

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

GUSTAVO NORONHA DE AVILA

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

BEATRIZ VARGAS RAMOS G. DE REZENDE

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Beatriz Vargas Ramos G. De Rezende, Gustavo Noronha de Avila, Nestor Eduardo Araruna Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-196-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo Penal. 3. Constituição.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Neste XXV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade de Brasília (UnB) entre os dias 6 e 9 de julho de 2016, consolidou-se a cisão entre os

Grupos de Trabalho (GTs) de Direito Penal e de Direito Processual Penal, haja vista a diferença de objetos entre eles, malgrado a instrumentalidade deste para com aquele. Contudo, não se abandonou a visão constitucional, que deve ser o norte de ambos.

No dia dedicado à apresentação dos artigos no GT de Processo Penal e Constituição, compareceram os autores dos 19 trabalhos aprovados, e que ora fazem

parte dos presentes anais. A dinâmica operacional consistiu em agrupar temas afins, em uma sequência de apresentações que permitisse uma mais operante interlocução de ideias. Aliás, o número relativamente pequeno de artigos aprovados, se comparados a outros eventos organizados pelo Conpedi, fez com que o debate fosse altamente incentivado e privilegiado, possibilitando o intercâmbio de pensamentos, de discussões e de oitiva de posicionamentos contrapostos, dentro do espírito livre que deve ser preservado na academia.

A sustentação oral dos trabalhos apresentados manteve-se na seguinte ordem: processo penal constitucional (6 trabalhos); relações entre direito processual penal

direito processual civil (2 trabalhos); relações entre o direito penal e o direito processual penal (3 trabalhos); investigação criminal (3 trabalhos); e provas no processo penal (5 trabalhos). A tônica das apresentações, e das discussões que dali surgiram, foi a da necessária constitucionalização do processo penal e da imediata atualização do Código de Processo Penal. Entretanto, alguns poucos trabalhos flertaram perigosamente com a relativização de princípios processuais penais, bem como com o afastamento do sistema acusatório, o que não deixa de ser preocupante em um momento de total autoritarismo processual penal, com o qual a Universidade não pode compactuar.

É certo que o papel persecutório estatal deve ter como premissa a Constituição Federal e os documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, sem deixar de considerar o igual

protagonismo da tutela das liberdades individuais. O debate nacional que envolve a tensão entre segurança pública e liberdades individuais não pode deixar de ter seu foco no indivíduo e nos direitos e garantias consolidados no texto constitucional.

Aqui vale a lembrança do que foi exposto no prefácio da obra organizada neste GT, por ocasião do XXIV Congresso Nacional do Conpedi, realizado em Belo Horizonte em 2015: “Deve, pois, haver um afastamento do operador do Direito, em relação a uma cultura ideológica (e midiática) preconcebida, devendo (o processo penal) funcionar como autêntica garantia do exercício de cidadania. O processo penal, neste sentido, deve ser inclusivo e solicitar a participação de todas as partes envolvidas, para construírem um provimento jurisdicional compartilhado e mais próximo da solução duradoura de conflitos”.

E vale acrescentar: nunca contra a Constituição Federal, nunca se esquecendo dos direitos e garantias previstos na Constituição Federal, mas sempre de braços dados

com ela.

Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos de Resende (Universidade de Brasília – UnB)

Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila (UNICESUMAR)

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza -

INQUÉRITO POLICIAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INVESTIGADO POLICE INVESTIGATION AND FUNDAMENTAL RIGHTS OF INVESTIGATED

Maura Da Silva Leitzke

Resumo

O trabalho objetiva-se discutir a aplicação efetiva dos princípios constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito ao Inquérito Policial, tendo em vista a previsão legislativa do artigo 155 do CPP, ante a possibilidade de utilização de elementos informativos, para fundamentar decisão condenatórias, desde que não exclusivo, discute-se também a problemática dos vereditos no Tribunal do Júri, onde o jurado, pelo princípio da íntima convicção, está livre, para proferir decisão com base em qualquer elemento, seja ele processual ou informativo, sem a necessidade de qualquer espécie de fundamentação, baseadas exclusivamente em elementos inquisitoriais, em uma clara afronta às garantias inerentes indivíduo.

Palavras-chave: Inquérito policial, Devido processo legal, Contaminação do julgador

Abstract/Resumen/Résumé

Study of constitutional principles inherent in the democratic rule of law to the police investigation , in view of the legislative provision contained in Article 155 of the CPP , at the possibility of using pieces of information, to support condemnatory decision , also discusses the .problemática verdicts of the jury , where the judge , the principle of inner conviction , is free to give a decision based on any element , whether procedural or information without the need of any kind of reasoning based solely on elements inquisitorial , in a clear affront to the inherent individual guarantees.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Police investigation, Legal process background of the decisions, Judging contamination

1 INTRODUÇÃO

Nesta pesquisa será abordada a preocupação internacional crescente com a positivação e a concretização de instrumentos que propiciem ao acusado um processo e julgamento de acordo com as garantias atinentes aos direitos fundamentais, há também uma preocupação com a forma com que é conduzida a investigação preliminar, bem como a sua utilização exclusiva, como prova para a sentença penal condenatória.

Os objetivos da pesquisa são identificar as possíveis influências do inquérito policial em decisões que não necessitam de fundamentação, tendo a pesquisa sido teórica, na modalidade de revisão bibliográfica.

Deve-se ter em mente que a investigação preliminar é um assunto de relevante importância ao estudo do processo penal, na medida em que se destina à busca e coleta dos elementos que justifiquem a instauração ou não, da ação penal, servindo como base de justa causa na tentativa de impedir a formulação de acusações sem a devida necessidade ou plausibilidade, atuando de forma preventiva.

2 DESENVOLVIMENTO

No atual sistema de investigação preliminar adotado pelo processo penal, um dos desafios é a adequação dos meios de repressão ao crime, adotados pelo Estado, principalmente quanto à necessidade/possibilidade de adequar a investigação preliminar criminal aos princípios do Estado Democrático de Direito e da garantia dos Direitos Fundamentais.

Tal preocupação surge, por apresentar a investigação preliminar de natureza administrativa e procedimental, e muitos direitos individuais são postos em jogo e, por vezes, derogados e ignorados, tornando necessária a compreensão da abrangência e importância dos direitos e garantias fundamentais, expressos na Constituição Federal e em tratados aos quais o Brasil aderiu, extensivos à etapa prévia da persecução.

O ponto de partida dá-se pelo disposto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que assevera: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos

acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Ao se falar em respeito às garantias constitucionais no Inquérito Policial, devem ser analisadas as correntes doutrinárias e jurisprudenciais acerca da inserção ou não, dos princípios do contraditório e da ampla defesa nesse procedimento. Para tanto, devem ser observados pontos, como a processualização ou a democratização do inquérito, bem como a sua importância no que tange aos interesses da justiça criminal e à defesa dos direitos e garantias fundamentais.

O interesse pelo tema é crescente, representando claro avanço do direito de defesa do imputado e do modo de apuração da infração penal, além de ser forma de equilibrar o atual movimento, no sentido de atribuir poderes investigatórios ao Ministério Público.

Mesmo que a fase da investigação preliminar assuma características de um modelo inquisitório, os seus procedimentos precisam estar de acordo com princípios básicos pertencentes à forma de um Estado Democrático de Direito, especialmente, no que se refere aos direitos fundamentais e à dignidade do indivíduo.

Levando em consideração que a atividade policial desenvolve as suas atividades de maneira que nem sempre atenda aos primados constitucionais, deve se atentar para o entendimento perigoso de que eventuais irregularidades do Inquérito Policial não alcançam o processo, em razão de as conclusões de tais investigações não servirem, para embasar decisões dentro da fase processual, o que não se aplica, por exemplo, às exceções trazidas pela legislação vigente, como é o caso da previsão do artigo 155 parte final do Código de Processo Penal.

Busca, portanto, a presente pesquisa a verificar a utilização pelo julgador de elementos colhidos no Inquérito Policial, para embasar, de forma exclusiva, a sentença penal condenatória sem o respeito ao devido processo legal.

A investigação preliminar é assunto crucial ao estudo do processo penal, na medida em que permite a reunião de elementos que justifiquem a instauração ou não, da persecução judicial, além de impedir a formulação de acusações infundadas, exercendo, assim, relevantes funções, tanto preventiva quanto preparatória do processo. Além disso,

na etapa prévia, de natureza administrativa, muitos direitos individuais são postos em jogo e, por vezes, amesquinçados ou simplesmente ignorados, o que torna imperiosa a compreensão do estatuto dos direitos e garantias fundamentais, expressos na Constituição Federal e em tratados aos quais o Brasil aderiu, extensivos à etapa prévia da persecução.

Entre essas garantias estão o juiz natural, a presunção de inocência, o direito de defesa, a publicidade e a motivação das decisões, todos derivados de uma mesma fonte – o devido processo legal – e interdependentes, de modo que o procedimento preliminar de investigação com fins penais, de qualquer espécie que seja (policial, judicial, parlamentar, ministerial), somente obedece ao devido processo legal, quando os observa em seu conjunto.

O Estado se apresenta como estrutura organizada constituído historicamente em virtude da própria natureza social do homem, tendo como funções primordiais a responsabilidade e o dever de garantir a segurança e bem-estar da sociedade, pois o indivíduo, ao cancelar o pacto social, delegou-lhe parcela de seus direitos de liberdade e autodeterminação, afastando a autodefesa, como regra, nos casos de lesão ou ameaça de lesão a seus direitos.(MALUF, 1990, p.5).

Dessa forma, no momento em que ocorre fato anormal que tenha o poder de modificar de maneira relevante a estrutura do corpo social (paz e tranquilidade das relações humanas), previamente consubstanciado hipoteticamente em lei, denominado “infração penal”, surge para o Estado o dever-poder de punir o autor desse fato, com o fim de garantir, com isso, a estabilidade e a segurança coletiva, tal como idealizado no próprio texto constitucional brasileiro.(NUCCI, 2007, p.126).

Nesse sentido, no Brasil, a persecução criminal apresenta dois momentos bem delineados: o primeiro, a investigação preliminar ou preparatória e a ação penal. Observa-se, na primeira fase, o Inquérito Policial, ou outras formas de investigação v.g, o Inquérito Civil e a comissão parlamentar de inquérito como modalidades, sendo o primeiro a modalidade mais observada, ao passo que as demais são mais raras e somente são instauradas em casos específicos.

Com o Inquérito Policial, busca-se constatar a materialidade e os indícios de autoria, de fato definido como crime, tendo por finalidade estruturar, fundamentar e dar justa causa à ação penal. (NUCCI, 2007, p.126)

A investigação preliminar tem a sua existência fundamentada em vários aspectos, os quais visam a justificar a sua ação como ato de averiguação da existência de um fato delituoso. Essa averiguação e eventual comprovação são mais palpáveis na fase da investigação preliminar, tendo em vista que as evidências da prática de um crime costumam ser mais nítidas quanto mais próximo, no aspecto temporal, sejam recolhidas.

Em se tratando do processo penal, este é precedido de uma fase preliminar ou preparatória, representada pelo Inquérito Policial que se trata de procedimento administrativo pré-processual, ao qual é reservada a apuração dos indícios da materialidade e da autoria do delito.

Essa investigação preliminar, formalizada no Brasil por meio do Inquérito Policial, representa o suporte que dará base para propositura da ação penal e formará o alicerce para a construção do processo. Dessa forma, no geral, a investigação criminal carrega, em sua essência, o elemento estrutural para a formação do processo.

A investigação criminal é uma fase de averiguação, procedimento preparatório de direcionamento futuro, cujo conteúdo poderá formar a convicção do julgador, ao proferir a sua decisão por meio da sentença. Deve ser ressaltado que, conforme o sistema jurídico vigente, a prova deverá ser submetida ao crivo do contraditório.

O termo “investigação” deriva dos vocábulos latinos *investigatio* e *investigare*, que significam indagar com cuidado, seguir o rastro, perscrutar. Entende-se por investigação, no sentido gramatical, a pesquisa de vestígios e os indícios relativos a certos fatos, para esclarecer ou descobrir alguma coisa. (SILVA 1998, p.451)

A definição de investigação se dá como um procedimento, que se forma por meio de um conjunto de atos que se interligam visando a elucidar um fato obscuro. Quando a circunstância a ser esclarecida é uma possível prática delituosa, qualifica-se a investigação de criminal.

Pode-se conceituar, assim, a investigação criminal como sendo um procedimento preliminar e preparatório à ação penal, formado por um conjunto de atos encadeados, que podem ser praticados pelos sujeitos envolvidos, Estado e partes diretamente interessados na persecução penal, com a finalidade de reunir elementos materiais relacionados ao possível ilícito penal.

Marques, nesse sentido, define a investigação criminal como atividade estatal de persecução criminal, destinada a preparar a ação penal, que apresenta caráter preparatório e informativo, tendo o objetivo de levar ao órgão, encarregado da ação penal, os elementos necessários para a dedução da pretensão punitiva em juízo. (MARQUES, 1997, p.139).

O autor destaca ainda possuir a investigação preliminar caráter informativo, seja ela de qualquer modalidade, sendo essa característica o grande diferencial em relação à instrução existente na ação penal: a primeira teria por escopo obter dados informativos para o órgão acusatório examinar a viabilidade de propositura da ação penal; enquanto o objeto da segunda seria colher provas para demonstrar a legitimidade da pretensão punitiva ou do direito de defesa. (MARQUES, 1997, p.139).

Desta forma, a investigação criminal não busca comprovar a infração penal nem confirmar a tese acusatória, mas verificar a plausibilidade da imputação, evitando processos criminais desnecessários. (CARNELUTTI 2001, p.113).

A investigação preliminar possui natureza jurídica complexa, pois é composta por atos administrativos e judiciais. Destarte, a natureza jurídica de determinada modalidade de investigação preliminar depende da natureza jurídica dos atos predominantes. Uma estrutura dialética, em virtude da qual se desenvolve como uma luta de ações e reações, de ataques e defesas, na qual cada um dos sujeitos provoca, com a própria atividade, o movimento dos outros sujeitos e espera, depois disso, um novo impulso para colocar-se em movimento outra vez, é determinante para tal qualificação. (ARAGONESES, 1997, p.191).

A natureza jurídica da investigação preliminar é determinada, em geral, pela análise de sua função, estrutura e órgão encarregado. Isso porque, segundo Lopes Júnior,

“A natureza jurídica da instrução preliminar é complexa, pois nela são praticados atos de distinta natureza (administrativos, judiciais e até jurisdicionais)”. (LOPES JUNIOR, 2006, p. 40).

Para a classificação da natureza jurídica dos atos predominantes na investigação preliminar, deve ser levado em consideração que, mesmo em procedimentos notoriamente administrativos, como o Inquérito Policial, podem ser apresentados atos jurisdicionais que necessitem da intervenção do juiz, como, por exemplo, a adoção de medida restritiva de direitos fundamentais, como a prisão preventiva.

Pode ser considerado um procedimento administrativo pré-processual que trata a investigação preliminar como uma fase preparatória, um procedimento prévio e preparatório do processo penal, sem que seja, por si mesmo, um processo penal. Será considerado administrativo, quando a sua condução estiver a cargo de um órgão estatal que não pertença ao Poder Judiciário e que não possua poder jurisdicional.

Caracteriza-se procedimento judicial pré-processual, quando a investigação preliminar estiver a cargo de um órgão que pertence ao poder judiciário e dirigir a investigação com base no poder que emana do fato de pertencer a esse poder. Tal hipótese é vislumbrada, levando-se em consideração os modelos de Itália e Portugal, entre outros, que atribuem à investigação preliminar a um Ministério Público independente do Poder Executivo e constitucionalmente incluído no Judiciário. (AMODIO 2003, p.18).

A investigação preliminar, portanto, caracteriza-se por ser um procedimento prévio ao processo penal e, por isso mesmo, de natureza pré-processual e com função preparatória do processo ou do não-processo. Ademais, em geral, os atos da instrução seguem o sistema inquisitório e revestem – predominantemente – a forma escrita e secreta, contrariando o sistema acusatório, a oralidade e a publicidade que deve predominar no processo penal. Também, devemos considerar o limitado alcance do contraditório e do direito de defesa.

Pode o processo penal, em teoria, prescindir da investigação preliminar, mas a finalidade de sua existência é dar fundamento ao processo. Todavia, pode não existir o processo e, sim, a investigação preliminar.

A investigação prévia apresenta duas características que merecem destaque: instrumentalidade e autonomia. Em primeiro lugar, se destina a esclarecer os fatos constantes da notícia de crime, fornecendo subsídios para o prosseguimento ou o arquivamento da persecução penal, portanto, um procedimento instrumental à ação penal.

Por ser instrumento a serviço de outro instrumento, que é o processo criminal, a instrumentalidade da investigação preliminar pode ser qualificada como de segundo grau e, por seu turno, destina-se à aplicação da norma penal em respeito aos direitos e às garantias individuais. (LOPES JUNIOR 2006, p. 10).

Tem o caráter instrumental da investigação criminal função dupla: uma preservadora e a outra preparatória. A primeira limita a instauração de ação penal infundada e, com isso, resguarda a liberdade do inocente e evita custos desnecessários para o Estado; a segunda destina-se a acautelar meios de prova que poderiam desaparecer com o decurso do tempo.

Sendo assim, a instrumentalidade pode ser considerada como a nota predominante da investigação preliminar, e o devido processo legal, um meio para chegar à satisfação jurídica da pretensão acusatória. A investigação é etapa prévia, mas não tem como fundamento a pena e tampouco a satisfação jurídica de uma pretensão, porém pode servir como elemento necessário para o exercício da pretensão, isto é, instrumentalizar a própria pretensão acusatória.

Pode ser considerada como instrumento que permitirá ao acusador decidir sobre acusar ou não e também servirá ao juiz, para decidir sobre a admissão do pedido (receber ou não a acusação; assim como acolher ou rejeitar o pedido de arquivamento). A investigação preliminar destina-se, então, da mesma forma, com o fulcro de evitar que prospere uma imputação e a futura ação penal infundada, evitando-se, assim, a estigmatização social.

O inquérito policial possui natureza jurídica de procedimento administrativo, tendo em vista a sua atividade estar diretamente ligada a uma autoridade com poderes jurisdicional, órgão estatal diverso do poder judiciário que tem a finalidade de fornecer

elementos que embasem a ação penal, não podendo ser considerada uma atividade judicial ou processual, mas, preparatória, tendo em vista carecer de elementos mínimos para tanto, tais como, a existência de partes que se contrapõem, uma pretensão a ser buscada ou uma sentença ao final dos atos.(MANZINI 1951, p. 120).

Conceitualmente, a inquérito policial é um conjunto de atos que interligados possuem a finalidade de esclarecer um fato delituoso, na busca da maior quantidade possível de evidências que possam embasar a denúncia. Nesse contexto, de acordo com Marques, o inquérito policial, como atividade estatal, visa a preparar a ação penal, apresentando caráter preparatório e informativo, levando ao órgão encarregado da persecução penal os elementos necessários para a dedução da pretensão punitiva em juízo. (MARQUES 1997, p. 139).

Lopes Júnior destaca que a atividade investigativa policial não pode ser confundida com uma atividade jurisdicional, nem lhe é dada natureza processual. O trabalho de investigação é tipicamente policial, e é preciso lembrar que a Constituição, em seu artigo 144, delimitou às polícias civis e federais, nas suas respectivas esferas, a função de Polícia Judiciária.

Apesar da nomenclatura de “Polícia Judiciária”, estes órgãos não pertencem aos quadros do poder judiciário, e, muito menos, os seus atos têm o *status* de ato judicial. Estas atividades investigativas são realizadas fora do processo judicial, por autoridades com poderes meramente administrativos, que lhes são delegados, ou seja, função vinculada ao Estado e aos seus órgãos administrativos. (LOPES JUNIOR 2013, 127-134).

Desta forma, é necessário que a Teoria da Natureza Jurídica do Processo mereça ser realmente revista, sob o enfoque do contraditório, o que implicará a alteração de alguns conceitos de diversos institutos processuais, vigentes em nosso ordenamento processual penal.

A partir da Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, restou alterada a redação do art. 155 do Código de Processo Penal, redigido atualmente nestes termos:

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.

Diante da alteração acima descrita, surge importante questão relativa à diferenciação entre o que se entende por atos investigação, colhidos durante a fase policial, e os atos de prova, produzidos no processo penal, embora a doutrina e a jurisprudência já apontem algumas distinções.

Dessa forma, faz-se necessário esclarecer o que sejam os elementos informativos que são obtidos na fase pré-processual, para analisar, posteriormente, problemáticas surgidas em relação à sentença condenatória/absolutória e à sua fundamentação, baseando-se nesses elementos.

Para Grinover, Cintra e Dinamarco, a prova é o instrumento apto a formar a convicção do magistrado a respeito da ocorrência ou não, dos fatos controvertidos no processo. Apresenta-se como "farol que deve guiar o juiz em suas decisões sobre as questões de fato", assim como elucidava as antigas Ordenações Filipinas.(CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 377).

Carnelutti, seguindo a mesma lógica, vincula a prova como o elemento apto a guiar o intérprete de volta ao passado, na recomposição dos fatos, na reconstrução da história. Já Pacelli (OLIVEIRA 2008, p.281), analisa a dificuldade, quase impossibilidade de se reconstruir a verdade, a partir da reconstrução dos fatos investigados no processo, "buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo", sendo essa talvez a principal função da prova. (CARNELUTTI 2010, 66-67)

A prova, como regra, é produzida na fase judicial na presença do juiz, sendo, nessa fase compulsória, a obrigatória observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sob pena de o ato ser considerado absolutamente nulo. Os princípios em comento são considerados como basilares de todo o processo, sendo infinita a sua importância. São, ao lado do princípio da presunção de inocência, verdadeiras cláusulas de garantia para a proteção do acusado frente ao aparato

persecutório penal. Constituem a base da estrutura do devido processo legal, servindo igualmente para a busca de um processo justo e equitativo.(OLIVEIRA 2008, p.323).

Vale destacar ainda a diferenciação feita por Lopes Júnior entre atos de prova e atos de investigação. Em estreita síntese, o autor defende que atos de prova são aqueles dirigidos a convencer o juiz da verdade de uma afirmação (servem à sentença), sendo produzidos durante o processo, na presença do Magistrado e sob o império dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Por outro lado, atos de investigação seriam aqueles produzidos durante a fase pré-processual, com o objetivo de formar um juízo de probabilidade e não, de certeza, servindo de fundamento para decisões interlocutórias, tais como indiciamento, adoção de medidas cautelares, etc.

Em conclusão, Lopes Júnior ensina que:

O valor dos elementos coligidos no curso do inquérito policial somente servem para fundamentar medidas de natureza endoprocedimental (cautelares etc.) e, no momento da administração da acusação, para justificar o processo ou o não processo (arquivamento).(LOPES JUNIOR 2013, p.322)

De fato, não se pode negar que existe uma diferenciação entre provas e elementos de informações, tanto que o próprio legislador assumiu essa posição no artigo 155 do Código de Processo Penal, deixando claro que as provas são apenas aquelas produzidas em contraditório judicial. Esta é, portanto, a regra dentro da persecução penal.

O processo penal tem por objetivo a reconstituição de um fato criminoso, e a sentença é construída pela história, nos termos oriundos do convencimento motivado do julgador. Em outras palavras, o processo deve ir o mais próximo possível da verdade dos fatos.

Em um passado não muito distante, a doutrina, de um modo geral, defendia a ideia de que o processo penal objetivava, sempre, uma verdade real ou material. Na atualidade, todavia, admiti-se que é impossível atingir uma verdade absoluta. Nesse

diapásão, Lima defende que: “*A prova produzida em juízo, por mais robusta e contundente que seja, é incapaz de dar ao magistrado um juízo de certeza absoluta. O que vai haver é uma aproximação, maior ou menor, da certeza dos fatos*”. (LIMA 2013 p.48).

Como se percebe, a persecução penal tem por desiderato reunir elementos que possam fornecer ao Estado-Juiz a melhor visão possível acerca do fato delituoso, subsidiando, assim, uma sentença final justa, bem fundamentada e que se aproxime da realidade dos fatos. Afinal, a verdade absoluta, coincidente com os fatos ocorridos, é um ideal, porém, impossível de ser atingido.(LIMA 2013, p. 48).

No que tange à natureza jurídica do processo, muitas teorias surgiram, sendo consideradas por alguns autores como insatisfatória e até confusas, mesmo que seguidas por muitos processualistas da atualidade.

Foi Fazzalari em 1978, após a ruptura pragmática do Estado Social para o Estado Democrático de Direito, pensando em uma reestruturação do processo como procedimento em contraditório, quem trouxe uma contribuição definitiva, conceituando o termo “procedimento”, no direito processual, da seguinte maneira:

[...] procedimento se coglie quando vi si trova de fronti ad una seri de norme ciascuna delle quali regola una determinata condotta (qualificandola come lecita o doverosa), ma enuncia come presupposto della propria incidenza el compimento di un'attività regolata da altra norma della serie, e così via fino a la norma regolatrice de un atto finale.(FAZZALARI 1992, p.60)

Partindo da ideia supracitada sobre procedimento, Fazzalari apresenta o conceito de processo distinto da ideia de procedimento, desconstruindo as ideias instrumentalizadas anteriores a ele, nas quais apresenta um processo como espécie de procedimento diferenciado pelo tratamento dado às partes que, no provimento final, sofrerá os respectivos resultados, tendo como base a participação dos mesmos em paridade de armas e situando, dessa forma, o contraditório como um elemento de suma importância para a sua estrutura, já que anteriormente se resumia a uma participação de pequena monta no processo.

Dessa maneira, conceitua Fazzalari o processo:

Si, poi, il procedimento è regolato in modo che vi partecipino anche coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato a svolgere effetti (talchè l'autore di esso debba tener conto della loro attività), e se tale partecipazione é congegnata in modo che i contrapposti interessat (quelli in senso stretto – e quelli che vogliono evitarla – controinteressati) siano su piano di simmetrica partità; allora il procedimento comprende il contraddittorio, si fa più articolato e complesso, e dal genus procedimento è consentito enucleare la species processo.(FAZZALARI, 1992, p.60).

Mas, segundo Fazzalari, para se chegar a um conceito de processo deve-se estudar a norma jurídica, traçando, assim, um perfil da teoria das formas. Conclui o autor que o processo é, de fato, uma de tais formas e, em um plano mais lógico-formal, o autor entende que a norma consiste no padrão de valoração de uma conduta, articulando-se: pela descrição do comportamento do ato que se queira regular (nela, os vários elementos e requisitos do ato são apontados); e b) pela ligação ao ato de uma das qualificações de 'lícito' ou de obrigatório'.(FAZZALARI 1992, p.77).

O ilícito não deve ser visto como uma característica da norma e assim dispõe que ilícita é a qualidade que pode ligar-se não à conduta abstrata contemplada pela norma, mas, àquela concretamente mantida por um sujeito e de forma diferente do modelo de conduta devida. Trata, então, Gonçalves de explicar tal análise e disciplinar que ela não exclui o ilícito da experiência do Direito,

mas nela ele comparece como inobservância da conduta devida, descrita pela norma substancial, pela norma de direito material. Terá ele, naturalmente, assim como o direito material cuja tutela é requerida, suas relações com o ato final, o provimento, no processo, mas não integra a sua estrutura. (GOLÇALVES 1992, p. 107).

E assim o ilícito não faz parte e não integra a estrutura do procedimento e do processo, por consequência. Como salienta Gonçalves, o que se evidencia como extraordinário nos resultados das investigações de Fazzalari é a identificação do elemento que permite definir o procedimento e do elemento que constitui a diferença específica do processo, sendo que este é um procedimento. (GOLÇALVES 1992, p. 107-115).

No mesmo sentido de Fazzalari, Morais da Rosa entende que deverá existir uma releitura da natureza jurídica do processo, tendo como base o procedimento em contraditório. Aponta que o entendimento em comento modificaria o que se entende hoje sobre diversos institutos processuais. Pretende ele, inclusive, entender a jurisdição, a partir da estrutura do processo como procedimento em contraditório.

Ainda, no que tange ao procedimento, Fazzalari o define com a seguinte estrutura: é uma série de normas, por meio da qual se regulamenta a produção do ato final que, normalmente, se trata de um provimento ou mero ato. Cada norma regula uma determinada conduta (qualificada como lícita ou devida), mas enuncia-se como pressuposto para a execução de uma conduta regulada por outra norma; e o procedimento apresenta-se como uma sequência de atos, previstos e valorados pela norma; e o procedimento compõe-se de uma série de faculdades, poderes e deveres: quantos e quais são as posições subjetivas, que se obtêm pela norma em questão. (FAZZALARI 1992, p. 77-78).

Vislumbrando o processo como procedimento, do qual o procedimento é o gênero do qual o processo é espécie, teremos como elemento definidor o contraditório. Não se pode falar, desta forma, em contraditório, quando se propõe apenas a ouvir as alegações das partes, contudo deve haver, então, uma participação dos contraditores no processo, dando a eles o mesmo grau de “combatividade”, sem privilégios a nenhuma das partes, considerando como sujeitos do processo: o juiz, os seus auxiliares, o Ministério Público, com a lei o exige, e o autor, o réu e os intervenientes.

O juiz é sujeito do processo que tem a titularidade não apenas do ato do provimento final, mas também, de provimentos, emitidos no curso do procedimento, toda vez que são emitidas decisões que ponham fim a um determinado procedimento e de outros atos que a lei lhe reserva. Vale lembrar que a participação do juiz não lhe transforma em um contraditor, ele, portanto, não participa do contraditório ou da disputa existente entre as partes, uma vez que não há interesse entre ele, o autor/réu.

De acordo com Morais da Rosa, o contraditório é, pois, a característica que diferencia o processo do procedimento. Com efeito, a legitimidade na imposição de atos

cogentes, decorrentes do poder de império, com consequências no âmbito dos jurisdicionados e, no caso do Processo Penal, dos acusados, precisa atender aos princípios e às regras, previstos no ordenamento jurídico de forma taxativa. (MORAIS DA ROSA 2006, p. 10).

Gonçalves afirma que a ideia da participação, como elemento integrante do contraditório, já era antiga, mas o conceito de contraditório desenvolveu-se em uma dimensão mais ampla, não sendo mais a mera participação efetiva das partes no processo. O contraditório é a garantia da participação das partes, porque o jogo da contradição é delas, os interesses divergentes são delas, e são elas os “interessados e os contra-interessados” na expressão de Fazzalari. Enquanto, dentre todos os sujeitos do processo, estes são os únicos destinatários do provimento final, são os únicos sujeitos do processo que terão os efeitos do provimento, atingindo a universalidade de seus direitos, ou seja, interferindo imperativamente em seu patrimônio, no caso penal, em sua liberdade. (GOLÇALVES 1992, p. 84) No entanto, o próprio Fazzalari leciona que nem sempre esse contraditório terá essa equivalência de armas entre os interessados, eis que existem casos em que a própria norma pode limitar a atuação, a atividade dos envolvidos, tanto quantitativa como qualitativamente, mas isso não descaracterizaria o processo.

E, assim, trata Fazzalari:

Ovviamente, lo schema del processo va contemplato in vitro, cioè nella sua descrizione normativa; c'è processo quante volte la norma predisponda, per il compimento di una attività, la struttura dialettica sopra indicata, anche se, nel caso concreto, gli interessati non risultino in contrasto e non attuino il contraddittorio. È, poi, appena il caso di soggiungere che, pur incidendo di norma nella fase di recognizione dell'atto, il contraddittorio non si articola, in tutti i tipi di processo.(FAZZALARI 1992, p. 870).

Fazzalari, ao discorrer sobre o direito subjetivo, propõe um entendimento a partir da relação entre o sujeito e o objeto do comportamento indiciado, indicado pela norma jurídica, o qual o coloca na posição de vantagem pelo exercício de uma faculdade ou de um poder. Por essa razão os sistemas de valoração correspondem aos métodos existentes, para que o juiz, principal destinatário das provas, lhes atribua valor, a fim de formar o seu convencimento acerca do fato litigioso que se discute no processo.

Diante disso, no sistema de apreciação das provas em sede do processo penal, dois se destacam, quais sejam: o do livre convencimento motivado, adotado atualmente pelo código de processo penal, e o da íntima convicção, da mesma forma adotado pela legislação processual penal, porém, limitado aos processos de competência do tribunal do júri.

O sistema da livre convicção ou convencimento motivado está subsidiado pelo artigo 155 do Código de Processo Penal, dispõe que o juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova. Ao julgador é dada a liberdade de apreciar a totalidade das provas trazidas aos autos, sopesando-as para, então, proferir a sua decisão motivadamente. O juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova, produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar a sua decisão exclusivamente nos elementos informativos, colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis ou antecipadas.

O sistema do livre convencimento motivado, adotado atualmente, tem previsão legal pelo direito processual civil. De acordo com o artigo 131 do Código de Processo Civil brasileiro:

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

O sistema de fundamentação de decisões se mostra contrário ao sistema de decisões adotado pelo modelo de Tribunal do Júri no Brasil, que representa seguramente um solipsismo decisório, se mostrando autoritário e desmedido, em franca contradição com os princípios que norteiam as exigências de legitimação das decisões judiciais em um modelo constitucionalizado de sociedade, Estado e Direito. (STRECK 2013, 33).

Não se pode esquecer que o Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, que solenemente se reúne, com a finalidade de julgar o pedido de condenação de alguém pela prática de fatos tipificados em lei como criminosos, não necessita fundamentar as suas decisões, nem sequer proferi-las de acordo com os preceitos legais, normalmente obedecidos pelo juiz singular. Dessa maneira, o voto de um jurado quanto à condenação

do acusado poderá ser baseado em qualquer circunstância, plausível ou não, objetiva ou subjetiva, sem que haja controle a esses fundamentos, com base inclusive em elemento produzido na fase do inquérito policial, sem a observância do contraditório ou da ampla defesa. Trata-se da soberania dessa instituição, abarcada constitucionalmente no artigo 5, inciso XXXVIII, alínea “c”.(CHOUKR 2011, p 795).

Contrapondo-se ao sistema do livre convencimento motivado, a íntima convicção, sistema adotado nos julgamentos pelo Tribunal do Júri, dá a seu julgador a liberdade de decidir, conforme as suas convicções pessoais, as suas ideias, os seus conceitos e preconceitos, na maioria das vezes, por tudo aquilo que já lhe foi "informado" acerca do caso em si. O julgamento pode se dar exclusivamente com os elementos que foram colhidos no inquérito policial, sem a necessidade de estes serem submetidos ao crivo do contraditório e à ampla defesa, afastando qualquer garantia constitucional que possa ter o acusado.

3 CONCLUSÕES

Com a constitucionalização dos direitos e das garantias do indivíduo, a sua importância se verifica não apenas sob o aspecto do reconhecimento de tais direitos pelo Estado, mas também, pela necessidade de garanti-los.

Diante de tal situação fática, duas alternativas se apresentam viáveis, quais sejam, a exclusão física do Inquérito Policial dos autos da ação penal, com o objetivo de conferir originalidade ao processo, tendo como consequência a não contaminação do juiz pelos elementos obtidos na investigação. Tal alternativa já fora objeto de estudo e deliberação, agora, porém, sob a confirmação de que a previsão legislativa do artigo 155 do Código de Processo Penal não atendeu o fim a que se destinou, na verdade, criou sério e grave precedente ao mascaramento de uma decisão fundada no Inquérito Policial, com aparência de legalidade, legitimando decisões de caráter inquisitório.

Outra alternativa seria o abandono do ranço inquisitorial, dando ao acusado o direito ao contraditório nos autos do Inquérito Policial, tornando este um processo administrativo, para, por consequência, processualizar os elementos colhidos nessa fase, dando a estes o *status* de prova, em um claro respeito ao devido processo legal, adotando,

de uma vez por todas, a Constituição Federal como ordenamento de maior valor e, se necessário, ponderando princípios que se confrontarem.

4 REFERENCIAS

AMODIO, Ennio. Il processo penale tra disgregazione e recupero del sistema. L'indice Penale, ano VI, n. 1.

ARAGONESES, Pedro Alonso. Proceso y derecho procesal. 2. ed. Madri: Edersa, 1997.

RASILEIRO DE LIMA, Renato. Manual de processo penal. 2. ed. Niterói: Impetus, 2013.

CARNELUTTI, Francesco. Direito processual penal. Campinas: Peritas, 2001, v. 2.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Código de Processo Penal. Comentários consolidados e crítica. jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FAZZALARI, Elio. Istituzioni di diritto processuale. Padova: Cedam, 1992

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

MANZINI, Vincenzo. Tratado de derecho procesal penal. Barcelona: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1951, v. I.

MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Campinas: Bookseller, 1997, v. I.

MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Campinas: Bookseller, 1997.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. O processo (penal) como procedimento em contraditório: diálogo com Elio Fazzalari. Novos Estudos Jurídicos. - ISSN Eletrônico 2175-0491, v. 11, n. 2, p. 10, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de processo penal. 10. ed. atual. de acordo com a Reforma Processual Penal de 2008. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Plácido de. Vocabulário jurídico. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 451.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto - decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.