publicidade, separação de atividades etc). (AURY, 2010, p. 168, grifos no original)

Assim, em razão de que não há um princípio misto e pelo fato de que qualquer sistema está estruturado através de um princípio unificador nuclear, conclui o mencionado autor que “fica fácil perceber que o **processo penal brasileiro é inquisitório, do início ao fim**, e que isso deve ser severamente combatido, na medida em que não resiste à necessária filtragem constitucional” (AURY, 2010, p. 170, grifos no original). Entendo que o argumento de que se trata de um sistema misto não se sustenta do ponto de vista lógico, tratando-se de um engodo jurídico, eis que é inconcebível um sistema formado a partir de princípios unificadores absolutamente contraditórios e inconciliáveis, como o são o princípio acusatório e o princípio inquisitivo. Não há dúvidas de que a Constituição Federal de 1988 fez uma clara opção pelo sistema acusatório. No entanto, o modelo processual penal vigente é claramente inquisitório, infenso à Constituição e aos seus postulados fundamentais. Para chegar a tal conclusão basta ver a exposição de motivos do Código de Processo Penal vigente, em que consta:

[...] De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que

a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. [...] Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. (BRASIL, 1941, item II da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal)

Ou seja, o CPP vigente diz a que veio, restando incontestado o fato de que o seu escopo principal é meramente punitivo. Tal modelo de processo penal servia ao modelo de Estado quando da promulgação do Código, quando então vigia a Constituição Federal de 1937, do regime autoritário de Vargas, conhecida como Constituição Polaca. Contudo, a Constituição da República de 1988 optou pelo sistema acusatório, como já foi dito, quando em seu artigo 129, inciso I, deixou clara a distinção entre as funções de acusar e de julgar e, também, quando buscou garantir a máxima efetividade dos direitos fundamentais, dentre os quais, o direito ao contraditório e à ampla defesa. Na prática, porém, estamos ainda muito distantes de um processo penal essencialmente acusatório, como bem adverte Prado (2006, p. 243):

[...] concluímos, afirmando que, de fato, a Constituição da República optou pelo sistema acusatório, mas o ordenamento jurídico processual ainda está distante da máxima acusatoriedade, razão pela qual recomenda-se que, propondo-se a reforma do processo penal, como consequência (sic) da transformação constitucional operada em 1988, coloque-se de lado, a aparência acusatória e efetive-se a estrutura que, democraticamente, divide tarefas, funções e responsabilidade.

Temos um modelo de processo penal disciplinado no Código de Processo Penal de 1941 que é incompatível como o modelo processual penal adotado, ou, pelo menos, buscado pela Constituição Federal de 1988.

3.2 A fase pré-processual e o inquérito policial

O processo penal inicia-se com o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. No entanto, para que se possa ofertar regularmente uma denúncia é necessário atender ao disposto no artigo 41 do CPP, que determina o conteúdo mínimo da peça acusatória que inclui a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou os esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime imputado e, se necessário, o rol de

testemunhas (BRASIL, 1941). Diante disso é de se concluir que se faz necessário um procedimento preliminar ao processo penal com o objetivo precípua de reunir e disponibilizar ao titular da ação penal tais elementos, de modo a permitir que este possa demonstrar a justa causa para a instauração de um processo penal e, também, para que possa formar a sua opinião sobre o crime, sua *opinio delicti*, formulando a correspondente acusação. Tal procedimento de investigação preliminar é extremamente importante e cumpre uma função crucial na garantia do indivíduo frente ao Estado, na medida em que evita, ou pelo menos deve evitar, a instauração de um processo penal sem que haja um mínimo de elementos informativos a indicar indícios suficientes de autoria e da materialidade do ilícito penal, ante todos os ônus que isto acarretaria ao réu. Aury (2011, p. 217), que prefere chamar a fase pré-processual de “instrução preliminar”, destaca essa função garantidora do procedimento preliminar de investigação:

Não se deve começar um processo penal de forma imediata. Em primeiro lugar, deve-se preparar, investigar e reunir elementos que justifiquem o processo ou o não-processo. É um grave equívoco que primeiro se acuse, para depois investigar e ao final julgar. O processo penal encerra um conjunto de “penas processuais” que fazem com que o ponto nevrálgico seja saber se deve ou não acusar. (AURY, 2011, p. 216, grifo no original)

Eis o inquérito policial, que é apenas uma das espécies de procedimento pré-processual de investigação, o mais comum no âmbito forense. Destaca-se, entretanto, que não é o único. O próprio Ministério Público pode conduzir a investigação criminal com o objetivo de apurar determinado fato em tese típica e reunir elementos suficientes para formar a sua opinião e para ofertar a respectiva denúncia. Trata-se dos chamados procedimentos administrativos investigatórios produzidos pelo próprio Ministério Público, sem a participação de outros órgãos. Após alguma discussão sobre a possibilidade de o Ministério Público assim proceder, o STF decidiu a matéria, no julgamento do RE nº 593.727 (STF, 2016, texto digital), com repercussão geral reconhecida, firmando o entendimento, por maioria, pela admissibilidade da realização de investigação promovida diretamente pelo Ministério Público. Na ocasião, a tese acolhida pela Corte Suprema foi:

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus

agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente, documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição. (STF, 2016, texto digital)

Ainda, devem ser citadas as comissões parlamentares de inquérito, previstas no artigo 58, § 3º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), as quais também têm competência para apurar condutas em tese típicas, objetivando reunir elementos informativos que poderão servir de supedâneo à propositura de uma ação penal. No entanto, o mais comum é a investigação preliminar realizada através do inquérito policial, a cargo das polícias civis dos Estados e da Polícia Federal, no exercício de suas funções de polícia judiciária, e é a ele que dedicamos a nossa atenção, muito embora o que se diga aqui em relação ao inquérito se aplique igualmente às demais formas de investigação preliminar.

Aury conceitua a “instrução preliminar” (AURY, 2001, p. 218) como sendo:

[..] o conjunto de atividades desenvolvidas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime, com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal, e que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com o fim de justificar o processo ou o não-processo. (AURY, 2001, p. 218)

Nessa fase pré-processual de investigação, como o próprio nome revela, não há ainda uma imputação penal, não há denúncia e, portanto, não há processo penal. Diante da ocorrência de um fato em tese típico, a autoridade policial determina a instauração do inquérito policial e passa, então, a reunir elementos relacionados à materialidade e a autoria do fato. Para tanto, a autoridade policial não só pode como deve proceder de acordo com o que determina o artigo 6º do CPP, dirigindo-se ao local dos fatos, mantendo-o inalterado até a chegada dos peritos criminais, apreendendo objetos que tiverem relação com o fato, ouvindo o ofendido, se possível, e as testemunhas, determinando que se proceda a exame de corpo de delito e demais perícias necessárias, enfim, colhendo todos os elementos que servirem para o esclarecimento do fato investigado e todas as suas circunstâncias.

3.2.1 A origem do inquérito policial, sua função e suas principais características

O inquérito policial fora criado ainda no Século XIX através da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, que em seu artigo 10, § 1º, disciplinou (BRASIL, 1871):

Art. 10. Aos Chefes, Delegados e Subdelegados de Polícia, além das suas actuaes (sic) attribuições (sic) tão sómente (sic) restringidas pelas disposições do artigo antecedente, e § único, fica pertencendo o preparo do processo dos crimes, de que trata o art. 12 § 7º do Código de Processo Criminal até a sentença exclusivamente. Por escripto (sic) serão tomadas nos mesmos processos, com os depoimentos das testemunhas, as exposições da accusação (sic) e defesa; e os competentes julgadores, antes de proferirem suas decisões, deverão rectificar (sic) o processo no que fôr (sic) preciso.

§ 1º Para a formação da culpa nos crimes communs (sic) as mesmas autoridades policiaes (sic) deverão em seus districtos (sic) proceder ás (sic) diligencias (sic) necessarias (sic) para descobrimento dos factos (sic) criminosos e suas circumstancias (sic), e transmittirão (sic) aos Promotores Publicos (sic), com os autos de corpo de delicto (sic) e indicação das testemunhas mais idoneas (sic), todos os esclarecimentos colligidos (sic); e desta remessa ao mesmo tempo darão parte á (sic) autoridade competente para a formação da culpa. [...] (BRASIL, 1871, artigo 10, § 1º)

Tal modelo subsiste até os dias atuais, o que justifica a observação feita pelo professor Coutinho no prefácio da obra de Aury (2011):

[...] exprimindo o modelo que se usa – infelizmente – até hoje, mas sempre dentro da mais pura lógica do sistema, ou seja, inquisitorial, o que prova ser o verdadeiro problema do país – como é primário observar – tal ordem e não outra qualquer, como têm defendido os menos avisados ou de raciocínio curto ou – o que é pior – os mal-intencionados. (AURY, 2011, XXXIX*)

Por seu turno, Rangel (2010) apresenta como um conceito de inquérito policial:

[...] um conjunto de atos praticados pela função executiva do Estado com o escopo de apurar a autoria e materialidade (nos crimes que deixam vestígios – *delicta facti permanentis*) de uma infração penal, dando ao Ministério Público elementos necessários que viabilizem o exercício da ação penal. (RANGEL, 2010, p. 74, grifos no original)

* Prefácio da obra, escrito por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

Como se percebe, o inquérito policial tem por função reunir elementos informativos sobre um fato em tese típico, ou seja, uma conduta que, em tese, caracteriza uma infração penal, de modo a permitir a instauração do processo penal. Tais elementos informativos têm como destinatário o órgão titular da ação penal que, em se tratando das ações penais públicas, é o Ministério Público a fim de permitir que este formule a sua *opinio delicti* e ofereça a denúncia se entender que há elementos suficientes para tanto. É de se concluir, portanto, que o inquérito policial possui função autônoma ao processo, função “endoprocedimental” (AURY, 2011, p. 245), ou seja, não busca subsidiar um juízo de mérito no processo penal, mas, apenas, um mero juízo de probabilidade sobre a acusação a fim de permitir a sua instauração. Segundo Aury (2011), a função do inquérito policial é:

[..] **endoprocedimental**, no sentido de que esses atos têm eficácia interna, somente servindo para amparar as decisões interlocutórias tomadas nessa fase (como medidas cautelares, busca e apreensão etc.) e a decisão sobre a admissibilidade da acusação. (AURY, 2011, p. 245, grifos no original)

O já mencionado doutrinador, ao apresentar o que ele chama de “caracteres determinantes” (AURY, 2011, p. 218) da instrução preliminar, chama a atenção para a instrumentalidade desse procedimento prévio de investigação, afirmando que “trata-se de uma instrumentalidade qualificada, pois a instrução preliminar está a serviço do instrumento-processo” (AURY, 2011, p. 218). Ou seja, a função do inquérito policial é apenas reunir elementos suficientes que justifiquem a instauração do processo penal a fim de evitar a instauração de uma acusação penal sem um mínimo de elementos a indicar a autoria e a materialidade do crime em tese praticado.

Já no que se refere à sua natureza jurídica, o inquérito policial é um procedimento administrativo, eis que produzido por órgão policial vinculado ao Poder Executivo sob a direção da autoridade policial que é um agente público. Possui caráter informativo e preparatório ao processo penal. Aliás, justamente sob o argumento de que se trata de um procedimento administrativo e preparatório é que sustentam alguns autores que não há direito ao contraditório e à ampla defesa no âmbito do inquérito policial, afirmando que:

No sistema inquisitivo, portanto, não há o contraditório, pois o chamado “acusado” não passa de mero *objeto de investigação*, não sendo,

tecnicamente, acusado, e sim investigado, motivo pelo qual não há que se falar em contraditório na fase pré-processual ou no procedimento administrativo (*rectius*: inquérito policial). (RANGEL, 2010, p. 19, grifos no original)

Sustenta Rangel (2010) que não se aplicariam as disposições do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que outorga aos acusados em geral o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, no âmbito do inquérito policial por entender que este é um procedimento administrativo e não um processo administrativo, afirmando “O inquérito policial, assim, não passa de mero expediente administrativo, que visa apurar a prática de uma infração penal com a delimitação da autoria e as circunstâncias em que a mesma ocorrera [...]” (RANGEL, 2010, p. 19). Com todo o devido respeito a quem pensa desse modo, parece que essa distinção entre processo administrativo e procedimento administrativo feita por Rangel não se sustenta. Primeiro porque a própria proposição se contradiz na medida em que afirma que o processo administrativo seria gênero do qual o inquérito policial, procedimento, seria a espécie. Ora, se o inquérito policial é espécie de processo administrativo, não há dúvidas que há similitude entre ambos. Não há como conceber uma espécie que derive de um gênero com características absolutamente distintas.

Acrescente-se a isso que, em sendo o inquérito policial um conjunto de atos praticados por órgão da Administração Pública com uma finalidade específica, qual seja, a de apurar a materialidade e a autoria de um fato em tese típico, de modo ordenado com início, meio e fim, não há que se falar que se trata de um mero procedimento ou um rito. Por fim, o argumento de que a ausência do direito ao contraditório e à ampla defesa no inquérito policial se deve em razão de que não se tem por escopo infligir uma pena a quem é objeto da investigação (RANGEL, 2010), igualmente não se sustenta. Ora, o inquérito, como já se disse, tem a finalidade de apurar a materialidade e a autoria de um fato em tese típico. Uma vez constatados tais elementos através do inquérito, a autoridade policial irá indiciar o investigado o que poderá redundar no oferecimento de uma denúncia criminal contra o mesmo e, em consequência disso, passará o até então investigado à condição de réu, respondendo a uma acusação criminal com todos os ônus processuais daí decorrentes. É evidente que se trata de um procedimento administrativo que atinge diretamente os direitos fundamentais da pessoa a ele submetida e, por essa razão,

deve respeitar aos postulados constitucionais, em especial, o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa.

Entretanto, a discussão sobre a aplicação ou não do direito ao contraditório e à ampla defesa no inquérito policial não deve ser o ponto central a ser atacado. Na verdade, o problema central está no valor probatório que os elementos informativos produzidos no âmbito do inquérito policial, sem a observância do contraditório e da ampla defesa, devem ter na formação do convencimento do julgador quando da prolação de uma sentença penal condenatória. Caso se reconheça que, por não haver o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa no inquérito, os elementos informativos colhidos nessa fase não podem ser utilizados na formação do convencimento do julgador para a prolação da sentença penal condenatória, nem mesmo se corroborados por outras provas judiciais, não haverá prejuízo ao investigado. O problema é produzir elementos informativos sem garantir ao investigado o exercício pleno e eficaz do contraditório e da ampla defesa e, depois, já na fase judicial, utilizar-se desses elementos informativos para fundamentar uma sentença penal condenatória em desfavor do réu.

Por fim, defende-se neste trabalho que se aplicam aos atos praticados no âmbito do inquérito policial os princípios previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), quais seja, a estrita legalidade, a impessoalidade, a moralidade administrativa, a publicidade, compreendida aqui como o acesso pelo investigado e seu defensor aos elementos já documentados no procedimento, e a eficiência. Os delegados de polícia são agentes públicos e, assim, estão vinculados aos princípios constitucionais que vinculam a atuação da Administração Pública, de modo que quaisquer atos praticados com inobservância a estes princípios constitucionais restam inquinados por vício material. Importa destacar, ademais, que, por se tratar de atos administrativos, os atos praticados no âmbito do inquérito policial precisam manter vinculação direta com a sua finalidade uma vez que, em havendo desvio de finalidade, isto também importará em vícios que redundarão na nulidade do ato. Contudo, registro que a doutrina e a jurisprudência dominante tendem a não usar de rigor com eventuais desvios praticados pelas autoridades policiais no âmbito do inquérito policial, tendendo a tomá-las por meras irregularidades, sob o argumento de que não irão contaminar o processo penal.

As características do inquérito policial, segundo Prado (2006), são:

[...] pelas regras atuais, é sigiloso, escrito e não contraditório, podendo ser instaurado, em todo o caso, se for hipótese de crime de ação pública incondicionada, de ofício, pela autoridade policial, ou por requisição do juiz ou do membro do Ministério Público, ou em decorrência de notícia crime levada à autoridade policial por qualquer pessoa. (PRADO, 2006, p. 173)

Portanto, trata-se de um procedimento administrativo, informativo e preparatório, que antecede o processo penal sendo estruturado pelo princípio inquisitivo, em que não se garante ao investigado os direitos fundamentais previstos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, em especial, o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa.

3.3 A diferença entre elemento informativo e elemento de prova

É fundamental, para o objeto de estudo da presente monografia, fixar a clara distinção existente entre elemento informativo e elemento de prova. Nesse sentido, o próprio artigo 155 do CPP deixa clara a referida distinção ao mencionar:

O juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da **prova** produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos **elementos informativos** colhidos na investigação [...] (BRASIL, 1941, grifo próprio).

Ou seja, da própria leitura do dispositivo legal percebe-se que elemento informativo e prova são coisas distintas. Os elementos informativos são aquelas informações colhidas na fase pré-processual de investigação que servem para formar a *opinio delicti* do titular da ação penal e para demonstrar a justa causa, de modo a permitir o oferecimento da denúncia e a consequente instauração do processo penal. Esses elementos informativos também podem ser utilizados para fundamentar decisões interlocutórias pelo Juízo competente na fase pré-processual como, por exemplo, a decisão que determina a busca e apreensão de objetos, interceptações telefônicas, entre outras. Na verdade, os elementos informativos encerram um juízo de probabilidade que é próprio de uma cognição superficial sobre a materialidade do fato em tese típico e sobre a sua autoria. Contudo, tais elementos não podem ser utilizados para fundamentar uma sentença penal condenatória, ou seja, uma sentença de mérito, em que se faz necessário um juízo de certeza sobre a tipicidade e a ilicitude do fato delituoso, bem como sobre a culpabilidade do

acusado, elementos próprios de uma cognição plena. Ainda, na produção desses elementos informativos durante a fase pré-processual de investigação não são observados os direitos fundamentais do investigado, em especial, o seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

Já a prova, por seu turno, encerra um juízo de certeza sobre determinado fato. Provar nada mais é do que demonstrar a existência de determinada situação de fato. Não é por outra razão que Aury (2011) sustenta que a gestão da prova é o ponto fulcral do processo penal, pois, é através da prova que o juiz irá formar o seu convencimento e irá tomar a decisão de mérito que, no âmbito do processo penal, determinará a absolvição ou a condenação do acusado:

Como afirmamos anteriormente, o processo tem por finalidade (além do explicado no Capítulo I) buscar a reconstituição de um fato histórico (o crime sempre é passado, logo, fato histórico), de modo que a gestão da prova é erigida à espinha dorsal do processo penal [...] (AURY, 2011, p. 74)

O processo penal sempre sucederá ao fato em tese típico que determinou a sua instauração. Assim, será sempre necessário no curso do processo buscar a reconstituição desse fato o mais fielmente possível, como já nos ensinou Carnelutti (2009, p. 63) ao seu tempo “As provas servem, precisamente, para voltar atrás, ou seja, para fazer ou, melhor ainda, para reconstruir a história”. Contudo, neste ponto, é necessária a ressalva de que quando se está a tratar de processo penal é preciso ter cuidado com o conceito de verdade, sobretudo, com o conceito de verdade real que se encontra superado pela doutrina especializada. O mestre Carnelutti (2009) já desvendara a falácia do conceito de verdade real no processo penal com sua comparação:

A verdade é como a luz ou como o silêncio, que compreendem todas as cores e todos os sons; mas a física tem demonstrado que nosso olho não vê e nosso ouvido não ouve mais que um curto segmento da gama das cores ou dos sons; há, mais aquém e mais além da nossa capacidade censorsa, as cores infravermelhas e as ultravioletas assim como os infrassons e os ultrassons. (CARNELUTTI, 2009, p. 52)

Portanto, é preciso ter consciência que no processo penal, embora seja necessária a reconstituição histórica do fato crime, essa reconstituição histórica sempre será relativa na medida em que não é possível reconstruir o fato na totalidade. O que se deve buscar é a maior fidelidade possível nessa reconstrução,

mas, sempre com a consciência das limitações que tal reconstituição histórica encerra. E para reconstruir o fato crime torna-se necessária a prova, que deve ser compreendida como o elemento capaz de permitir, através de um juízo de certeza, a demonstração da existência de um fato e de suas circunstâncias. A prova, ao contrário dos elementos informativos, deve ser produzida com estrita observância ao direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, sob pena de sua nulidade absoluta.

3.3.1 O contraditório como elemento essencial à prova

O contraditório é elemento essencial à prova. Em todas as fases em que a prova é tratada no processo penal, na sua proposição, na sua admissão, na sua produção e na sua apreciação, deve ser observado o direito fundamental ao contraditório sob pena de se violar a norma constitucional prevista no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, o que determinará a nulidade absoluta da prova produzida. Sem que haja o exercício pleno e eficaz do direito ao contraditório em todas as fases descritas não há que se falar em elemento de prova. O exercício do direito ao contraditório, por sua vez, deve ser compreendido como “o **direito de participar, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado** de todos os atos desenvolvidos no *iter procedimental*.” (AURY, 2011, p. 190, grifos no original).

Assim, deve ser garantido ao acusado, em todas as fases relacionadas à prova, o conhecimento e a participação efetiva. No que se refere à proposição da prova, deve ser garantido ao réu propor a produção dos meios de prova necessários para a comprovação dos fatos que interessam ao exercício de sua ampla defesa. Já no que se refere à admissibilidade da prova, quando a acusação requer a produção de determinada prova ao Juízo, o acusado deve ser intimado do requerimento e ter a oportunidade de se manifestar, através de sua defesa técnica, sobre a pertinência ou não da prova, antes de o juiz determinar a sua produção.

Não basta isso, durante a produção propriamente dita da prova, deve ser garantido ao acusado uma participação efetiva quando poderá, por meio de sua defesa técnica, formular as perguntas que entender necessárias às testemunhas arroladas pela acusação, formular os seus quesitos que deverão ser respondidos pelos peritos, nomear assistentes técnicos etc. Por fim, já na fase de valoração da

prova também deve ser garantido o exercício do direito ao contraditório do acusado quando poderá apresentar as suas alegações finais, ocasião em que fará uma análise completa da prova até então produzida nos autos de modo a indicar ao Juízo quais os elementos de prova entende devam ser considerados quando do ato decisório. Ou seja, em todas as fases relacionadas à prova no processo penal deve ser garantido o exercício pleno e eficaz do direito fundamental ao contraditório do acusado. Por sua vez, o juiz, para formar a sua convicção e para fundamentar eventual sentença penal condenatória, somente poderá se utilizar das provas que observaram tal direito, sob pena de nulidade da decisão proferida, por ofensa ao disposto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

3.3.2 Os elementos informativos do inquérito policial

No inquérito policial, como já vimos, não é garantido ao investigado o exercício pleno e eficaz do seu direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa. Rangel (2010) sustenta a não incidência do disposto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, no âmbito do inquérito policial afirmando que:

[...] Assim, não havendo acusação no inquérito policial, mas, sim, mera investigação de fatos, o indiciado não precisa se defender. Não incide a regra constitucional do inciso LV do art. 5º que, expressamente, exclui o inquérito das peças contraditórias [...]
Ademais, a própria característica do inquérito, de ser ele inquisitorial, veda o contraditório (cf. item 3.3.1, *infra*).
Portanto, pela argumentação acima, discordamos da tese de que no inquérito policial, tratando-se de prova não-renovável (ou mesmo que renovável), aplica-se o princípio do contraditório. O contraditório somente será exercido quando deflagrado o processo judicial. (RANGEL, 2010, p. 79, grifos no original)

A conclusão a que se chega, portanto, já que não há no âmbito do inquérito policial o exercício pleno e eficaz do contraditório e da ampla defesa, é que os elementos produzidos nesse instrumento não podem ser tratados tecnicamente como provas, eis que, como vimos, o contraditório é elemento essencial à prova. Por essa razão, os elementos colhidos no inquérito policial são, na verdade, elementos meramente informativos que são produzidos de forma unilateral pela autoridade policial que preside o inquérito e que não podem, em hipótese alguma, serem utilizados para a formação de um juízo condenatório no processo penal, mesmo que corroborados por outras provas judiciais.

4 O ARTIGO 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Inserido no Título VII do Código de Processo Penal, justamente abrindo as disposições pertinentes à prova, o artigo 155, cuja redação atual fora determinada pela entrada em vigor da Lei nº 11.690/2008, publicada em 10 de junho de 2008, disciplina:

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.
Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (BRASIL, 1941, grifo próprio)

O dispositivo legal objeto de estudo é complexo e contempla diversos elementos relacionados à dinâmica processual, como veremos a seguir.

4.1 Uma análise sobre o dispositivo legal

Ao comentar o dispositivo legal objeto de estudo, Nucci (2009) leciona:

Ora, nesse contexto, a reforma deixou por desejar, uma vez que somente reafirmou o entendimento já consolidado – logo, inócuo fazê-lo – de que a fundamentação da decisão judicial, mormente condenatória, não pode calcar-se *exclusivamente* nos elementos informativos colhidos na investigação. Ademais, se a decisão judicial fosse proferida com base única em fatores extraídos do inquérito policial, por exemplo, seria, no mínimo, inconstitucional, por não respeitar as garantias do contraditório e da ampla defesa. Portanto, a reforma teria sido ousada se excluísse a ressalva “exclusivamente” do art. 155, *caput*, do CPP. O juiz não poderia formar sua convicção nem fundamentar sua decisão com base nos elementos advindos da investigação. A ressalva final é natural e, igualmente, consagrada na jurisprudência: excetuam-se as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (NUCCI, 2009, p. 346, grifos no original)

Em primeiro lugar, o dispositivo trata da livre convicção do julgador para apreciar as provas produzidas no processo penal, não havendo um critério valorativo pré-estabelecido de hierarquia entre as diversas espécies de prova. Trata-se do chamado sistema da livre convicção motivada ou da persuasão racional. Assim, é livre o juiz para valorar os elementos de prova constantes dos autos, devendo, não obstante isso, fundamentar a sua decisão sob pena de nulidade, por expressa previsão constitucional inscrita no artigo 93, inciso IX. Ainda, importa destacar a

clara distinção exposta no dispositivo legal em estudo entre os elementos informativos colhidos na investigação preliminar e as provas, distinção essa que já tivemos oportunidade de tratar no item 3.3 da presente monografia. Contudo, pecou o legislador, a meu ver, por não vedar integralmente a utilização dos elementos informativos do inquérito policial na fundamentação da decisão de mérito pelo juiz, vedando, apenas, a sua utilização exclusiva.

4.1.1 O poder de uma palavra

A palavra exclusivamente, inserida no texto do dispositivo legal constante no *caput* do artigo 155 do CPP vigente, altera a dinâmica do processo e ofende direitos constitucionais assegurados aos acusados em geral pela prática de infrações penais. Ao vedar apenas a utilização exclusiva dos elementos informativos do inquérito policial, o legislador permitiu que tais elementos sejam utilizados pelo juiz para fundamentar sentença penal condenatória, desde que o julgador apresente outros elementos de prova constantes no processo judicial que corroborem os elementos do inquérito. Essa abertura permissiva que o dispositivo legal deixou vem sendo utilizada pela maioria dos tribunais do País para que os elementos informativos produzidos no inquérito policial, sem a observância do contraditório e da ampla defesa, sejam utilizados na fundamentação de sentenças penais condenatórias.

O STJ, ao tratar da aplicação do dispositivo legal em estudo, firmou o entendimento pela possibilidade de utilização dos elementos informativos do inquérito policial para a formação da convicção do julgador e para a fundamentação de sentença penal condenatória, desde que tais elementos sejam corroborados por outros elementos de prova existentes nos autos. Nesse sentido o HC nº 343.358-DF, em que os ministros integrantes da Quinta Turma daquele Tribunal, embora não tendo conhecido do *writ*, manifestaram-se, à unanimidade, com o seguinte entendimento:

CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. ABSOLVIÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. VIOLAÇÃO DO ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONDENAÇÃO FUNDADA NAS PROVAS PRODUZIDAS EM JUÍZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. Se as instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entenderam, de forma fundamentada, ser o réu o autor do delito descrito na exordial acusatória, a análise das alegações concernentes ao pleito de absolvição demandaria exame detido de provas, inviável em sede de *writ*. Precedente.
3. A teor do art. 155 do Código de Processo Penal, não se mostra admissível que a condenação do réu seja fundada exclusivamente em elementos de informação colhidos durante o inquérito e não submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa, ressalvadas as provas cautelares e não repetíveis. **Contudo, mister se faz reconhecer que tais provas, em atendimento ao princípio da livre persuasão motivada do juiz, desde que corroboradas por elementos de convicção produzidos na fase judicial, podem ser valorados na formação do juízo condenatório. Precedentes.**
4. *Habeas corpus* não conhecido. (BRASIL, STJ, HC nº 343.358-DF, grifo próprio)

A decisão, que permite a utilização dos elementos informativos do inquérito policial para fundamentação de sentença penal condenatória, peca por elevar à categoria de prova os elementos informativos do inquérito policial. Como já discutimos no item 3.3.2 da presente monografia, os elementos produzidos no âmbito do inquérito policial não podem ser considerados tecnicamente como elementos de prova, são apenas elementos informativos. Não obstante isso, há diversos precedentes no STJ, tanto de sua Quinta Turma, como também da Sexta Turma, admitindo a utilização de tais elementos informativos na formação da convicção do juiz e para a fundamentação de sentença penal condenatória, a exemplo do julgamento no HC nº 337.809-SC, no AgRg REsp nº 1.444.444-SP, AgRg REsp nº 1.205.036-MS, entre outros julgados.

O STF, por seu turno, também tem como pacífico o entendimento pela admissibilidade da utilização dos elementos informativos do inquérito policial para fundamentar sentença penal condenatória, desde que corroborados por outras provas judiciais, a exemplo do que fora decidido no julgamento do RHC nº 117.192-MG, cuja ementa segue:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. CONDENAÇÃO CRIMINAL. ELEMENTOS INFORMATIVOS COLHIDOS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. POSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO NA SENTENÇA.

1. **O art. 155 do Código de Processo Penal não impede que o juiz, para a formação de sua livre convicção, considere elementos**

informativos colhidos na fase de investigação criminal, vedada a condenação fundamentada exclusivamente em tais provas.

2. Na espécie, o édito condenatório lastreado em declarações colhidas de testemunhas na fase inquisitorial, bem como em depoimentos prestados em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, não resulta em ilegalidade.
3. Recurso ordinário em *habeas corpus* a que se nega provimento. (BRASIL. STF, RHC nº 117.192-MG, grifo próprio)

No mesmo sentido, pela admissibilidade da utilização dos elementos informativos do inquérito policial na formação da convicção do julgador e para a fundamentação de sentença penal condenatória, desde que corroborados por outros elementos de prova produzidos em juízo, tem-se os recentes julgamentos no HC nº 117.479-SP e no HC nº 125.035-MG, este último em que o relator, ministro Dias Tóffoli, fez consignar ao apreciar a matéria:

A meu ver, esse dispositivo não impede que o juiz, para a formação de seu convencimento, utilize elementos de informação colhidos na fase extrajudicial, desde que esses se ajustem e se harmonizem à prova colhida sob o crivo do contraditório judicial. (BRASIL. STF. HC nº 125.035-MG, inteiro teor, p. 14)

Atualmente, portanto, tanto no âmbito do STJ como também no próprio STF, tribunal que tem justamente a missão de garantir a efetividade dos direitos fundamentais outorgados pela Constituição Federal, é pacífico o entendimento no sentido da possibilidade de utilização pelo juiz dos elementos informativos produzidos no inquérito policial, sem a observância do contraditório e da ampla defesa, para a formação de sua convicção e para fundamentar uma sentença penal condenatória, desde que tais elementos sejam corroborados por outras provas produzidas em juízo.

4.2 O problema da utilização dos elementos informativos do inquérito policial

O problema central é que esses elementos informativos produzidos no inquérito policial, que são utilizados pelo juiz de modo conjunto com outros elementos de prova judicial para fundamentar a sua sentença penal condenatória, foram produzidos a mercê do contraditório e da ampla defesa. Desse modo, a utilização de tais elementos para fundamentar a sentença penal condenatória fere o disposto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que assegura esses direitos

fundamentais a todos os acusados em geral. Aury (2011) destaca com muita propriedade o problema:

É necessário ler com muita atenção para compreender o alcance desse fenômeno, pois ele reflete exatamente o que temos no sistema brasileiro. O monstro de duas cabeças (inquérito policial totalmente inquisitório e fase processual com “ares” de acusatório [outro engodo, ensinará JACINTO na continuação]) é a nossa realidade diária, nos foros e tribunais do País inteiro. (AURY, 2011, p. 70, grifos no original)

Não se trata de elemento de prova, mas sim, de elementos informativos que foram colhidos sem a observância do contraditório e da ampla defesa e que, portanto, não podem, em hipótese alguma, serem utilizados para formar a convicção do julgador e para fundamentar um juízo penal condenatório, mesmo que corroborados por outras provas judiciais. O desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Amilton Bueno de Carvalho, que compôs durante longos anos a Quinta Câmara Criminal do Tribunal Gaúcho, em uma postura de vanguarda ao analisar a matéria destacou que não se pode pretender elevar à categoria de prova os elementos informativos do inquérito policial. No julgamento da Apelação Criminal nº 70003079316 Amilton consignou:

Como já dito anteriormente, a prova judicial é escassa. E para sustentar o decreto condenatório pelo crime de furto qualificado, o colega singular pretende conferir valor probatório às informações colhidas na fase inquisitorial – o que, renovada vênua, é impossível! Olhando de dentro daquilo que tenho como processo penal democrático e garantista: toda prova deve ser colhida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, o que não ocorre na fase policial. Ainda: o policial que persegue e prende o acusado não tem a necessária isenção para elaborar peças com valor probante. (RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Apelação Criminal nº 70003079316, inteiro teor, p. 11)

Na verdade, a aplicação irrestrita do disposto no *caput* do artigo 155 do CPP, na parte em que permite a utilização dos elementos informativos colhidos no inquérito policial para fundamentar sentença penal condenatória, desde que corroborados por outras provas judiciais, é inconciliável com o modelo processual penal acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988 e fere de morte o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, previstos no artigo 5º, inciso LV, da Carta da República.

4.2.1 A fraude processual

A utilização dos elementos informativos produzidos no inquérito policial para fundamentar a sentença penal condenatória implica em verdadeira fraude processual contra o réu, pois, permite a produção de elementos informativos no inquérito policial de forma unilateral pela autoridade policial, sem que o investigado possa participar efetivamente na produção de tais elementos, e posteriormente esses elementos, que não passaram pelo crivo do contraditório e da ampla defesa, são utilizados pelo juiz, já no processo judicial, para fundamentar uma sentença penal condenatória em desfavor do acusado. Segundo Aury (2011, p. 70):

A fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou melhor uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase.

A situação é grave pois o direito ao contraditório e à ampla defesa é assegurado constitucionalmente, tratando-se de direitos fundamentais expressamente previstos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Em se tratando de direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata a teor do Parágrafo Primeiro, do Artigo 5º, da Constituição Federal, como bem destaca o Professor Gorczewski (2009) em sua obra:

Outros dispositivos que merecem destaque são os parágrafos do art. 5º, pois definem como deverá ocorrer a interpretação e aplicação desses direitos. O parágrafo primeiro reza que os dispositivos desse artigo terão aplicabilidade imediata, isto é, são imediatamente aplicáveis, não dependendo de legislação posterior para terem eficácia. Desse dispositivo, outra importante afirmação pode ser subtraída, pois vincula a ideia da eficácia imediata dos direitos fundamentais, que é sua incidência de forma direta tanto nas relações do Estado/cidadão (vertical), bem como em relação aos particulares (horizontal), estando ambos direta e imediatamente vinculados à realização dos direitos fundamentais, mesmo que em diferentes graus de vinculação, quando reclamados frente à jurisdição na tutela desses direitos. (GORCZEWSKI, 2009, pp. 201-202)

O artigo 155 do CPP, por seu turno, da forma irrestrita como é aplicado atualmente pelos tribunais, permite que o acusado seja condenado com base em

elementos informativos que foram produzidos no inquérito policial sem a observância desses direitos fundamentais, o que constitui evidente ofensa à Constituição Federal. Na busca de uma solução para o problema, alguns autores tendem a propugnar pela aplicação do contraditório e da ampla defesa já no curso do inquérito policial (AURY, 2010). Com efeito, também entendo que não há razão para se afastar a incidência de uma norma constitucional expressa que outorga direitos fundamentais individuais, como a prevista no artigo 5º, inciso LV, sob o argumento de que o inquérito policial é um procedimento e não um processo, como sustenta Rangel (2010). Isso significaria inverter as técnicas de hermenêutica jurídica afastando-se a aplicação de uma norma constitucional de aplicação imediata e de eficácia direta, que outorga direitos fundamentais, para permitir-se a perpetuação de um procedimento pré-processual inquisitório infenso à Carta Política. Pelo contrário, o que se deve fazer é adaptar o inquérito policial à Constituição Federal. A razão para a manutenção do estado atual das coisas só pode ser cultural e não jurídica, estando correto Aury (2010, p. 41) quando afirma que no Brasil “*A baixa constitucionalidade é, acima de tudo, psíquica.*” A figura do inquisidor, embora tenha a sua origem na Idade Média, está bastante viva no processo penal brasileiro. Do ponto de vista jurídico não há dúvidas de que é o inquérito policial, procedimento inquisitório que não guarda compatibilidade com os postulados fundamentais da Constituição Federal, que deve se adequar à ordem constitucional e não o oposto.

Porém, a discussão sobre a garantia ou não do contraditório e da ampla defesa no âmbito do inquérito policial se esvazia, como já dissemos, por não ser o ponto central do problema. Como leciona Aury (2010):

A decisão de um juiz somente é legítima quando calcada na prova produzida no processo. Significa uma limitação ao que está nos autos e que lá tenha regularmente ingressado. Conduz, assim, ao rechaço total do substancialismo e também da admissão e valoração da prova ilícita. Mas não basta estar no processo, é necessário que se revista da qualidade de “ato de prova”, ou seja, aquela colhida na fase processual, com plena observância do princípio da jurisdicionalidade. Isso conduz a uma repulsa à possibilidade de o juiz formar sua convicção a partir dos atos de investigação, realizados na inquisição do inquérito policial. Além de ser colhida na frente do juiz, a coleta da prova deve ter observado as garantias do contraditório e da ampla defesa, sob pena de nulidade e, portanto, imprestabilidade motivacional. (AURY, 2010, p. 275, grifos no original)

A questão central do problema, na verdade, está no valor probatório que atualmente é conferido pelos tribunais aos elementos informativos produzidos no inquérito policial, sem que na produção desses elementos sejam observados os direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa.

4.2.2 A contaminação do juiz pelo contato com os elementos informativos do inquérito policial

O ato decisório é um ato complexo que deriva de inúmeros fatores objetivos e subjetivos do julgador. Não se pode ser ingênuo ao ponto de imaginar que, ao julgar, o juiz consiga despir-se inteiramente de seus pré-conceitos, suas convicções, suas paixões. E isto não é culpa do juiz, pois, deriva da própria natureza humana, “está na figura humana do juiz” (AURY, 2011, p. 120). Essa subjetividade da decisão torna-se um problema grave quando se permite ao juiz o contato direto com os elementos informativos do inquérito policial no curso do processo, pois, mesmo que não admita expressamente, não é possível mensurar até que ponto tais elementos influenciam subjetivamente na tomada da decisão por parte do julgador. O contato do juiz com os elementos do inquérito policial permite que o juiz construa a sua decisão antes da própria instrução processual e, ao eleger de início a hipótese acusatória como verdadeira, “não faz do processo mais do que uma encenação, destinada a mascarar a hábil alquimia de transformar os fatos em suporte da escolha inicial” (AURY, 2011, pp. 123-124).

Assim, a decisão é tomada com base nos elementos informativos do inquérito policial, sem que se tenha garantido ao acusado o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa na produção de tais elementos, mesmo quando o julgador não menciona expressamente a utilização dos elementos do inquérito:

Ademais, mesmo que não faça menção expressa a algum elemento do inquérito, quem garante que a decisão não foi tomada com base nele? A eleição (culpado ou inocente) é o ponto nevrálgico do ato decisório e pode ser feita com base nos elementos do inquérito policial e disfarçada com um bom discurso. (AURY, 2011, p. 71)

Na verdade, não é possível aferir até que ponto e em qual medida os elementos informativos do inquérito policial são determinantes para a formação da convicção do magistrado, de modo que a decisão poderia ser outra caso o juiz não

tivesse tido o contato direto com os autos do inquérito policial no curso do processo penal.

4.2.3 O porquê da busca dos elementos informativos do inquérito policial quando do ato decisório

A questão que impende ser questionada neste momento é por que o juiz vai buscar no inquérito policial elementos para fundamentar a sua decisão? Ora, a resposta parece evidente, assim o faz porque não dispõe de provas suficientes no processo judicial. Caso o juiz, da análise das provas produzidas nos autos do processo judicial, mediante o contraditório e a ampla defesa, disponha de elementos suficientes para superar a dúvida e formar um juízo de certeza sobre a existência do ilícito penal e sobre a culpabilidade do réu, não precisa buscar absolutamente nenhum outro elemento no inquérito policial. Basta indicar as provas judiciais e fundamentar a sua decisão com base nelas. Na verdade, quando o juiz busca elementos informativos no inquérito policial para, conjuntamente com as provas do processo judicial, fundamentar a sua decisão é porque não há no processo judicial prova suficiente para afastar a dúvida em favor do réu e para formar um juízo de certeza necessário para a condenação. Ou seja, não há provas suficientes no processo para permitir um juízo condenatório e, mesmo assim, o juiz utiliza-se dos elementos informativos do inquérito policial, que foram produzidos sem a observância do contraditório e da ampla defesa, para reforçar o frágil material probatório dos autos e condenar o réu.

Pode-se concluir desse modo que agindo dessa forma o julgador demonstra a sua parcialidade, na medida em que diante da ausência de provas judiciais suficientes para formar um juízo de certeza sobre a culpabilidade do acusado vai em busca de outros elementos existentes no inquérito policial para que possa fundamentar a condenação, ao invés de absolver o réu por ausência de provas suficientes para sustentar o decreto condenatório, conforme previsão contida no artigo 386, inciso VII, do CPP. O juiz não constrói a decisão a partir das provas existentes no processo judicial, mas sim, decide desde o início do processo que o acusado deve ser condenado e, em razão disso, busca de todas as formas elementos para dar suporte à decisão condenatória. Esse juiz geralmente é aquele

que encarna a função de defensor social que, desde o início do processo, elege a tese acusatória como sendo a verdadeira, como sintetiza Aury (2011):

[...] esse juiz transforma o processo numa encenação inútil, meramente simbólica e sedante, pois desde o início já tem definida a hipótese acusatória como verdadeira. Logo, invocando uma vez mais CORDERO, esse juiz, ao eleger de início a hipótese verdadeira, não faz no processo mais do que uma encenação, destinada a mascarar a hábil alquimia de transformar os fatos em suporte da escolha inicial. [...] A decisão não é construída a partir da prova, pois ela já foi tomada de início. É o prejuízo que decorre do pré-juízo. (AURY, 2011, pp. 123-124)

O juiz, que deveria ter uma postura inerte no que se refere à produção da prova, já tomou a decisão pela condenação do réu desde o início do processo, passando a buscar de todas as formas elementos que possam ser utilizados para fundamentar o decreto condenatório e, ao verificar que não há provas judiciais suficientes nos autos para fundamentar a sentença condenatória, se utiliza então dos elementos informativos produzidos no âmbito do inquérito policial para reforçar o frágil material probatório dos autos, não obstante os elementos informativos do inquérito tenham sido produzidos a mercê do contraditório e da ampla defesa.

4.2.4 Como fica o princípio *in dubio pro reo*?

A ausência de provas judiciais no processo penal que permita suplantar a dúvida e formar um juízo de certeza sobre a existência do ilícito penal e sobre a culpabilidade do réu não pode, em hipótese alguma, autorizar a utilização pelo julgador dos elementos informativos produzidos no inquérito policial, sem que tenha sido observado o contraditório e a ampla defesa, para fundamentar uma sentença penal condenatória. A única solução constitucionalmente possível nessa hipótese é a absolvição do acusado, com base no princípio *in dubio pro reo*. Para a prolação de uma sentença penal condenatória exige-se um juízo de certeza, pois, faz-se necessária afastar qualquer dúvida da inocência do réu, inocência essa também prevista constitucionalmente no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Aury (2010), com base na Constituição Federal de 1988 e no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, apresenta como uma manifestação da presunção da inocência o ônus probatório da acusação:

[...] a presunção de inocência é uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz. É sua incidência no âmbito probatório, vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficientemente demonstrada. (AURY, 2010, p. 176)

Por essa razão, ao se deparar com a ausência de provas suficientes no processo penal para formar um juízo de certeza sobre a existência do ilícito penal e sobre a culpabilidade do acusado, de modo a afastar qualquer dúvida razoável de sua inocência, o juiz deve inexoravelmente absolver o réu com fundamento no disposto no artigo 386, inciso VII, do CPP, e em estrita observância ao princípio *in dubio pro reo*. A utilização dos elementos informativos do inquérito policial para fundamentar uma sentença penal condenatória, ainda que utilizados de modo subsidiário, ou seja, de modo a corroborar o frágil material probatório dos autos, caracteriza verdadeira “fraude processual” (Aury, 2011, p. 70) e ofende não apenas o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, mas, também, viola o princípio acusatório e o princípio *in dubio pro reo*.

4.3 Pela efetividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988

Uma vez exposto o problema, impõem-se algumas reflexões sobre possíveis soluções. Diante do que fora exposto até aqui, resta clara a absoluta incompatibilidade do modelo processual penal disciplinado no CPP de 1941 com o modelo de processo penal adotado pela Constituição Federal de 1988. Diante dessa incompatibilidade flagrante, não há a menor dúvida de que deve prevalecer o disposto na Constituição Federal, pelo princípio da supremacia da Constituição. Na verdade, não se pode falar nem mesmo em conflito de normas, pois, o que há é a incompatibilidade de uma norma infraconstitucional com os preceitos da Constituição. A questão, portanto, envolve a inconstitucionalidade da norma disposta no artigo 155 do Código de Processo Penal, na parte em que permite ao juiz que se utilize dos elementos informativos do inquérito policial para fundamentar sentença penal condenatória, desde que o faça corroborando com outras provas judiciais. Diante desse quadro, entendo que há, pelo menos, duas soluções possíveis, uma de curto prazo, como uma medida paliativa, e a outra como uma solução definitiva.

4.3.1 O reconhecimento da inconstitucionalidade material de parte do artigo 155 do CPP vigente (a solução paliativa)

Enquanto não advém um novo código de processo penal compatível com a Constituição Federal, deve o Poder Judiciário, como uma solução paliativa, reconhecer e declarar a inconstitucionalidade material de parte da norma prevista no artigo 155 do CPP vigente, na parte em que autoriza a utilização dos elementos informativos do inquérito policial para a fundamentação de sentença penal condenatória, mesmo que tais elementos sejam corroborados por outras provas judiciais. Trata-se da chamada “invalidade substancial da norma” (AURY, 2010, p. 277):

Com o advento da Constituição de 1988, muitos dispositivos do atual CPP não resistem à necessária passagem pelo filtro constitucional. [...] Nessa tarefa, é crucial o papel do Poder Judiciário. O juiz passa a assumir uma relevante função de *garantidor*, que não pode ficar inerte ante violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados [...]
Devemos analisar a validade sob dois aspectos: formal e substancial. [...] (AURY, 2010, p. 277, grifos no original)

E segue o doutrinador, tomando por base o pensamento de Ferrajoli:

[...] A vigência guarda relação com a forma dos atos normativos; [...] A validade refere-se ao seu significado; é uma questão de coerência ou compatibilidade das normas produzidas com as de caráter substancial sobre sua produção. [...] (AURY, 2010, p. 278)

Assim, não basta à norma processual prevista no artigo 155 do CPP a sua vigência. Interessa, sobretudo, apreciar a sua conformidade com os direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988. A questão diz respeito à validade da norma, no que se refere ao seu conteúdo material. E, nesse contexto, deve o Poder Judiciário, ao aplicar a norma ao caso concreto, verificar a compatibilidade ou não do seu conteúdo com os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, como ensina Streck (2001):

[...] em havendo leis (atos normativos lato sensu) incompatíveis com a principiologia constitucional, é tarefa do Poder Judiciário expungir-los do ordenamento ou, em determinados casos, efetuar a adaptação/correção de tais atos normativos, vivificando-os, tornando-os aptos a serem aplicados pelos operadores jurídicos. (STRECK, 2001, p. 204)

E, na lição de Paulo e Alexandrino (2008):

Inconstitucional é, pois, a ação ou omissão que ofende, no todo, ou em parte, a Constituição. Se a lei ordinária, a lei complementar, o estatuto privado, o contrato, o ato administrativo etc. não se conformarem com a Constituição, não devem produzir efeitos. Ao contrário, devem ser fulminados, por inconstitucionais, com base no princípio da supremacia constitucional. (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 692)

Não há dúvidas de que a utilização dos elementos informativos colhidos no inquérito policial para fundamentar sentença penal condenatória, mesmo que corroborados por outros elementos de prova existentes no processo penal, viola o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa do acusado, além de violar o princípio *in dubio pro reo* e o próprio sistema processual acusatório adotado pela Constituição Federal. Portanto, a norma prevista no artigo 155 do CPP, na parte em que autoriza essa utilização dos elementos informativos do inquérito policial, é materialmente inconstitucional e, por essa razão, deve ter a sua inconstitucionalidade reconhecida e declarada pelo Poder Judiciário, seja através do controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, seja por meio do controle difuso de constitucionalidade, em que cabe a todo o juiz, ao aplicar o direito no caso concreto, afastar a aplicação daquelas normas que violem o texto constitucional. Segundo o ensinamento de Paulo e Alexandrino (2008), a inconstitucionalidade material ocorre quando:

A inconstitucionalidade material ocorre, portanto, quando o conteúdo da lei contraria a Constituição. O processo legislativo (procedimento constitucional exigido para a elaboração da lei) pode ter sido fielmente obedecido, mas a matéria tratada é incompatível com a Carta Política. Seria o caso, por exemplo, de uma lei que introduzisse no Brasil a pena de morte em circunstâncias normais, que padeceria de inconstitucionalidade material, por afrontar o art. 5º, XLVII, da Lei Maior. (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 695)

Assim, não tenho dúvidas de que a utilização dos elementos informativos do inquérito policial, produzidos sem a observância do contraditório e da ampla defesa, para a fundamentação de uma sentença penal condenatória, ainda que corroborados por outras provas judiciais, implica em ofensa ao direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, caracterizando essa aplicação do disposto no artigo 155 do CPP manifesta inconstitucionalidade material.

Contudo, como o dispositivo legal contempla outras matérias que não ofendem a Constituição, não se pode simplesmente declarar a inconstitucionalidade do artigo 155 do CPP. Como lecionam Paulo e Alexandrino:

A interpretação conforme a Constituição é técnica de decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal quando ocorre de uma disposição legal comportar mais de uma interpretação e se constata, ou que alguma dessas interpretações é inconstitucional, ou que somente uma das interpretações possíveis está de acordo com a Constituição. (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 699)

Portanto, pode o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, utilizar-se da técnica da interpretação conforme a Constituição para manter hígida a norma disposta no artigo 155 do CPP, porém, destacando que a sua aplicação somente será constitucional se dada a ela a interpretação que afaste a possibilidade de o juiz utilizar os elementos informativos colhidos no inquérito policial para fundamentar sentença penal condenatória, mesmo que haja outros elementos de prova judicial que os corroborem. No entanto, considerando o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, é pouco provável que isso ocorra.

4.3.2 Um novo código de processo penal compatível com o modelo de processo adotado na Constituição Federal de 1988 (o grande sonho)

O Código de Processo Penal vigente, instituído pelo Decreto-lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941, está pautado pelo modelo de Estado autoritário que vigia quando da sua promulgação, possuindo um claro viés de defesa social, como já pudemos expor no item 3.1 da presente monografia. O seu escopo principal é meramente punitivo. Esse modelo de processo penal disciplinado no CPP de 1941 é incompatível com a Constituição da República de 1988, que optou pelo sistema processual acusatório. Por essa razão, é fácil concluir que é imperiosa a elaboração e aprovação pelo Congresso Nacional de um novo código que discipline o processo penal brasileiro de modo a compatibilizá-lo com os ditames constitucionais.

Atualmente, está em tramitação na Câmara dos Deputados o projeto de lei PL 8045/2010, oriundo do Senado Federal (PLS 156/2009), de autoria do Senador José Sarney, que tem por objetivo revogar o atual código de processo penal e introduzir

no ordenamento jurídico nacional um novo código. O projeto está aguardando o parecer do relator na Comissão Especial, criada em 05 de janeiro de 2011, para que, após o referido parecer, possa ser apreciado pelo Plenário da Câmara dos Deputados (BRASIL, 2016, texto digital). O texto do projeto de novo código de processo penal, pendente de aprovação, traz como princípios fundamentais, em seu artigo 3º e 4º, a adequação do processo penal ao sistema acusatório e a garantia do contraditório e da ampla defesa:

Art. 3º Todo processo penal realizar-se-á sob o contraditório e a ampla defesa, garantida a efetiva manifestação do defensor técnico em todas as fases procedimentais.

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. (BRASIL, 2016, texto digital, PL 8045/2010, texto atual em tramitação, p. 1)

Avança-se na medida em que se busca garantir uma maior efetividade dos direitos fundamentais, em especial o direito ao contraditório e à ampla defesa, bem como na medida em que se determina o afastamento do juiz das atividades probatórias no curso processo. Ainda, o projeto reforça a função meramente instrumental dos elementos informativos do inquérito policial, quando em seu artigo 33 estabelece:

Art. 33. Os elementos informativos do inquérito policial devem ser colhidos no sentido de elucidar os fatos e servirão para a formação do convencimento do Ministério Público sobre a viabilidade da acusação, bem como para a efetivação de medidas cautelares, pessoais ou reais, a serem decretadas pelo juiz das garantias. (BRASIL, 2016, texto digital, PL 8045/2010, texto atual em tramitação, p. 9)

Mas, principalmente, a reforçar o ponto de vista que ora se sustenta na presente monografia, o projeto de novo código de processo penal em tramitação na Câmara dos Deputados, no seu artigo 168, correspondente ao artigo 155 do código vigente, estabelece:

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. (BRASIL, 2016, texto digital, PL 8045/2010, texto atual em tramitação, p. 35)

Ou seja, pelo projeto de novo código de processo penal, de acordo com o seu texto atual, o juiz somente poderá utilizar as “provas submetidas ao contraditório judicial” (BRASIL, 2016, texto digital, PL 8045/2010, texto atual em tramitação, p. 35) para formar a sua convicção. Observada a ressalva da parte final do artigo 168 do projeto, que admite apenas a utilização das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, pela interpretação literal do dispositivo não poderá o julgador utilizar os elementos informativos produzidos no âmbito do inquérito policial para formar a sua convicção e para fundamentar eventual sentença penal condenatória. Aliás, o próprio projeto, ao tratar das nulidades, é expresso em seu artigo 158:

Art. 158. Serão absolutamente nulos e insanáveis os atos de cuja irregularidade resulte violação dos direitos e garantias fundamentais do processo penal, notadamente no que se refere:

[...]

II – à observância do contraditório e da ampla defesa;

[...] (BRASIL, 2016, PL 8045/2010, texto atual em tramitação, p. 34)

Portanto, a solução definitiva para o problema passa, sem dúvidas, pela aprovação do novo código de processo penal em tramitação na Câmara dos Deputados com o seu texto atual que deverá vedar integralmente a utilização dos elementos informativos colhidos no inquérito policial pelo juiz para formar a sua convicção e para fundamentar sentença penal condenatória, sob pena de nulidade da sentença. Se aprovado o projeto de lei PL nº 8045/2010 e sancionado pelo Presidente da República, a sua vigência certamente deverá implicar em uma radical mudança de posicionamento nos tribunais superiores, os quais atualmente admitem a utilização desses elementos, desde que corroborados por outras provas judiciais.

No entanto, o projeto de novo código de processo penal peca por não determinar a exclusão física dos autos do inquérito policial de dentro do processo penal após o recebimento da denúncia. A fim de evitar que os elementos informativos produzidos no inquérito policial, sem observância do contraditório e da ampla defesa, influenciem, ainda que inconscientemente, na formação da convicção do julgador, deve ser adotada a exclusão física do inquérito policial dos autos do processo penal após o recebimento da denúncia, como sustenta Aury (2010):

Infelizmente proliferam decisões em que os juízes condenam com base no inquérito policial [...]

Diante de um cenário tão preocupante como esse, temos defendido a **exclusão física dos autos do inquérito de dentro do processo** como

única maneira de efetivar a garantia da jurisdição e de ser julgado com base nos atos de prova. (AURY, 2010, p. 257, grifos no original)

Essa medida impede o contato direto do juiz com os elementos informativos colhidos na fase pré-processual de investigação, fazendo com que a convicção do julgador seja construída apenas com base na prova produzida mediante o contraditório judicial e evita, portanto, que o magistrado crie pré-julgamentos que poderão resultar em uma decisão construída a partir dos elementos informativos do inquérito policial e não a partir das provas. Trata-se de assegurar ao acusado aquilo que Aury (2010, p. 259, grifos no original) denomina de o “direito de ser julgado com base na *prova*”:

O direito de ser julgado com base na *prova* (leia-se: atos de prova) deve ser visto na sua real dimensão enquanto garantia de máxima originalidade. Para tanto, deve-se evitar a contaminação do julgador pelos atos de investigação, pois colhidos na fase inquisitória, sem as mínimas garantias. (AURY, 2010, p. 259, grifos no original)

E, por fim, alerta o Professor Aury:

Enquanto não tivermos um processo verdadeiramente acusatório, do início ao fim, ou, ao menos, adotarmos o paliativo da exclusão física dos autos do inquérito policial de dentro do processo, as pessoas continuarão sendo condenadas com base na “prova” inquisitorial, disfarçada no discurso do “cotejando”, “corroborando”... e outras fórmulas que mascaram a realidade: a condenação está calcada nos atos de investigação, naquilo feito na pura inquisição. (AURY, 2010, p. 166, grifos no original)

O inquérito policial tem apenas a função de reunir elementos suficientes para que o titular da ação penal possa formar a sua *opinio delicti* e para que possa demonstrar a justa causa para a propositura da ação penal. Uma vez recebida a denúncia, a função do inquérito policial se exaure, não havendo razão alguma para que os autos do inquérito policial permaneçam dentro dos autos do processo judicial. Caberá ao Ministério Público, após o recebimento da denúncia pelo Poder Judiciário, o ônus de produzir as provas necessárias, mediante o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa por parte do acusado, para sustentar a acusação que formula e para obter ao final a condenação do réu.

5 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 representou o rompimento com o modelo de Estado autoritário até então vigente e adotou um projeto de Estado democrático, no qual a valorização do indivíduo frente ao Estado é um princípio elementar. Não é à toa que o modelo de sociedade adotado tem por fundamento a dignidade humana, conforme previsão expressa no artigo 1º, inciso III, da Carta Política. Assim, no modelo de Estado adotado pela atual ordem constitucional, o indivíduo deve ser visto como um sujeito de direitos, não obstante esteja respondendo a uma acusação penal, devendo ser observados os seus direitos fundamentais, em especial, o seu direito ao contraditório e à ampla defesa. O exercício de poder pelo Estado somente será legítimo se houver o estrito respeito aos direitos individuais expressos na Constituição da República. Nesse contexto, o único modelo de processo penal compatível com o modelo de Estado adotado pela Constituição de 1988 é o processo baseado no sistema acusatório em que o exercício pleno e eficaz dos direitos fundamentais do acusado é condição essencial para se garantir a legitimidade da aplicação da pena e o exercício do direito de punir do Estado.

Não obstante isso, ante a adoção pelo Código de Processo Penal vigente do chamado sistema misto, atualmente temos uma fase pré-processual de investigação baseada no sistema inquisitório, em que não são observados os direitos fundamentais do investigado, em especial, o exercício pleno e eficaz do seu direito ao contraditório e à ampla defesa. E, para agravar a situação, a norma disposta no artigo 155 do CPP vigente, da forma irrestrita pela qual vem sendo aplicada pelos tribunais, permite que o juiz, já na fase judicial, se utilize daqueles elementos informativos que foram colhidos na fase pré-processual de investigação, sem a observância do contraditório e da ampla defesa, para formar a sua convicção e para fundamentar uma sentença penal condenatória, desde que apresente outras provas judiciais existente nos autos que corroborem os elementos informativos do inquérito. O acusado é condenado com base nos elementos informativos produzidos no inquérito policial, sem que lhe tenha sido garantido o exercício pleno dos seus direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa.

O fato de esta utilização dos elementos informativos do inquérito policial se dar de forma subsidiária, ou seja, corroborados por outras provas judiciais produzidas em juízo, não tem o condão de outorgar aos elementos informativos do inquérito

policial o *status* de prova e tampouco convalidam a flagrante ofensa que essa prática impõe ao disposto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Pelo contrário, ao utilizar os elementos informativos do inquérito policial de forma conjunta com outras provas judiciais para condenar o réu, o juiz acaba por violar também o princípio *in dubio pro reo*, pois, ao não dispor de provas suficientes para fundamentar um decreto condenatório nos autos do processo judicial, busca, no inquérito policial, outros elementos para reforçar o frágil material probatório dos autos e para fundamentar uma decisão condenatória, ao invés de absolver o réu em observância ao princípio do *in dubio pro reo*, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do CPP.

A norma disposta no artigo 155 do Código de Processo Penal vigente, portanto, na parte em que autoriza a utilização dos elementos informativos do inquérito policial para fundamentar sentença penal condenatória, mesmo que tais elementos sejam corroborados por outras provas judiciais, é materialmente inconstitucional e ofende frontalmente o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, previstos expressamente no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Além disso, a utilização dos elementos informativos do inquérito policial para fundamentar sentença penal condenatória implica em ofensa ao princípio acusatório e, por via reflexa, viola também o princípio *in dubio pro reo*. Essa inconstitucionalidade material deve ser reconhecida pelo Poder Judiciário, seja através do exercício do controle difuso de constitucionalidade, seja pelo próprio STF no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, através da utilização da técnica da interpretação conforme a Constituição para que sejam afastadas quaisquer interpretações da norma disposta no artigo 155 do CPP que permita a utilização dos elementos informativos do inquérito policial para formar a convicção do julgador e para fundamentar sentença penal condenatória, mesmo que tais elementos sejam corroborados por outras provas judiciais. No entanto, infelizmente, nossos tribunais superiores, até o momento, não enfrentam a questão da forma como entendemos deva ser enfrentada e, não obstante a flagrante ofensa aos direitos fundamentais expressos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição, o tribunais têm admitido a utilização dos elementos informativos do inquérito na fundamentação das sentenças penais condenatórias, desde que o juiz apresente outras provas judiciais que os corroborem.

Como uma solução definitiva para o problema é imperiosa a aprovação de um novo código de processo penal que tenha por escopo adequar a realidade do

processo penal brasileiro ao modelo acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988, de modo a garantir a efetividade dos direitos fundamentais do acusado. Nesse novo modelo de processo penal deve-se reconhecer finalmente que o objetivo precípua dos elementos informativos produzidos no inquérito policial é, apenas, demonstrar a justa causa para a propositura da ação penal de modo a permitir que o titular da ação ofereça a denúncia. Uma vez recebida a denúncia pelo Poder Judiciário a função do inquérito policial se exaure, não havendo razão alguma para que se mantenham dentro do processo judicial os autos do inquérito policial. O juiz deve formar a sua convicção com base nos elementos de prova regularmente admitidos e produzidos nos autos do processo judicial, mediante o contraditório e a ampla defesa. O contato com os elementos informativos produzidos na fase pré-processual de investigação faz com que o juiz crie pré-julgamentos que irão influenciar, ainda que inconscientemente, na sentença penal.

Não se está, de modo algum, a defender a impunidade. Pelo contrário, o que se defende é que através da garantia da efetividade dos direitos fundamentais do acusado se estará, na verdade, conferindo legitimidade à sanção penal que eventualmente venha a ser aplicada ao réu. É preciso reconhecer que o processo penal tem por função legitimar a aplicação da pena através da garantia da efetividade dos direitos fundamentais do acusado. Na lição de Jardim (2007, p. 323):

[...] o processo penal deve ser concebido dentro de uma dupla perspectiva, ou seja, é uma autolimitação ao poder punitivo do Estado e, por conseguinte, um instrumento garantidor do direito de liberdade, mas é também um instrumento de que se vale a sociedade politicamente organizada para aplicação do Direito Penal aos fatos concretos, alegados e provados em juízo. Estas duas perspectivas não se chocam, sendo ocioso ou descabido buscar uma posição de compromisso, mas sim lutar para que ambos os escopos sejam alcançados.

A função de garantia do processo penal, em relação ao acusado, não anula a sua função repressiva e sancionadora. O que não se pode admitir, em hipótese alguma, é que, a pretexto de uma repressão penal mais efetiva, o juiz se utilize de elementos informativos que foram produzidos no inquérito policial de forma unilateral pela autoridade policial, sem que tenha sido garantido ao investigado o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, para formar a sua convicção e para fundamentar uma sentença penal condenatória em prejuízo do réu. O juiz deve ser o guardião dos direitos fundamentais do acusado, devendo zelar pela sua efetividade.

A utilização dos elementos informativos do inquérito policial pelo juiz para fundamentar sentença penal condenatória não faz justiça, na verdade, implica em uma verdadeira fraude processual contra o réu praticada por aquele que tem o dever de zelar pela efetividade dos direitos fundamentais, violando claramente a Constituição da República de 1988.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.** Disponível em: <http://camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2016.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** Tradução de José de Faria Costa do original Dei Delitti e Delle Pene. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Polis, 1991.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 mai. 2016.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 17 mai. 2016.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 17 mai. 2016.

BRASIL. **Lei n. 2.033**, de 20 de setembro de 1871. Altera diferentes (sic) disposições da Legislação Judiciária. Publicada na Secretaria de Estado dos Negócios (sic) da Justiça, 21 nov. 1871. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM2033.htm>. Acesso em: 17 mai. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 117.479-SP.** Impetrante Rafael Silva Nogueira Paranaguá e outros e Impetrado Superior Tribunal de Justiça: relator. Ministro Luiz Fux, 04 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28117479%2EENUME%2E+OU+117479%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lpvl3ar>>. Acesso em: 17 mai. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 125.035-MG**. Impetrante Defensoria Pública da União e Impetrado Superior Tribunal de Justiça: relator. Ministro Dias Toffoli, 10 de fevereiro de 2015. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28125035%2EENUME%2E+OU+125035%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/z4m5zxw>>. Acesso em: 17 mai. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em habeas corpus n. 117.192-MG**. Recorrente Jose Luiz de Souza Santos e Recorrido Ministério Público Federal: relator. Ministra Rosa Weber, 03 de setembro de 2013. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28117192%2EENUME%2E+OU+117192%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zyprpzh>>. Acesso em: 17 mai. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no recurso especial n. 1.205.036-MS**. Agravante José Manoel Palhano De La Puente e Agravado Ministério Público Federal: relator. Ministro Nefi Cordeiro, 1 de dezembro de 2015. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1205036&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 17 mai. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no recurso especial n. 1.444.444-SP**. Agravante Manoel Monteiro Neto e Agravado Ministério Público do Estado de São Paulo: relator. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 16 de fevereiro de 2016. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1444444&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 17 mai. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus n. 337.809-SC**. Impetrante Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina e Impetrado Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina: relator. Ministro Rogerio Schietti Cruz, 19 de novembro de 2015. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=337809&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 17 mai. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus n. 343.358-DF**. Impetrante Wilsomar Sousa Silva e Impetrado Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios: relator. Ministro Ribeiro Dantas, 10 de março de 2016. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=343358&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 17 mai. 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Desenvolvido pela Câmara dos Deputados. **Apresenta o inteiro teor do texto do Projeto de lei PL 8045/2010**. Disponível em:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/pro_mostrarintegra;jsessionid=F3D534F>

46B8A5D67C7BC6A9171D4AD42.proposicoesWeb1?codteor=831788&filename=PL+8045/2010>. Acesso em: 17 mai. 2016

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de Carlos Eduardo Trevelin Millan. 2. tiragem. São Paulo: Pillares, 2009

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do Processo Penal**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GORCZEVSKI, Clovis. **Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar**. 1. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007

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

LOPES JR. Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal** (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional). 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LUZ, Denize. **A Busca da Verdade no Sistema Acusatório e a Investigação Criminal no Projeto de Reforma do Código de Processo Penal Brasileiro**. In: JESUS D. E. et. al. (Org.). *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. n. 48. Porto Alegre: Magister, 2012.

NASSIF, Aramis. **Sentença Penal**. O Desvendar de Themis. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. **Direito Constitucional descomplicado**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação Crime n. 70003079316**. Apelante Joao Milton Libraga e outros e Apelado Ministério Público do Rio Grande do Sul: relator. Desembargador Amilton Bueno de Carvalho. 19 de setembro de 2001. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&intervalo_movimentacao=0&N1_var2=1&id_comarca1=700&num_processo_mask=70003079316&num_processo=70003079316&numCNJ=N&id_comarca2=faxinal_soturno&uf_oab=RS&num_oab=89532&foro=0&N1_var2_1=1&intervalo_movimentacao_1=15&N1_var=&id_comarca3=portao&nome_parte=renato+rocha+martins&tipo_pesq=F&N1_var2_2=1>. Acesso em: 17 mai. 2016.

SILVA, Benedicto (coord.). **Dicionário de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1986.

STF. Desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/porta/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291563>>. Acesso em: 17 mai. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **A Aplicação dos Princípios Constitucionais**. In: WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). *Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais. Tempo Tecnologia Dromologia Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.