



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Natureza Jurídica da Prova Colhida em sede de Inquérito Policial

Camila Gonçalves de Souza Vilela

Rio de Janeiro  
2012

CAMILA GONÇALVES DE SOUZA VILELA

**A Natureza Jurídica da Prova Colhida em sede de Inquérito Policial**

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof<sup>ª</sup> Mônica Areal

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro  
2012

## A NATUREZA JURÍDICA DA PROVA COLHIDA EM SEDE DE INQUÉRITO POLICIAL

**Camila Gonçalves de Souza Vilela**

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogada.

**Resumo:** o presente trabalho visa analisar o valor das provas colhidas em sede de inquérito policial e sua influência no processo judicial penal, mediante a atuação pré-judicial do órgão policial, do Ministério Público e do Juiz. Além disso, busca adequar os institutos ao sistema processual eleito pela Constituição Federal de 1988 e as recentes reformas do devido processo penal acusatório.

**Palavras-chaves:** Sistema Acusatório. Contraditório. Constituição. Prova Penal.

**Sumário:** Introdução. 1.1 Histórico. 1.2. O Sistema Acusatório. 1.3. O Acusado como Sujeito de Direitos. 1.4. O Sistema Acusatório na Constituição da República de 1988. 1.5. Controvérsias entre os Princípios e a Legislação Infraconstitucional. 2. Contraditório e Prova Penal. 2.1. O Inquérito Policial e os Direitos Fundamentais. 2.2. O Princípio do Contraditório. 2.3. O Contraditório e o Papel do Juiz no Processo Penal. 2.4. O Valor da Prova Colhida no Inquérito Policial. 2.5. Críticas ao Modelo Acusatório Vigente. 3. A Reforma do Código de Processo Penal. 3.1. Artigos Modificados no CPP. 3.1.1. Os Elementos de Informação Corroborando na Decisão Judicial Penal. 3.1.2. Os Poderes Instrutórios do juiz. 3.1.3. As Provas Periciais e o Contraditório Diferido. 4. O PLS n. 156/2009 e Novas Propostas de Reforma. Conclusão. Referências Bibliográficas.

### INTRODUÇÃO

Na busca pela delimitação do valor da prova colhida no inquérito policial e sua utilização pelo magistrado na fundamentação da sentença penal condenatória, será preciso fazer uma breve análise histórica dos sistemas processuais penais, desde o sistema de processo penal romano até os dias de hoje, representado por um Estado Democrático de Direito.

É necessário também delimitar as características do sistema processual penal de cunho acusatório e, assim, verificar a dinâmica dos sujeitos presentes no cenário da relação jurídica processual, para que possamos concluir a relação principiológica entre a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal de 1941.

A análise sobre as características do sistema acusatório recairá, sobretudo, nos postulados constitucionais da separação de poderes e dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, típicos de um modelo de Estado garantista.

Ao longo do artigo, a grande discussão também recairá sobre a prova penal e o princípio do contraditório, condição necessária para balizar os limites do valor encontrado nos elementos de informação colhidos na investigação preliminar. Importante também será fixar as funções desses elementos trazidas pela doutrina brasileira e pela jurisprudência a qual desempenhou grande papel na história do processo penal.

Por fim, a análise incidirá na recente reforma do Código de Processo Penal de 1941 que modificou alguns temas, sobretudo, o tema das provas, dando origem à Lei n. 11.690/08. O estudo da reforma abrange o exame que foi realizado pela Comissão responsável pelo anteprojeto do Código de Processo Penal sobre os postulados de um sistema acusatório e do Código Modelo de Processo Penal para Ibero – América.

## **1. HISTÓRICO DOS SISTEMAS PROCESSUAIS**

A História registra dois sistemas penais puros: o sistema inquisitório e o sistema acusatório. Porém, com a evolução dos procedimentos e com as influências das políticas criminais, encontra-se, hoje, não um sistema puramente acusatório que foi concebido no decorrer dos séculos como o modelo ideal, mas um misto, sendo relevante a definição dos sistemas para que se entenda a posição dos sujeitos ou partes na relação processual penal, o modo como atuam e o valor da prova produzida<sup>1</sup>.

O Processo Penal Romano, na sua segunda fase, a acusatória, foi de grande influência ao sistema atual, e suas características são encontradas principalmente no sistema do Tribunal

---

<sup>1</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 61-69.

do Júri<sup>2</sup>. A sua criação, pelo Estado Romano, objetivava uma persecução penal mais eficiente, uma vez que o Estado encontrava-se em expansão territorial e necessitava exercer a sua supremacia política perante os povos conquistados<sup>3</sup>.

O sistema romano, através da lei escrita, permitia uma aplicação do Direito pelo juiz de forma mais equânime, além de ser permitida a fiscalização das investigações pelo próprio cidadão romano no interesse da sociedade. Os órgãos - acusatório e judicial - possuíam funções previamente delimitadas que não se confundiam, ao contrário do que ocorria no sistema inquisitório, sendo dotados, portanto, de autonomia política e funcional.

O processo, instaurado pela acusação, respeitava o princípio do *nemo in iudicium tradetur sine accusatione* e a relação entre as partes contava com uma estrutura dialética através do princípio do contraditório e da ampla defesa, uma vez que o acusado era sujeito de direitos e de garantias fundamentais. Posteriormente, essa dinâmica foi modificada pelo Império Romano, influenciado pela Igreja Católica e suas práticas inquisitorialistas.

O Direito Canônico e a formação da estrutura feudal através do poder centralizado do Rei e da Igreja Católica determinaram a criação de um novo sistema em busca da verdade real, que se utilizava de práticas de tortura e anulava quaisquer direitos do acusado, sob o fundamento de coibir a heresia e a usura. É o chamado Sistema Inquisitório<sup>4</sup>, que tratava o acusado como objeto de investigação e acusação e considerado culpado previamente. O sistema confundia o órgão que acusava com o órgão que julgava, sendo capaz de dispensar as provas produzidas pela defesa<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> “Até hoje, no procedimento do sobredito Tribunal, adota-se procedimento similar àquele das *questiones perpetuae*, notadamente quanto à: (i) forma de recrutamento dos jurados: cidadãos de notória idoneidade, cujos nomes constam de lista anualmente confeccionada pelo juiz-presidente (CPP, ARTS. 436, 439, 440 e 441); (ii) denominação dos componentes do órgão judicante popular: jurados (CPP, art. 433); (iii) formação do órgão judicante mediante sorteio (CPP, arts. 427, 428 e 429); (iv) recusa de certo número de sorteados, sem necessidade de motivação (CPP, art. 459, § 2º); (v) prestação de juramento por parte dos jurados (CPP, art. 464); (vi) metodologia de votação, mediante resposta simples e objetiva: sim ou não (CPP, art. 485); (vii) decisão tomada por maioria de votos (CPP, art. 488); (viii) soberania dos veredictos (CR/88, ART. 5º, XXXVIII, c); (ix) atribuição do juiz-presidente (CPP, art. 497); (x) indispensabilidade de comparecimento do acusado para realização do julgamento (CPP, ART. 449)”. SAAD, Marta; MALAN, Diogo Rudge. *Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo. Revista dos Tribunais*, São Paulo, Vol. 842, Ano 94, p.421, 2005.

<sup>3</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 20-21.

<sup>4</sup> PRADO, Geraldo. *Op. cit.*, p. 78-88.

<sup>5</sup> SAAD, Marta; MALAN, Diogo Rudge. *Op. cit.*, p. 421-431. Nesse item os autores determinam as características do processo penal canônico e o sistema da inquisição.

## 1.1. O SISTEMA ACUSATÓRIO

Segundo Ferrajoli<sup>6</sup>, o sistema acusatório é composto de amplas garantias às partes e ao próprio procedimento jurisdicional:

[...] se pode chamar acusatório a todo sistema processual que concebe o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o juízo como uma contenda entre iguais iniciada pela acusação, a quem compete o ônus da prova, enfrentada a defesa em um juízo contraditório, oral e público e resolvida pelo juiz segundo sua livre convicção.

O sistema acusatório<sup>7</sup> é regido pelo princípio acusatório, que com ele não se confunde, compreendendo um conjunto de direitos e garantias fundamentais inseridas no devido processo legal e que tornam o acusado sujeito de direitos e presumido inocente antes da sentença que transita em julgado.

O devido processo legal exige a delimitação expressa das funções de acusar e julgar, compondo órgãos autônomos e independentes<sup>8</sup>, assegurando um provimento jurisdicional imparcial<sup>9</sup>, segundo o livre convencimento motivado do juiz, e a dignidade da jurisdição. Nesse sentido, entende Frederico Marques que:

[...] o acusatório traduz a regra de que a descoberta da verdade se opera através do exercício de funções específicas e distintas, dos órgãos fundamentais do processo. O

---

<sup>6</sup> FERRAJOLI apud PRADO, Geraldo. Op. cit., p. 153.

<sup>7</sup> Giovanni Leone diz que a origem do sistema acusatório se vincula a uma concepção democrática, tanto é assim, que foi adotado por antigos regimes democráticos e republicanos. O processo acusatório tem como causa natural e imediata de que em uma democracia a autoridade soberana está em todos os membros da organização política. LEONE, Giovanni apud BASTOS, Marcelo Lessa. *A investigação nos crimes de ação penal de iniciativa pública*: papel do Ministério público; uma abordagem à luz do sistema acusatório e do garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.23.

<sup>8</sup> Portanto, cada órgão público deve exercer suas prerrogativas sob o princípio da indeclinabilidade, ou seja, nem a competência e muito menos a atribuição jurisdicional poderão ser delegadas ou prorrogadas a outros órgãos, pois cabe ao Estado resolver a lide da melhor forma possível, não se esquivando desse dever. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, n.1, 2001, p. 36.

<sup>9</sup> ABADE, Denise Neves. Garantias do processo penal acusatório, In: *Garantias do processo penal acusatório: o novo papel do ministério público no processo penal de partes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 134.

que define e caracteriza a forma acusatória, como resultado do princípio homônimo, é a existência real, segundo **FLORIAN**, das três funções essenciais e básicas do processo: a função de acusar, a de defender e a de julgar. Onde os órgãos dessas atividades fundamentais são distintos e independentes, há um processo de partes, de forma acusatória.

O magistrado fica afastado da fase investigatória e não é considerado parte na relação processual, justamente para preservar a igualdade e o equilíbrio entre o órgão que acusa e a defesa, sendo, além disso, além de mediador, o garantidor da legalidade e da efetivação dos direitos do acusado na busca da verdade processual.

## 1.2. O ACUSADO COMO SUJEITO DE DIREITOS

Ao contrário do que estabelecia o sistema inquisitivo, o acusado passa da categoria de objeto de investigação e acusação para a classe de sujeito de direitos e garantias fundamentais. Como entende Denise Neves Abade<sup>10</sup>:

[...] sempre que as medidas processuais que facilitam a aplicação do *jus puniendi* entrarem em colisão com o *jus libertatis*, deverão ser ponderados o interesse estatal de persecução penal e os interesses dos cidadãos na manutenção do mais amplo grau de eficácia dos direitos fundamentais.

Principal corolário do princípio acusatório é conceituado por Amilton B. de Carvalho<sup>11</sup> que entende que o princípio da Presunção de Inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é ‘pressuposto’, nesse momento histórico, da condição humana. Esse pressuposto pode ser desconstituído pelo órgão que acusa que deve estar em paridade de condições com a defesa, no seu sentido material e técnico. Como entende Geraldo Prado<sup>12</sup>, “a compatibilidade com o princípio acusatório dependerá de a defesa concretamente estar em condições de participar em contraditório do processo (...).”

---

<sup>10</sup> IBID., p. 128.

<sup>11</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de apud LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit., p. 185.

<sup>12</sup> PRADO, Geraldo. Op. cit., p. 122.

Inerentes ao processo são os aspectos da oralidade e publicidade, condições de eficácia e validade dos processos. É através da oralidade que se inicia a retórica e a dialética, compondo a estrutura fundamental do devido processo legal. Quanto ao princípio da publicidade, permite às partes do processo o conhecimento dos atos praticados a fim de que possam contestá-los, condicionando o seu direito de defesa e contraditório, e à coletividade a possibilidade de fiscalização dos atos do poder público, uma vez que existe transparência através deste princípio que não é absoluto, como ocorre na fase investigatória.

O princípio da publicidade está previsto no art. 5º, inciso LX, da Constituição da República que diz que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Além de que é primordial a publicidade e a motivação das decisões como reza o art. 93, IX do mesmo diploma:

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

### **1.3. O SISTEMA ACUSATÓRIO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988**

O sistema processual penal eleito pela Constituição da República é o sistema acusatório, consequência lógica, tendo em vista a previsão de inúmeros direitos e garantias fundamentais de um Estado Democrático de Direito que devem conviver proporcionalmente com as políticas criminais. Essa é a conclusão a que chega Frederico Marques<sup>13</sup>:

[...] patente está que as leis ordinárias do direito judiciário penal, em nosso país, devem consagrar, em face das garantias acima expostas, o sistema acusatório, e repelir, por isso mesmo, o procedimento inquisitivo, tanto mais que, estatuída a separação e independência de poderes (...), o órgão julgador encarna uma função soberana do Estado, distinta da dos demais poderes.

---

<sup>13</sup> MARQUES, José Frederico. Do Processo Penal Acusatório. In: *Estudos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense. 1960, p. 25.

Estão consagrados na Carta Constitucional os princípios da igualdade das partes (art. 5º, *caput*, da CF/88<sup>14</sup>), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da CF/88<sup>15</sup>), da imparcialidade do juiz (art. 5º, LIII e XXXVII<sup>16</sup>) e a titularidade da pretensão punitiva do Ministério Público<sup>17</sup>. Portanto, uma gama de garantias de efetividade do devido processo legal que permitem concluir pela eleição do sistema acusatório. O Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 84580 de 25 de agosto de 2009, Relator Ministro Celso de Mello, afirma esse entendimento:

E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - RESPONSABILIDADE PENAL DOS CONTROLADORES E ADMINISTRADORES DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - LEI Nº 7.492/86 (ART. 17) - DENÚNCIA QUE NÃO ATRIBUI COMPORTAMENTO ESPECÍFICO E INDIVIDUALIZADO AOS DIRETORES DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - INEXISTÊNCIA, OUTROSSIM, DE DADOS PROBATÓRIOS MÍNIMOS QUE VINCULEM OS PACIENTES AO EVENTO DELITUOSO - INÉPCIA DA DENÚNCIA - PEDIDO DEFERIDO. PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO - OBRIGAÇÃO DE O MINISTÉRIO PÚBLICO FORMULAR DENÚNCIA JURIDICAMENTE APTA. - O sistema jurídico vigente no Brasil - tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático - impõe, ao Ministério Público, notadamente no denominado "reato societário", a obrigação de expor, na denúncia, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação de cada acusado na suposta prática delituosa. - O ordenamento positivo brasileiro - cujos fundamentos repousam, dentre outros expressivos vetores condicionantes da atividade de persecução estatal, no postulado essencial do direito penal da culpa e no princípio constitucional do "due process of law" (com todos os consectários que dele resultam) - repudia as imputações criminais genéricas e não tolera, porque ineptas, as acusações que não individualizam nem especificam, de maneira concreta, a conduta penal atribuída ao denunciado.

<sup>14</sup> Art. 5º, *caput*, da CR/88: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

<sup>15</sup> Art. 5º, LV, da CR/88: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

<sup>16</sup> Art. 5º, XXXVII, da CR/88: não haverá júízo ou tribunal de exceção; e LIII: ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

<sup>17</sup> Art. 129, I, da CR/88: São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

Em que pese o juízo formulado pela Suprema Corte, a doutrina<sup>18</sup> entende que essa escolha seria meramente formal, tendo em vista que os princípios consagrados se encontram em contradição com as leis infraconstitucionais.

#### **1.4. CONTROVÉRSIAS ENTRE OS PRINCÍPIOS E A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL**

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho<sup>19</sup> afirma que o sistema processual brasileiro seria inquisitorial, composto por características acusatórias de segundo plano e misto formalmente. Segundo o autor, a atividade do juiz no processo penal é a principal indicação que o faz a chegar a esta opinião, citando como exemplos os artigos: 5º, II; e 156 do CPP/41 que prevêem, respectivamente, a possibilidade de instauração de ofício de inquérito pelo magistrado e a determinação de produção de provas e diligências. Nesse sentido, suplica por rápida reforma no Processo Penal.

Em sentido contrário, Ada Pellegrini Grinover<sup>20</sup>, que parece estar com a razão quando destaca que “o conceito de processo acusatório e de processo de partes (...) nada tem a ver com a iniciativa instrutória do juiz no processo penal” que é inerente ao papel no juiz que adquire nova função social, diferente do juiz neutro que incentiva o contraditório e o equilíbrio das partes no processo, porque ninguém melhor que o juiz para avaliar se as provas são suficientes ou não ao seu convencimento que não significa a busca pela verdade real, e sim, da verdade processual. O juiz ao determinar a produção de provas durante a fase processual não toma uma atitude parcial, até mesmo porque não tem como saber previamente do resultado daquela prova. Portanto, segundo a Autora:

[...] não pode ele ser visto como mero espectador de um duelo judicial de interesse exclusivo dos contendores. Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção

---

<sup>18</sup> MALAN, Diogo Rugde. Palestra “Inovações nas Provas (Lei 11.690)” no seminário “A Reforma do Código de Processo Penal”, Puc-Rio, em 2008.

<sup>19</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3-56.

<sup>20</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo acusatório. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 77-86.

da integridade do ordenamento jurídico, para o atingimento da paz social, o juiz deve desenvolver todos os esforços para alcançá-lo.

De fato, existem normas incompatíveis no Código Processo Penal de 1941 e na Constituição da República as quais reclamam reformas imediatas. É o caso do art. 5º, II, do CPP/41 que prevê a possibilidade do juiz requisitar a instauração de inquérito policial o que acaba por comprometer sua imparcialidade, uma vez que sua atuação se restringe à sua motivação pela denúncia no processo penal, assim como ocorre no caso da possibilidade do juiz determinar a produção probatória no art. 156, do CPP/41.

Segundo Geraldo Prado<sup>21</sup>, esses artigos seriam inconstitucionais, pois compete apenas à autoridade policial, ao órgão acusador e a defesa a produção das provas no processo, sendo da competência do juiz apenas a fiscalização dos atos em nome da garantia dos direitos fundamentais, mediante requerimento do Ministério Público e da Polícia. Portanto, sua inafastabilidade do inquérito policial no que tange a produção probatória é fundamental ao regular exercício do devido processo legal acusatório.

## 2. O INQUÉRITO POLICIAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O inquérito policial é procedimento administrativo de persecução criminal, inquisitório, de instrução provisória<sup>22</sup>, escrito<sup>23</sup>, sigiloso<sup>24</sup> e de competência da Polícia Judiciária<sup>25</sup>, órgão responsável pelos atos essenciais de investigação. Os elementos colhidos

<sup>21</sup> PRADO, Geraldo. Op. cit., p. 173-183.

<sup>22</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. V. 1. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 151-153.

<sup>23</sup> Art. 9º do Código de Processo Penal: “Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade”.

<sup>24</sup> Art. 20, *caput*, do Código de Processo Penal: “A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”. Esse segredo externo é restrito a terceiros em relação ao delito já que é permitido ao defensor o acesso aos autos do inquérito conforme súmula vinculante nº 14, DJ 9.02.2009: “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”.

<sup>25</sup> Art. 144, § 1º, IV: “A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União”; § 4º, da CR/88: “Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”. Art. 4º do CPP: “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas

em sede de inquérito têm o objetivo de construir a *opinio delicti* do Ministério Público que, com base nesses elementos, decide sobre a instauração ou não da ação penal, através da denúncia ou arquivamento do inquérito, respectivamente, e fundamentar pedidos com caráter cautelar.

Porém, tendo em vista a consagração dos direitos fundamentais na Constituição Federal, é possível afirmar que mesmo em sede de investigação policial os direitos e garantias fundamentais são aplicados, em que pese essa aplicação ser em uma escala bem reduzida.

Segundo Fauzi Hassan Choukr<sup>26</sup>, independentemente da posição do indiciado ou acusado nas fases processuais, é imprescindível sua condição de pessoa humana, devendo o Estado se posicionar numa postura ética e democrática e admitir que, mesmo na fase pré-processual, o investigado é presumido inocente (art. 5º, inciso LVII, da CF/88<sup>27</sup>). Além de ser considerado culpado somente após o trânsito em julgado de sentença penal, não é obrigado a produzir provas contra a si mesmo<sup>28</sup>, nos termos do art. 5º, inciso LXIII, da CF/88: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Aury Lopes Junior<sup>29</sup> ensina que:

Ao iniciar o estudo do inquérito policial, é importante destacar que estamos analisando um instrumento em crise, que exige uma leitura crítica e sem dúvida constitucional-garantista(...). É imprescindível uma leitura crítica do CPP, para que ele seja adequado à Constituição, e não o contrário. O sujeito passivo não deve mais ser considerado um mero objeto da investigação, pois, em um Estado de Direito como o nosso, existe toda uma série de garantias e princípios de valorização do indivíduo que exigem uma leitura constitucional do CPP, no sentido de adaptá-lo à realidade.

---

circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”.

<sup>26</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 3-17.

<sup>27</sup> A presunção de inocência é princípio fundamental previsto na CF/88 em seu art. 5º, inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

<sup>28</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica). *Revista do Advogado n° 42*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1994, p. 31.

<sup>29</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 145.

O investigado, como também sujeito de direitos, em que pese a natureza inquisitória do inquérito policial, tem a garantia de acesso aos autos pelo seu advogado. A questão foi pacificada nos Tribunais Superiores como corolário do princípio da ampla defesa e o STF editou a súmula vinculante nº 14:

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.

### 3. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Nelson Nery Junior ensina que:

[...] como decorrência do princípio da paridade das partes, o contraditório significa dar as mesmas oportunidades para as partes e os mesmos instrumentos processuais para que possam fazer valer os seus direitos e pretensões, ajuizando ação, deduzindo resposta, requerendo e realizando provas, recorrendo das decisões judiciais etc..

O princípio do contraditório tem como fundamento político a tese de Luhmann sobre *legitimação pelo procedimento*<sup>30</sup>. Ela diz que o exercício do poder de Estado direcionado aos seus destinatários só tem legitimidade quando, no decorrer da construção destes atos, há participação desses mesmos destinatários.

Segundo entende Cândido Rangel Dinamarco, o princípio do contraditório tem dupla função:

[...] significa em primeiro lugar que a lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo e o juiz deve franquear-lhes esses meios. Mas significa também que o próprio juiz deve participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia deste resolve-se, portanto, num direito das partes e deveres do juiz.

<sup>30</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 124-125.

É, portanto, a oportunidade de participação e de reação sobre os atos processuais, tanto da defesa, como do órgão da acusação, cuja finalidade é obter um provimento judicial baseado no devido processo legal.<sup>31</sup>

Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci<sup>32</sup> afirmam a possibilidade de aplicação do princípio do contraditório na fase do inquérito policial através de uma leitura extensiva do artigo 5º, inciso LV, da CF/88 que prevê a garantia do contraditório e da ampla defesa nos processos judiciais e administrativos. Segundo os autores, a fase pré-processual seria formalmente um processo administrativo, em que pese o legislador ter utilizado apenas o termo *processo*.

A doutrina<sup>33</sup> diz que a natureza jurídica inquisitorial do inquérito policial não permite esse entendimento, uma vez que o indiciado é mero investigado e não há composição de lide a justificar o exercício do contraditório, além de ser de competência de autoridade administrativa, o que não se confunde com o direito do advogado em ter acesso aos autos do inquérito (súmula vinculante n.14). Antônio Scarance Fernandes<sup>34</sup> também compõe a maioria da doutrina que assim entende, afirmando que a Constituição da República é bastante clara no art. 5º, inciso LV quando se refere ao vocábulo *processo*.

O Supremo Tribunal Federal pacificou a questão no Habeas Corpus nº 82354/PR, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence (d.j.de 24.09.04):

Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio.

Portanto, chega-se a conclusão que não há contraditório em sede de investigação penal, ou pelo menos existe um contraditório mitigado, uma vez que o indiciado tem direito

---

<sup>31</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 138.

<sup>32</sup> TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido Processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 27.

<sup>33</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. Op. cit., p. 123-128.

<sup>34</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2000, p. 56-57.

ao acesso dos autos do inquérito para exercer posteriormente o seu direito de defesa quando do recebimento da denúncia pelo juiz.

É conferido às partes o direito de discutir sobre a forma de admissão da prova introduzida no processo, se manifestar sobre a legalidade das provas já produzidas, terem oportunidade de participar de todos os atos de composição das provas e por fim, questionar os resultados dos procedimentos de valoração das provas<sup>35</sup>.

Estimular a efetiva participação das partes na produção de provas e invocação de suas razões é dar efetividade ao princípio do contraditório em um processo penal com a natureza de mínima disponibilidade. Os poderes cedidos ao juiz para que verifique o equilíbrio das situações entre defesa e acusação não afeta a sua imparcialidade no processo, ao contrário, apenas a mantém, já que as provas e alegações serão produzidas em situações de igualdade material em efetivo contraditório. Segundo Ada Pellegrini Grinover:

Assim sendo, o contraditório não se identifica com a igualdade estática, puramente formal, das partes no processo; não exprime a simples exigência de que os sujeitos possam agir em plano de paridade; nem determina ao juiz o mero dever de levar em conta a atividade de ambos, permitindo que façam ou até que deixem de fazer alguma coisa. O contraditório, como contraposição dialética paritária e forma organizada de cooperação no processo, constitui o resultado da moderna concepção da relação jurídica processual, da qual emerge o conceito de *par condicio*, ou igualdade de armas.

O juiz da causa vai analisar as provas que foram produzidas em processo judicial, tendo em vista que as provas colhidas em sede de inquérito não podem servir de fundamento para o seu livre convencimento, uma vez que não foram submetidas ao contraditório. Essas provas, portanto, servirão apenas para a formação da opinião delicti do Ministério Público e de fundamento das medidas cautelares que visam proteger ameaças contra os direitos fundamentais.

O art. 155 do Código de Processo Penal, na sua nova redação dada pela Lei nº 11.690/08 faz referência ao princípio:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente

---

<sup>35</sup> GOMES FILHO. Antônio Magalhães. Op. cit., p. 147-148.

nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Desse modo, o exercício do contraditório é condição de existência das provas colhidas em juízo. Portanto, concluiu Antônio Magalhães Filho<sup>36</sup> que:

[...] o desrespeito à contraditoriedade atinge a própria essência da prova considerada na decisão; aqui não se tem uma prova simplesmente *irregular*, mas, na verdade, uma *não-prova*, ato sem a mínima aptidão para fundar o raciocínio judicial.

### 3.1. CONTRADITÓRIO E O PAPEL DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

O juiz tem o dever de observar e estimular o princípio do contraditório, ao contrário de sua posição inerte do antigo processo penal, devendo conduzir o processo através da observância dos direitos e garantias fundamentais e finalizar o provimento judicial pelo critério do livre convencimento motivado. Antônio Magalhães Gomes Filho<sup>37</sup> entende pela vinculação entre liberdade e responsabilidade nessa atividade jurisdicional:

[...] na motivação devem estar explicitados todos os passos percorridos pelo magistrado para chegar à conclusão, representando, por isso, o ponto de referência obrigatório para a verificação da imparcialidade, do atendimento às prescrições legais e do efetivo exame das questões suscitadas no processo pelas partes (...) é por meio dela que será possível distinguir a decisão arbitrária, fruto exclusivo do poder, daquela amparada pela prova capaz de superar a presunção de inocência do acusado, ou seja, resultante de um saber; só através da indicação dos motivos da decisão será viável constatar a existência de um nexo entre o convencimento e as provas produzidas.

Conforme art. 93, inciso IX da Constituição da República, a motivação das decisões é garantia das partes no processo e garantia da própria jurisdição<sup>38</sup>:

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

<sup>36</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães (2). Op. cit., p. 169-170.

<sup>37</sup> Ibid., p. 163-165.

<sup>38</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. Op. cit., p. 119.

#### 4. O VALOR DA PROVA COLHIDA NO INQUÉRITO POLICIAL

As provas colhidas em sede investigatória têm natureza de elementos de informação, cuja finalidade é a formação de um juízo de probabilidade pelo Ministério Público e fundamentar as medidas cautelares, provas irrepetíveis e antecipadas. Têm seu valor probatório bastante limitado o que é possível concluir pelo disposto no art. 12 do Código Processual Penal<sup>39</sup> quando diz que o inquérito policial deve acompanhar a denúncia ou a queixa para permitir ao juízo decidir sobre a admissibilidade ou não da acusação.

Porém, a realidade judiciária penal mostra que esse ideal não ocorre. De fato, os autos dos inquéritos policiais são anexados às denúncias, fazendo com que o juiz, que deveria ser imparcial, tenha acesso a esses elementos de informação. Portanto, diante dessa situação, propõe-se a cisão física entre o inquérito policial e a ação penal, e, ainda, a existência de um juiz de garantias apto a analisar as medidas cautelares e a admissibilidade da denúncia, como ocorre na estrutura processual italiana, segundo Aury Lopes Junior<sup>40</sup>:

Elogiável, sem dúvida, a técnica adotada pelo sistema italiano, de eliminar dos autos que formarão o processo penal todas as peças da investigação preliminar (*indagine preliminare*), com exceção do corpo de delito e das antecipadas, produzidas no respectivo incidente probatório. Como explicam Dalia e Ferraioli, um dos motivos da clara distinção entre o procedimento *per le indagini preliminari* e o processo é exatamente evitar a contaminação do juiz pelos elementos obtidos na fase pré-processual.

Abre-se uma exceção à produção antecipada de provas, às provas irrepetíveis e às medidas cautelares pela própria natureza das provas e necessidade de garantia dos direitos fundamentais. No caso delas, o contraditório será mitigado<sup>41</sup> e postergado ao momento do processo, uma vez que é direito das partes contestarem as provas produzidas anteriormente, seja no seu sentido técnico, seja a sua própria confirmação no caso das medidas cautelares. O

<sup>39</sup> Art. 12 do CPP: “O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra”.

<sup>40</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit., p. 140.

<sup>41</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães apud MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis et al.. *As Reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 252-254.

objetivo essencial é não comprometer o provimento jurisdicional e evitar as eminentes violações aos direitos e garantias. Podemos elencar como exemplo o exame de corpo de delito, perícias e depoimento de testemunhas<sup>42</sup>. Nesses termos, Ada Pellegrini Grinover conclui que a finalidade é assegurar o resultado da prova, ainda na primeira fase da *persecutio criminis*, ou seja, no inquérito policial:

*O periculum in mora* e o *fumus boni iuris* autorizam e exigem mesmo a antecipação dessas provas, *ad perpetuam rei memoriam*. Mesmo com relação a tais cautelas, contudo, não se pode olvidar o princípio do contraditório, simplesmente deslocado para momentos sucessivos.

Em suma, é possível concluir que a natureza jurídica da prova colhida em sede de inquérito policial não é de prova em seu sentido técnico, mas sim de elementos informativos. Elementos que cumprem importante papel, uma vez que são capazes de fundamentar medidas cautelares e ajudar na formação da *opinio delicti* do membro do Ministério Público quando da ação penal.

## 5. CRÍTICAS AO MODELO ACUSATÓRIO VIGENTE

A influência da fase investigativa na fase judicial e a ausência de um juiz de garantias durante a investigação policial ainda persistem e são as principais questões a serem criticadas. É cediço que o juiz do processo deve ser imparcial e não deveria ter acesso aos autos do inquérito policial, porque as provas nele produzidas não são submetidas ao crivo do contraditório. Portanto, a proposta de Fauzi Hassan Choukr<sup>43</sup> é o afastamento desses elementos através da cisão física entre o inquérito e a ação penal, e ainda, jurisdicionalizar as medidas cautelares.

No direito processual penal brasileiro o juiz que analisa as questões atinentes ao inquérito é o mesmo que julga a causa principal. A doutrina traz a solução através do juiz

<sup>42</sup> Art. 225, do CPP: “Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao mesmo tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento”.

<sup>43</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. Op. Cit., p. 131-139.

garantidor de direitos fundamentais, exclusivo para a fase investigatória e outro para a processual. Fauzi Hassan Choukr<sup>44</sup> conclui as críticas da seguinte forma:

A situação seria diferente se, num primeiro momento, tivéssemos uma saudável separação dos autos da investigação dos definitivos e, ainda, se, dentro de uma reestruturação do sistema judiciário, tivéssemos um juiz para atuar no primeiro contato com a notícia da apuração do delito diverso daquele que julgasse o mérito da causa.

## 6. A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A reforma do Código de Processo Penal de 2008 foi realizada pelas seguintes leis: Lei n. 11.690/08, Lei n. 11.689/08 e Lei n. 11.719/08. A comissão responsável pelas propostas de reforma, presidida pela Jurista Ada Pellegrini Grinover, propôs uma reforma parcial, tendo em vista às dificuldades criadas pelo Congresso Nacional, mas tentou utilizar como referência o Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América de 1988.

Esse código modelo teve como colaboradores técnicos diversos juristas argentinos e brasileiros, entre eles Julio Maier e Ada Pellegrini Grinover, tendo como inspiração: as propostas de juristas, o Código de Processo Penal da Alemanha Federal e, sobretudo, as declarações e pactos internacionais - Declaração Universal de Direitos Humanos e o Pacto de São José da Costa Rica, por exemplo, cujo objetivo foi a criação de uma unidade legislativa entre as comunidades culturais homogêneas ibero-americanas para estimular possíveis reformas de códigos nacionais que ainda contém resquícios do inquisitorialismo, entre elas, a separação dos elementos de informação dos autos da ação penal e a criação de um juízo de investigações prévias.<sup>45</sup>

Porém, no que tange ao assunto, a reforma pela Lei n. 11.690 – provas no processo penal - foi parcial e tímida, tendo em vista as propostas da comissão, que, entre elas, buscava a aprovação pela separação dos autos do inquérito da ação penal.

---

<sup>44</sup> Ibid, p. 131-139.

<sup>45</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em evolução*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 206-208.

No anteprojeto, em seu art. 6º, §1, foi previsto que “instaurado inquérito, as diligências previstas nos incisos V e VII deverão ser realizadas com prévia ciência do Ministério Público e intimação do ofendido e do investigado”. Na tentativa de evolução no tratamento das provas, a previsão da participação das partes em contraditório durante a produção de provas periciais acabou não sendo aprovada.

O art. 7º, § único, do Anteprojeto que previu que “os elementos informativos da investigação criminal *não poderão* constituir fundamento da sentença, ressalvadas as provas irrepetíveis cautelares, que serão submetidos ao contraditório diferido” também não foi aprovado. O objetivo era a vinculação deste último artigo à previsão do art. 155, do CPP, mas o Congresso Nacional acabou apenas acrescentando o advérbio *exclusivamente* à atual redação do artigo 155, fazendo com que o juiz conclua pela possibilidade de introdução de elementos de informação na sentença penal como fundamento do seu livre convencimento.

Mais uma vez, afastado também o art. 399 do Anteprojeto sobre a cisão física do inquérito policial em relação à ação penal. Segundo Petrônio Calmon Filho<sup>46</sup>, “a proposta se mostrou inovadora em excesso”.

## **7. ARTIGOS MODIFICADOS NO CPP**

Alguns artigos do Código de Processo Penal foram modificados, cabendo aqui a análise dos art. 155, 156, 157 e 159 após a reforma. Diante de toda a discussão sobre os elementos de informação, o sistema acusatório e o princípio do contraditório, esses foram os dispositivos que trouxeram as fundamentais mudanças sobre as questões expostas.

### **7.1 OS ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO CORROBORANDO NA DECISÃO JUDICIAL PENAL**

---

<sup>46</sup> CALMON FILHO, Petrônio. A investigação criminal na reforma do código de processo penal: agilidade e transparência, *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 34, abr./jun. 2001, p. 76.

Os artigos 155 e 157 do Código de Processo Penal de 1941 foram modificados e unificados em apenas um artigo pela Lei n. 11.690. A redação antiga era a seguinte:

**Art. 157.** O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.

**Art. 155.** No juízo penal, somente quanto ao estado de pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.

O Projeto de Lei n. 4.205/01, de autoria da Comissão responsável pela proposta, previa o seguinte:

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

**Parágrafo único.** Somente quanto ao estado de pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Porém, o artigo aprovado pela Lei n. 11.690/08 possui uma importante modificação que alterou bastante o sentido do dispositivo proposto pela Comissão de Ada Pellegrini. O artigo, finalmente, ficou da seguinte forma:

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

**Parágrafo único.** Somente quanto ao estado de pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

O Congresso Nacional não acolheu a redação original, proposta da Comissão do PL n. 4.205/01, que excluía qualquer apreciação do juiz sobre os elementos informativos e acabou introduzindo o vocábulo *exclusivamente*, permitindo que o magistrado fundamentasse a decisão penal condenatória também com base em provas produzidas no inquérito. A

doutrina<sup>47</sup> faz a ressalva que isso é possível, desde que existam também as provas produzidas em contraditório<sup>48</sup> e que estas concorram com os elementos informativos. Desta forma, esses elementos, sozinhos, jamais poderão sozinhos servir de apoio ao juiz. Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme o Habeas Corpus nº 107288:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA. SENTENÇA PROFERIDA PELO TRIBUNAL DO JÚRI TRANSITADA EM JULGADO. REVISÃO CRIMINAL JULGADA IMPROCEDENTE. PRETENSÃO DE REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE EM HABEAS CORPUS. 1. Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais no julgamento de revisão criminal do qual se extrai que A CONDENAÇÃO IMPOSTA NÃO SE FUNDAMENTOU APENAS EM PROVAS PRODUZIDAS EM INQUÉRITO POLICIAL, POIS FORAM CORROBORADAS POR PROVA PRODUZIDA EM JUÍZO. 2. Julgado objeto da presente ação em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual não é possível reexame de provas em habeas corpus. 3. Ordem denegada. (HC 107228; Rel. Min. Cármen Lúcia; d.j. de 07.06.11)

## 7.2. OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

O artigo 156 do Código de Processo Penal que fazia referência aos poderes instrutórios do magistrado também foi alterado pela Lei n. 1.690/08. A antiga redação era a seguinte:

<sup>47</sup> “(...) a prova extrajudicial isoladamente considerada, não se revela apta a fundamentar uma decisão. No entanto, não deve ser totalmente ignorada, podendo se agregar à prova produzida em juízo, servindo como mais um elemento na formação da convicção do julgador, sobretudo porque colhida, via de regra, de forma imediata, logo após a prática delituosa”. GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 269-270.

<sup>48</sup> Antônio Magalhães Gomes Filho entende que a redação modificada pelo Congresso Nacional induz que a prova produzida em contraditório judicial seja convergente com os elementos informativos constantes no inquérito policial e, com isso, produzam o mesmo resultado. Conforme o exemplo demonstrado, “Pense-se, para exemplificar, na situação em que as informações do inquérito policial apontem para a ocorrência de um furto qualificado. Se as provas produzidas em contraditório judicial somente confirmarem a subtração, mas nada disserem sobre qualificadora, em relação a esse último fato não haverá convergência e, portanto, o juiz não poderá sobre ele formar o seu convencimento exclusivamente com base nas informações do procedimento investigatório”. GOMES FILHO, Antônio. Op. cit., p. 252.

**Art. 156.** A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

A proposta da Comissão no Projeto de Lei, ao contrário do que realmente prega o Sistema Acusatório, acabou ampliando esses poderes para que o juiz pudesse, de ofício, determinar a produção de provas antecipadas urgentes e relevantes, mesmo antes de iniciada a ação penal e a realização de diligências para dirimir dúvidas. A finalidade seria a existência de um juiz mais atuante na proteção dos direitos fundamentais e, portanto, o dispositivo merece uma interpretação conforme a Constituição. Segundo Ada Pellegrini Grinover<sup>49</sup>:

Trata-se da função social do processo, que depende de sua efetividade. Nesse quadro, não é possível imaginar um juiz inerte, passivo, refém das partes. Não pode ele ser visto como mero espectador de um duelo judicial de interesse exclusivo dos contendores. Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, para o atingimento da paz social, o juiz deve desenvolver todos os esforços para alcançá-lo. Somente assim a jurisdição atingirá seu escopo social.

O dispositivo do Projeto de Lei foi aprovado na sua redação original, mas incluída a expressão *de ofício* no caput, conclusão que poderia ser interpretada à luz dos seus poderes, mesmo sem esta inclusão expressa:

**Art. 156.** A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

**I** – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

**II** – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

O Supremo Tribunal Federal no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 88320/PI já entendia nesse sentido, antes da Reforma de 2008, reconhecendo os poderes instrutórios do

---

<sup>49</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo acusatório. *In: A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 80.

magistrado. No acórdão não apontou qualquer vício de inconstitucionalidade nessa atuação.

Vejamos a seguir o acórdão:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. REPRODUÇÃO SIMULADA DO FATO. INDEFERIMENTO. JUIZ DE CONVENIÊNCIA A PROPÓSITO DA IMPORTÂNCIA DA DILIGÊNCIA. 1. O artigo 7º do CPP confere à autoridade policial a faculdade de proceder à reconstituição do crime ou reprodução simulada dos fatos. NADA IMPEDE QUE O JUIZ NO EXERCÍCIO DOS PODERES INSTRUTÓRIOS A DETERMINE SE ACHAR RELEVANTE PARA DIRIMIR DÚVIDAS (CPP, art. 156). 2. Por seu turno, o artigo 184 do CPP dispõe que [s]alvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade". Tem-se aí juízo de conveniência tanto da autoridade policial, quanto do magistrado, no que tange à relevância, ou não, da prova resultante da diligência requerida. O Supremo Tribunal Federal não pode, em lugar do juiz, aferir a importância da prova para o caso concreto. (Precedentes). 3. A decisão que indeferiu a diligência está amplamente fundamentada no sentido de sua desnecessidade, não havendo, portanto, constrangimento ilegal a ser sanado por esta Corte. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento. (RHC 88320/PI, Rel. Min. Eros Grau; d.j. de 25.04.2006)

### 7.3. AS PROVAS PERICIAIS E O CONTRADITÓRIO DIFERIDO

O artigo 159 do Código de Processo Penal de 1941 previa sobre o procedimento de realização das provas periciais. Também sofreu alteração pela Lei n. 11.690/08. Sua redação original era a seguinte:

**Art. 159.** Os exames de corpo de delito e as outras perícias serão feitos por dois peritos oficiais.

§1º. Não havendo peritos oficiais, o exame será realizado por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, escolhidas, de preferência, entre as que tiverem habilitação técnica relacionada à natureza do exame.

§2º. Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.

A proposta no Projeto de Lei aumentou o número de procedimentos específicos expressamente e alterou o número de peritos no caso. A proposta era a seguinte:

**Art. 159.** O exame de corpo de delito e outras perícias serão, em regra, realizados por perito oficial.

§ 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por duas pessoas idôneas, escolhidas, de preferência, dentre as que tiverem habilitação técnica.

2º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.

§ 3º Serão facultadas ao Ministério Público e seu assistente, ao querelante, ao ofendido, ao investigado e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico, que atuará a partir de sua admissão pelo juiz.

O legislador da Lei n. 11.690/08, preocupado com a disciplina da perícia, normalmente realizada na fase investigativa, introduziu amparos, além daqueles previstos no Projeto de Lei, à participação das partes em contraditório na busca pela verdade processual<sup>50</sup> e procurou tornar mais fácil a realização das perícias<sup>51</sup>. Por isso, a nova redação do artigo 159 introduziu a inusitada figura do assistente técnico, alterou o número de peritos e possibilitou a articulação de quesitos pelas partes e solicitação de esclarecimentos aos peritos oficiais.

A atuação de apenas um perito oficial é corroborada com a possibilidade de ser nomeado o assistente técnico pelas partes ou outros peritos pelo juiz e ser feita a formulação de quesitos (§§3º e 5º, do art. 159, respectivamente). Nesse ponto, a figura do assistente técnico enseja novos alcances ao princípio do contraditório e da ampla defesa já que há a possibilidade de indicação desses assistentes pelo Ministério Público, acusado, ofendido, assistente de acusação e pelo querelante<sup>52</sup>. Portanto, a redação do atual artigo é a seguinte:

**Art. 159.** O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

§1º. Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

§2º. Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.

§3º. Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico.

§4º. O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão.

§5º. Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia: I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem

<sup>50</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães (1). Op. cit., p. 273-275.

<sup>51</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do código de processo penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008, p. 182.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 185-186.

esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar;

II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência.

§6º. Havendo requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença do perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação.

§7º. Tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, poder-se-á designar a atuação de mais de um perito oficial, e a parte indicar mais de um assistente técnico.

Aury Lopes Junior<sup>53</sup> considerou a reforma insuficiente. Assevera que a principal necessidade é de um princípio unificador, mas entende que o processo legislativo brasileiro é moroso e dificulta grandes reformas. Ainda nesse sentido, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho<sup>54</sup> acompanha a mesma opinião e confirma que a reforma do Código é parcial e incongruente, pois não houve mudança alguma de fato. Considera ainda que o discurso sobre celeridade<sup>55</sup> utilizado nas exposições de motivo do anteprojeto é extremamente perigoso, já que a fundamental preocupação do processo penal é realizar o devido processo com base na observação dos direitos e garantias fundamentais e a busca pela celeridade poderia comprometê-los.

## 8. O PLS N. 156/2009 E NOVAS PROPOSTAS DE REFORMA

O Projeto de Lei no Senado Federal n. 156 coordenado pelo Ministro Hamilton Carvalhido<sup>56</sup> tem como objetivo unificar as regras do Código de Processo Penal à luz da

---

<sup>53</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Bom pra quê (m)? Bol.IBCCrim 188. Afirma o autor que a reforma trouxe inovações de pequeno relevo e apenas reformou a matriz inquisitória do sistema processual penal brasileiro. Faz referência também ao art. 157 do Código de Processo Penal sobre as provas ilícitas e critica, principalmente, o veto ao § 4º que, finalmente, traria alguma inovação substancial: “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou o acórdão”.

<sup>54</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As Reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. Bol. Ibccrim 188.

<sup>55</sup> No sentido contrário, declara Pedro Abramoyal que “Um processo penal mais célere, presente em todos os projetos debatidos, é requisito fundamental para a efetividade do sistema penal e para a redução da sensação de impunidade no Brasil.” MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis et al.. As Reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 9.

<sup>56</sup> A comissão é formada pelos seguintes juristas: Ministro Hamilton Carvalhido (coordenador), Eugênio Pacelli de Oliveira (relator), Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois, Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres de Avelar e Tito Souza do Amaral.

Constituição e, como isso, propõe em seu artigo 4º<sup>57</sup> que o juiz fique afastado de qualquer atividade investigatória, através da limitação de sua iniciativa, como ainda prevê o art. 156. Portanto, a possibilidade de sua atuação nesta fase estará limitada à preservação dos direitos fundamentais.

A figura do juiz de garantias é finalmente prevista, sendo o responsável pelo exercício de tutela dos direitos e garantias fundamentais, não sendo confundido com o juiz do processo. A finalidade é dificultar a contaminação do juiz, mantendo este a sua imparcialidade, prevendo o Anteprojeto em seus art. 15 e 17 o seguinte:

**Art. 15.** O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente.

**Art. 17.** O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 15 ficará impedido de funcionar no processo.

Quanto à fase pré-processual, a questão do acesso aos autos do inquérito pelo indiciado e por seu advogado que foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal e objeto de súmula vinculante passou a vir expressamente no Projeto de Lei em seu artigo 12. A proposta de redação é a seguinte:

**Art. 12.** É garantido ao investigado e ao seu defensor acesso a todo material já produzido na investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento. Parágrafo único. O acesso compreende consulta ampla, apontamentos e reprodução por fotocópia ou outros meios técnicos compatíveis com a natureza do material.

Além disso, o grande cerne da discussão sobre os elementos de informação colhidos em sede de inquérito policial foi pacificado no Projeto em seu artigo 33. Esses elementos terão suas finalidades bem delimitadas expressamente, no que tange ao convencimento da *opinio delicti* do Ministério Público e à viabilidade das medidas cautelares. Além disso, o

---

<sup>57</sup> 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.

artigo 165 complementa o objetivo, prevendo que a decisão penal condenatória terá como fundamento apenas as provas submetidas a contraditório:

**Art. 33.** Os elementos informativos da investigação deverão ser colhidos na medida necessária à formação do convencimento do Ministério Público sobre a viabilidade da acusação, bem como à efetivação de medidas cautelares, pessoais ou reais, a serem decretadas pelo juiz das garantias.

**Art. 165, caput.** O juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação os elementos utilizados e os critérios adotados.

Não há, porém, grandes inovações sobre a produção de provas periciais no Projeto de Lei no Senado e a importante celeuma sobre a cisão física entre o inquérito policial e a ação penal não foi objeto de alteração, prevendo o artigo 36 do PL n. 156/09 que “os autos do inquérito instruirão a denúncia, sempre que lhe servir de base”.

A Portaria N. 126, de 17 de junho de 2010 do Conselho Nacional de Justiça instituiu Grupo de Trabalho para elaborar Nota Técnica sobre o Projeto de Lei de Reforma do Código de Processo Penal, considerando a existência do PLS N. 156/2009 que, no dia 23/03/2011, foi remetido para Câmara dos Deputados para a revisão, nos termos do artigo 65 da Constituição Federal. Aury Lopes Junior<sup>58</sup>, jurista convidado a integrar o Grupo, destaca a importância e a necessidade de reforma:

É fundamental reformar esse código, não só porque é da década de 1940, mas também porque é um código que veio antes da Constituição. Então, quando se tem uma nova ordem democrática, tem-se também que adequar a legislação a ela, principalmente essa legislação de cunho punitivo, como o Direito Penal e o Processo Penal. Pode-se dizer que o Código de Processo Penal é reflexo da Constituição; isso significa que, se a Constituição é democrática, o código tem que ser mais democrático. Outro motivo é que hoje temos mais tecnologia e isso resulta em novos crimes, novas técnicas de investigação e, principalmente, novas medidas. Precisamos de novas ferramentas para atuar frente à criminalidade mais refinada do século XXI.

## CONCLUSÃO

---

<sup>58</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Novo CPP encontra-se em fase de revisão*. Disponível em <http://aurylopes.com.br/clipping-2010-08-09-jornal-do-comercio.html> - 9 de agosto. 2010.

O estudo do histórico dos sistemas processuais penais demonstra que a origem do sistema processual de cunho acusatório é o processo penal romano. Seu sistema acusatório delimitava bem as funções de acusar, defender e julgar, pela preponderância do princípio acusatório na estrutura dialética das partes e a situação do investigado e do acusado como sujeito de direitos. O sistema acusatório compreende o conjunto de normas e princípios do devido processo legal orientado por um princípio superior, o princípio acusatório, orientador de uma gama de princípios definidores do sistema em questão.

Na conceituação de um sistema processual propriamente dito, as características mais evidentes são: divisão de funções (acusar, defender e julgar), o acusado como sujeito de direitos fundamentais e a oralidade e publicidade dos atos processuais. A partir da análise das características gerais do sistema acusatório, é possível verificar qual o sistema processual eleito pela Constituição Federal de 1988: o sistema acusatório. Este sistema é inerente ao Estado Democrático de Direito o qual foi acolhido pela Lei Maior.

Muitas controvérsias surgem quanto à eleição do sistema acusatório pela Constituição Federal. Há quem o considere inquisitivo, misto e acusatório, mas não há dúvida que a Constituição, através de seus expressos princípios, escolheu o sistema acusatório.

O investigado também é sujeito de direitos fundamentais e isso decorre do princípio supremo da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR/88) postulado na Constituição Federal. Dessa forma, é necessária a introdução de certas garantias constitucionais na fase de investigação, mas, sobretudo, adequá-las à natureza jurídica do procedimento administrativo que é instaurado para verificar a ocorrência de infração penal, o inquérito policial.

O princípio do contraditório é a condição de validade da prova penal, tendo como fundamento político a tese de Luhmann sobre *legitimação pelo procedimento*. Essa tese relaciona o exercício do poder do Estado e sua vinculação à participação dos destinatários desse poder-dever. O princípio do contraditório é a necessidade de informação e a posterior oportunidade de reação para contrariá-los. É expressão fundamental de um devido processo legal e de um processo justo.

A grande parte da doutrina e da jurisprudência entende que não há possibilidade de introdução do princípio do contraditório na fase de investigação preliminar porque não existe processo nesta fase. A Constituição é clara no art. 5, inciso LV quando diz que o contraditório

deve ser observado no processo. Portanto, devido à sua natureza de procedimento administrativo, o inquérito não comporta o contraditório nem a ampla defesa.

Os elementos informativos são assim chamados porque foram colhidos na fase de investigação preliminar e por não comportarem o princípio do contraditório. Não tem valor probatório na sentença penal condenatória, ressalvadas as provas cautelares, antecipadas e irrepetíveis que observam um contraditório diferido. Os elementos de informação possuem duas funções: estão destinados a formar o convencimento da *opinio delicti* do Ministério Público e servir de base nas concessões de medidas cautelares.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABADE, Denise Neves. *Garantias do processo penal acusatório: o novo papel do ministério público no processo penal de partes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Anteprojeto / Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. — Brasília: Senado Federal, 2009.

BASTOS, Marcelo Lessa. *A investigação nos crimes de ação penal de iniciativa pública: papel do Ministério público; uma abordagem à luz do sistema acusatório e do garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CALMON FILHO, Petrônio. A investigação criminal na reforma do código de processo penal: agilidade e transparência, In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 34, 63-106, abr./jun. 2001.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

CÓDIGO processual penal modelo para ibero-américa.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *As Reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo*. Bol. Ibccrim 188.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. In: *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, n.1, p. 26-51. 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica). In: *Revista do Advogado n° 42*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo acusatório. In: *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em evolução*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

LOPES JUNIOR, Aury. Bom pra quê (m)? Bol.Ibccrim 188.

MALAN, Diogo Rudge. Palestra sobre Inovações nas provas (Lei 11.690/08) no Seminário “A Reforma do Código de Processo Penal”, PUC-Rio, em 2008.

MALAN, Diogo Rudge. Seminário de Processo Penal apresentado na USP.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. V. 1. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

MARQUES, José Frederico. Do Processo Penal Acusatório. *Estudos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense. 1960.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis et al.. *As Reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PASSOS, Edilenice. *Código de Processo Penal*: notícia histórica sobre as comissões anteriores. Disponível em <http://www.senado.gov.br/novocpp/pdf/PPP-noticia-historica.pdf>. Brasília. 2008.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SAAD, Marta; MALAN, Diogo Rudge. Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo, In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Vol. 842, Ano 94. 2005.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido Processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1993.

