



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O inquérito policial e o sistema da íntima convicção no Tribunal do Júri

Isabelle Conti de Almeida

Rio de Janeiro
2015

ISABELLE CONTI DE ALMEIDA

O inquérito policial e o sistema da íntima convicção no Tribunal do Júri

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2015

O INQUÉRITO POLICIAL E O SISTEMA DA ÍNTIMA CONVICÇÃO NO TRIBUNAL DO JÚRI

Isabelle Conti de Almeida

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito.

Resumo: O sistema acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988, dentre outras implicações, busca a concretude dos princípios do contraditório e da ampla defesa, de modo a resguardar os direitos fundamentais do acusado frente ao direito de punir estatal. No entanto, os direitos e garantias consagrados pela CRFB/88 ainda são mitigados pelos resquícios do sistema inquisitivo presentes no Código de Processo Penal de 1941. A possibilidade de utilização de elementos produzidos sem contraditório no inquérito policial no plenário do Tribunal do Júri reflete a dificuldade, ainda existente, de aplicação de um sistema acusatório puro. A essência do trabalho é abordar as críticas ao sistema de valoração da prova no Tribunal do Júri e apontar a solução que se coadune às normas constitucionais democráticas.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Sistema acusatório. Contraditório. Inquérito policial. Tribunal do Júri. Íntima convicção.

Sumário: Introdução. 1. O processo penal brasileiro: abandono de um modelo inquisitivo, em busca de um sistema acusatório puro. 2. O inquérito policial como instrumento para a formação do convencimento do julgador. 3. Os sistemas de valoração da prova. 4. O inquérito policial no Tribunal do Júri: harmonizando os institutos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

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

Inicia-se o primeiro capítulo com a análise do sistema processual adotado pela atual Constituição da República: o sistema acusatório. Embora não haja previsão expressa no texto constitucional, não há dúvida quanto à opção do constituinte em erigir o sistema acusatório como modelo processual penal a guiar a atividade de todos os aplicadores do Direito.

Partindo das premissas do sistema acusatório e de seus princípios norteadores, ganha destaque, no segundo capítulo do trabalho, a problemática da natureza dos elementos coligidos no inquérito policial e sua utilização como fundamento para a prolação de uma sentença condenatória na fase judicial.

O terceiro capítulo destina-se a apresentar os três sistemas de valoração da prova: o sistema da prova tarifada, ou prova legal, o sistema de livre convencimento motivado, também chamado de sistema da persuasão racional, e o sistema da íntima convicção, adotado no Tribunal do Júri.

No quarto capítulo, expõe-se a controvérsia que se alastra por todo o território nacional e repercute na jurisprudência dos mais variados tribunais do país: a (in)compatibilidade entre a legislação processual penal – que adota o princípio da íntima convicção no Tribunal do Júri e possibilita, assim, que o Conselho de Sentença forme seu convencimento a partir de qualquer elemento dos autos, inclusive os que não foram submetidos a contraditório – e o modelo acusatório consagrado pela CRFB/88, que prima pela observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

O presente estudo busca promover a reflexão dos intérpretes da legislação pátria para a profunda alteração do paradigma processual penal brasileiro com o advento do sistema acusatório, uma vez que, não raro, o Estado-Juiz viola as garantias constitucionalmente asseguradas ao aplicar a letra fria do Código de Processo Penal em detrimento de uma interpretação sistemática. Objetiva-se, portanto, encontrar a solução mais justa e condizente com a nova ordem constitucional e com a plenitude de defesa que norteia a persecução penal no Tribunal do Júri.

A pesquisa adotará a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva.

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

O sistema processual penal reflete as características políticas e a forma de governo de um Estado. O Estado brasileiro, por ter passado por diversas fases políticas, já oscilou quanto à classificação do sistema penal adotado: da legislação inquisitorial dos períodos ditatoriais às normas garantistas da CRFB/88.

A CRFB/88 inaugurou um novo modelo processual na persecução penal, caracterizado precipuamente pela separação das funções investigatória, acusatória e julgadora. Essas funções foram distribuídas e atribuídas a diferentes órgãos e instituições: a investigação foi destinada à Polícia Judiciária (art. 144), a acusação, ao Ministério Público (art. 129, I) e, por fim, o julgamento, ao Poder Judiciário (art. 92 e seguintes).

O critério básico diferenciador do sistema acusatório é este: a separação das funções de investigar, acusar e julgar. A separação de tais funções está a serviço da busca pelo julgamento imparcial, isento e inerte, de acordo com o princípio *ne procedat iudex ex officio*. Nesse modelo, o julgador deve limitar-se a decidir, afastando-se das atividades investigatória e instrutória.

O professor Geraldo Prado¹, ao dissertar sobre o tema, deixa claro seu entendimento no tocante à adoção de um sistema acusatório puro:

Se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a presunção de inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por juiz competente e imparcial, pois que se excluem as jurisdições de exceção, com a plenitude do que isso significa, são elementares do princípio do acusatório, chegaremos à conclusão de que, embora não o diga expressamente, a Constituição da República adotou-o.

¹PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 83-84.

Considerando, outrossim, que Constituição prevê, também, a publicidade, o princípio do juiz natural, com a vedação de criação de tribunais de exceção, a instituição do devido processo legal, como pressuposto necessário para a restrição de bens e liberdade, a atuação jurisdicional imparcial, ou seja, julgador equidistante das partes, e os princípios do contraditório e da ampla defesa, não há dúvida quanto à adoção do sistema acusatório. Evidenciando a escolha do constituinte por esse sistema, a Constituição também previu em seu corpo os princípios da presunção de inocência e o da vedação às provas ilícitas.

É de se notar que os princípios elencados têm assento no art. 5º da CRFB/88. Não por acaso o constituinte assim o fez. Sua intenção ao regulamentar a matéria penal dentro do capítulo destinado aos direitos e deveres individuais e coletivos, sem dúvida, foi a de reforçar a garantia dos direitos fundamentais frente à possibilidade de arbítrio do poder de punir estatal.

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

Não é demais lembrar que o art. 1º, inciso III, da CRFB/88² consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Esse valor consagrado no texto constitucional não deve servir apenas como norma – seja como regra, seja como princípio – mas também, e não menos importante, a dignidade da pessoa humana deve ser concebida como atributo do homem. Significa dizer que homem não é meio para atingir fins outros, mas o fim a ser perseguido.

²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 nov. 2015.

Aury Lopes Jr.³, defendendo o abandono da coisificação do homem, ressalta que o acusado “deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal”, como sujeito de direitos.

Partindo dessa ideia central da dignidade humana enquanto valor cerne de todo o ordenamento jurídico e como fundamento da República Federativa do Brasil, é forçoso reconhecer que os direitos e garantias consagrados na Constituição e na legislação infraconstitucional devem servir ao homem. O processo penal – que se apresenta como garantia constitucional contra o arbítrio estatal e como limitador do poder do Estado – não poderia ser diferente. O processo penal deve ser um instrumento para a realização do direito material e deve ter como norte a dignidade da pessoa humana.

Não obstante a positivação da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, a adoção dos postulados garantistas e a clara separação constitucional das funções de investigar, acusar e julgar, atribuídas a diferentes atores na persecução penal, é comum a afirmação de que o sistema processual penal adotado no Brasil é de natureza mista, em razão da atual legislação infraconstitucional.

O Professor Guilherme de Souza Nucci⁴ afirma que:

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

Muito embora a atual Constituição tenha feito opção pelo sistema acusatório, a existência de dispositivos do Código de Processo Penal que remontam ao modelo inquisitório

³LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 61.

⁴NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 104-105.

resultaria no hibridismo do sistema, de modo que parte da doutrina, a exemplo de Nucci, defende que o modelo brasileiro não é acusatório puro, mas sim misto.

Não se pode esquecer que o Código de Processo Penal vigente, instituído pelo Decreto-Lei n. 3.689/41, é fruto da realidade histórica e social do Estado Novo, ditadura varguista. E por assim ser, grande parte dos dispositivos da lei processual não se coaduna com os princípios contemporâneos do modelo acusatório, inaugurado pela CRFB/88, dentre os quais, a plenitude de defesa, expressamente consagrada no Tribunal do Júri.

O art. 156, II, do Código de Processo Penal⁵, que confere ao juiz o poder de determinar, de ofício, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto que julgue relevante, é um exemplo de norma infraconstitucional com viés inquisitório, já que, assim procedendo, o magistrado se afastaria do seu papel de espectador, inerte, salutar e imprescindível ao Estado Democrático de Direito, e exerceria papel de ator, que compete às partes, aos interessados.

Nesse contexto, a mera aceitação do hibridismo sistêmico e, por conseguinte, a defesa da convivência harmônica das normas infraconstitucionais inquisitórias com o texto constitucional garantista configura postura reducionista.

Para que se mantenha a unidade e coerência do ordenamento jurídico, é necessário mais do que a aceitação de um sistema híbrido. É imprescindível a efetiva mudança no paradigma processual penal, seja por meio de uma reforma geral expressa ou pela utilização da técnica da filtragem constitucional – através da qual a legislação infraconstitucional passa por um processo de releitura à luz do filtro axiológico da Constituição.

Apenas com a reforma – formal ou informal – da legislação processual penal e com a reflexão dos intérpretes da norma, juristas e aplicadores do Direito, será possível alcançar um

⁵BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De13689.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.

sistema processual penal genuinamente acusatório, sem a influência inquisitória herdada do período ditatorial.

A Constituição, dotada de força normativa, deve sempre preponderar sobre as demais normas jurídicas com *status* inferior, de forma que, ao se deparar com um conflito de normas, o intérprete deve adotar a solução mais justa e condizente com a nova ordem constitucional, com os princípios que emergem do neoconstitucionalismo.

2. O INQUÉRITO POLICIAL COMO INSTRUMENTO PARA A FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO JULGADOR

A atividade probatória desenvolvida na persecução penal objetiva a reconstrução do crime enquanto fato passado. Para que se alcance a reconstrução do passado, é necessária a observância de dois momentos distintos: a produção da prova e a sua apreciação. Através do procedimento probatório, o julgador toma conhecimento da realidade histórica e forma seu juízo de valor sobre ela.

Assim, o destinatário da prova no processo penal é o órgão jurisdicional, podendo ser ele o Juiz, o Desembargador, todo um Tribunal ou até os jurados do Tribunal do Júri. O juiz-espectador, afastado da atividade investigatória e instrutória, deve se debruçar sobre as provas produzidas que lhe são dirigidas, a fim de formar a sua convicção.

Em se tratando de atividade investigatória e instrutória e de formação do convencimento do julgador, ganha destaque o inquérito policial, instrumento mais importante na obtenção da prova.

O inquérito policial é o procedimento investigatório presidido pela autoridade policial que busca o esclarecimento de fatos que configuram, em tese, infrações penais e sua respectiva autoria, possibilitando, assim, o seguimento da persecução penal através da

propositura da ação penal. Além da característica probatória, a investigação conduzida pelo Delegado de Polícia tem como traço a imparcialidade, ou seja, a desvinculação da acusação e da defesa, de modo que o inquérito policial torna-se importante instrumento de barreira contra acusações infundadas e temerárias e serve como mecanismo salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais.

O Delegado de Polícia Civil do Estado do Paraná Henrique Hoffman⁶, discorrendo sobre o tema, salientou:

A persecução penal deve caminhar lado a lado com a franquia de liberdades públicas do cidadão, humanizando-se a função punitiva do Estado. Nada mais óbvio, se considerarmos que a dignidade da pessoa humana, enquanto valor jurídico fundamental da comunidade e reduto intangível do indivíduo, traduz o centro axiológico em torno do qual gravitam os direitos fundamentais, e a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Nesse prisma, o Estado-Investigação nada mais é do que um meio cuja finalidade consiste na garantia de direitos fundamentais, sendo o postulado da dignidade o norte para o Poder Público.

Dizer que os fatos reconstruídos no inquérito configurariam meros elementos informativos, porque serviriam tão-somente para subsidiar o Ministério Público da justa causa para a ação penal, é afirmação ultrapassada, falaciosa e simplista. Isso porque a quase totalidade dos elementos (re)produzidos na ação penal é oriunda da investigação criminal materializada no inquérito policial. Daí dizer que os elementos do inquérito policial formam juízo de quase certeza, sobretudo por conta dos avançados métodos de investigação, como a interceptação telefônica e interceptação telemática nos aplicativos de redes sociais.

O Delegado de Polícia Federal Marcio Anselmo⁷, analisando o valor probatório dos elementos coligidos na investigação criminal, ressalta:

Não guarda cabimento asserir-se que [o inquérito policial] surge como simples peça informativa; para, em seguida, afirmar que os meios de prova constantes do

⁶HOFFMAN, Henrique. *Missão da Polícia Judiciária é buscar a verdade e garantir direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-14/academia-policia-missao-policia-judiciaria-buscar-verdade-garantir-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 26 out. 2015.

⁷ANSELMO, Marcio. *Inquérito policial é o mais importante instrumento de obtenção de provas*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-04/academia-policia-inquerito-importante-instrumento-obtencao-provas>>. Acesso em: 20 out. 2015.

inquérito, servem para receber, ou rejeitar a acusação; prestam para decretar a prisão preventiva; ou para conceder a liberdade provisória; bastam, ainda, para determinar o arresto e o seqüestro de bens, por exemplo.

Não se pode olvidar, no entanto, que o inquérito policial é procedimento sigiloso, cujo sigilo tem por objetivo não só o sucesso da investigação – sigilo interno – como também a preservação da intimidade do investigado – sigilo externo.

Não sendo admitidas interferências nas atividades em curso, sob pena de ineficácia do aparelho persecutório à disposição do Estado, nada impede que seja dada oportunidade ao defensor de se manifestar nos autos do procedimento, após a conclusão das diligências. É de se observar, também, a incidência dos postulados do contraditório e da ampla defesa na investigação, mesmo que de forma mais tênue do que no processo penal, de maneira a evitar o desequilíbrio entre a acusação e defesa.

Quando não houver a observância do contraditório em fase pré-processual, sobretudo quando se tratar de provas renováveis, tais como a prova testemunhal e as acareações, é essencial que elas sejam (re)produzidas em Juízo, sob contraditório judicial. Somente as provas produzidas em contraditório podem servir de fundamentação para a prolação da sentença no processo penal, que exige juízo de certeza do julgador.

Partindo dessa assertiva, qual seja, a imprescindibilidade do contraditório na produção da prova para a sua valoração pelo julgador, nos termos do art. 5º, LIV e LV, da CRFB/88, surge a problemática da interpretação do art. 155 do CPP, alterado pela Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008.

O Código de Processo Penal Brasileiro sofreu profundas alterações com o advento das leis n. 11.689 e n. 11.690, cujas inovações buscaram adequar a legislação processual aos ditames da Constituição. Uma das importantes alterações legislativas foi a introduzida no citado art. 155⁸ da legislação processual:

⁸BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 26 out. 2015.

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

A leitura fria do dispositivo legal permite ao intérprete chegar ao entendimento de que a prova pré-processual, seja ela qual for, poderia ser utilizada pelo julgador para fundamentar sua decisão, desde que não fosse a única existente nos autos, ou seja, o magistrado poderia decidir, também, com amparo nos elementos colhidos durante o inquérito policial, mesmo que despidos do contraditório.

Nessa esteira, analisando a exegese gramatical do art. 155 do CPP, o processualista Eugênio Pacelli⁹ preleciona:

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

Tal conclusão, sem dúvida, consistiria em verdadeiro retrocesso, haja vista que essa interpretação é totalmente incompatível com um processo penal constitucional. Entender que ao juiz é permitido amparar sua decisão em todo e qualquer elemento produzido em sede de inquérito policial, mesmo naqueles não contraditados, que se mantiveram sigilosos para que a investigação obtivesse êxito, é ignorar que a CRFB/88 expressamente adotou o Estado Democrático de Direito e implicitamente o sistema acusatório, cujo objetivo principal é a valorização do homem frente ao ente Estado. Trazer os elementos colhidos do inquérito policial para dentro do processo sob a fórmula *as provas dos autos foram corroboradas pelos*

⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 331.

elementos informativos do inquérito é, sem dúvida, fraude ao sistema acusatório e ao princípio do contraditório a ele inerente.

Analisando o dispositivo legal, Aury Lopes Jr.¹⁰ discorre:

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

Uma das bases estruturantes do direito processual penal contemporâneo é o contraditório, caracterizado pela possibilidade de resposta e pela utilização de todos os meios de defesa admitidos, permitindo, assim, que as partes participem ativamente da produção da prova, influenciando o resultado final do processo probatório.

O devido processo legal substancial é um conjunto de vários outros princípios, tais como o contraditório, a ampla defesa, a motivação e a presunção de inocência. O princípio da presunção de inocência, dentre outros aspectos, impõe ao órgão ministerial o ônus da prova. Dessa forma, se ao final da instrução não houver prova suficiente para condenar, a dúvida se resolve em favor do réu. Na hipótese de a prova judicializada, produzida sob contraditório, não ser suficiente para a formação do convencimento do julgador, a absolvição é a medida que se impõe. É o conhecido *in dubio pro reo*.

Essa é a melhor solução de aplicação da primeira parte do art. 155 do CPP ("o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial"), de modo a dar-lhe interpretação condizente com os postulados do Estado Democrático de Direito e com o processo penal constitucional. Repita-se: o julgador deve proferir decisão amparado nas provas produzidas em Juízo, sob contraditório judicial. Caso o conjunto probatório seja insuficiente para a prolação de decreto condenatório, absolve-se o réu.

¹⁰LOPES JR., op. cit., p. 298.

É necessária cautela, porém, diante da segunda parte do dispositivo: “[...] não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação [...]”.

Interpretando-a à luz do sistema acusatório, tem-se que os elementos colhidos na investigação policial poderão ser utilizados pelo julgador para fundamentar sua decisão, desde que sejam observados dois requisitos cumulativos: que tais elementos não sejam os únicos, isto é, devem existir provas judiciais; e que eles sejam colhidos sob o pálio do contraditório e da ampla defesa. Caso contrário, inexistindo quaisquer desses requisitos, os elementos do inquérito jamais poderão ser utilizados para respaldar a decisão do julgador.

O julgador, enquanto guardião da Constituição e dos direitos e garantias fundamentais, deve atuar nos limites impostos pela própria Constituição, dentre eles o de primar pela observância do contraditório.

3. OS SISTEMAS DE VALORAÇÃO DA PROVA

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

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

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

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

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

Não obstante tratar de regime de apreciação probatória há muito criticado, a doutrina elenca a existência de resquícios na legislação processual brasileira. Com efeito, Aury Lopes Jr.¹¹ assevera:

Resquícios da estrutura lógica desse modelo [da prova tarifada] podem ser observados no sistema brasileiro, em que o art. 158 do CPP exige que a prova nas infrações que deixam vestígios deve ser feita por exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

O art. 158 do Código de Processo Penal é um exemplo de que a lógica da prova tarifada não foi completamente abandonada, na medida em que existem limitações no espaço de decisão do juiz a partir de critérios previamente definidos pelo legislador.

Nucci¹², também dissertando sobre o assunto, corrobora:

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

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

¹¹LOPES JR., op. cit., p. 543.

¹²NUCCI, op. cit., p. 391.

O segundo sistema de avaliação da prova é o do livre convencimento motivado. Também conhecido como “persuasão racional”, o sistema do livre convencimento motivado tem como traço marcante a livre avaliação das provas pelo julgador, devendo tal avaliação, entretanto, ser fundamentada.

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

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

Como corolário da persuasão racional, o constituinte previu o princípio da motivação das decisões judiciais no art. 93, IX, da CRFB/88¹³, que exige que o julgador fundamente todas as suas decisões, após a livre avaliação das provas produzidas em contraditório judicial.

“Livre convencimento” não é sinônimo de “arbítrio do julgador”. O juiz é livre para apreciar as provas colhidas sob o crivo do contraditório, mas não está eximido de motivar sua decisão com base nas provas dos autos.

Frederico Marques¹⁴, citando Paulo Rangel, assevera:

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

Dessa forma, no sistema da persuasão racional, o julgador tem liberdade para valorar as provas, mas lhe é imposto o dever de motivar sua decisão, sob pena de nulidade.

¹³IX – 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.

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

O terceiro e último sistema de valoração da prova, também adotado pela legislação processual pátria, é o sistema da íntima convicção.

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

A partir dessa certeza interna, o julgador proferirá sua decisão. No entanto, diversamente do que ocorre no sistema da persuasão racional, na íntima convicção não há motivação do ato decisório, nem mesmo a necessidade de algum amparo legal. O julgador, diante de todas as provas que lhe foram dirigidas, é livre para formar sua convicção de acordo com a certeza obtida pela sua consciência, pelas razões e fatos que achar adequados para decidir.

Por meio do sistema da íntima convicção, também conhecido como “livre convencimento”, o magistrado tem total e irrestrita possibilidade de apreciar as provas. O julgador age conforme sua convicção, de acordo com o seu convencimento acerca das provas, prescindindo de qualquer fundamentação. O juiz é absolutamente livre para decidir, podendo se utilizar de valores previamente concebidos e crenças pessoais. O fundamento para a decisão é a certeza moral do julgador.

Por essas razões e pela ausência de controle da racionalidade da decisão judicial, esse sistema de valoração das provas passou a ser visto com reservas, sendo paulatinamente afastado do direito processual penal.

No entanto, o sistema da íntima convicção ainda é observado nos julgamentos do Tribunal do Júri, nos termos do art. 486¹⁵ do CPP. O citado dispositivo dispensa a motivação das decisões tomadas pelo Conselho de Sentença, bastando que os jurados respondam sim ou não para cada quesito formulado.

¹⁵Art. 486 do CPP: Antes de proceder-se à votação de cada quesito, o juiz-presidente mandará distribuir aos jurados pequenas cédulas, feitas de papel opaco e facilmente dobráveis, contendo 7 (sete) delas a palavra sim, 7 (sete) a palavra não.

O Tribunal do Júri atribui à sociedade a função de julgar a própria sociedade, com soberania de veredicto. O Conselho de Sentença julga seus pares. Os jurados representam a sociedade na forma de juízes, que votarão com base na sua convicção íntima, obtida por fatos e razões contidos não só nos autos, mas na própria convivência em sociedade, nos seus valores iminentes e no seu senso de justiça.

4. O INQUÉRITO POLICIAL NO TRIBUNAL DO JÚRI: HARMONIZANDO OS INSTITUTOS

Ao analisar detidamente diversos dispositivos constitucionais, é fácil perceber a escolha do constituinte pelo sistema acusatório. Ainda que essa opção legislativa não tenha sido expressa, a separação das funções de investigar, acusar e julgar – que é o critério diferenciador e identificador do modelo acusatório – demonstra a adoção desse modelo na Constituição.

A par da separação de funções, a previsão do devido processo legal – princípio maior que engloba vários outros, tais como, a presunção de inocência, a motivação, o contraditório e a ampla defesa – e da imparcialidade do julgador, corroboram a escolha do constituinte pelo sistema acusatório.

Na contramão da Constituição democrática, o Código de Processo Penal, editado em pleno período ditatorial, apresenta inúmeras normas inquisitórias, a exemplo do art. 385¹⁶ – que autoriza o magistrado proferir sentença condenatória ainda que o Ministério Público, titular da ação penal, requeira a absolvição do acusado – o que denota descompasso e confusão entre as funções de acusar e julgar.

¹⁶Art. 385 do CPP: Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

Registre-se que, ante a inconsistência em nosso ordenamento jurídico e a necessidade de mudanças, o Senado Federal aprovou o projeto de lei 156/2009¹⁷, que objetiva promover ampla reforma no código em vigência. Dentre elas, destaca-se a adoção expressa do sistema acusatório e dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Até que seja realizada a reforma textual no Código de Processo Penal, diante da existência de normas conflitantes, é necessário buscar uma solução para o conflito apresentado.

Para solucionar um conflito entre normas constitucionais e infraconstitucionais, adota-se a hierarquia entre as normas. É lugar comum que a norma constitucional goza de supremacia frente às demais normas que compõem o ordenamento jurídico, afastando aquelas que lhe são contrárias.

Aliada à hierarquia, a Constituição possui força normativa, que impõe ao intérprete a observância de suas prescrições. De nada adiantaria a previsão de inúmeros direitos e garantias, se fosse facultado ao aplicador do Direito o cumprimento ou não das normas constitucionais.

Nessa esteira, não há outra conclusão senão a de que a legislação processual infraconstitucional deve ajustar-se à Constituição, sob pena de quebra da unidade e coerência do ordenamento jurídico.

É nesse contexto que se insere a discussão sobre o correto alcance do art. 155 do CPP, o qual enuncia que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação [...]”.

¹⁷ O projeto foi aprovado no Senado Federal e, desde 23 de março de 2011, remetido à Câmara dos Deputados, para continuidade do processo legislativo.

Surgem as seguintes indagações: o inquérito policial, instrumento investigatório da fase pré-processual, possui valor probatório? O julgador pode proferir sentença condenatória valendo-se, também, de elementos colhidos durante a investigação policial?

Conforme demonstrado, os atos do inquérito policial possuem eficácia probatória reduzida. Há valor probatório no inquérito, mas limitado.

O inquérito policial tem a função precípua de reunir os indícios de materialidade e autoria delitiva, para subsidiar a continuidade da persecução penal através da propositura da ação penal. Os seus elementos também servem de fundamentação para as decisões interlocutórias tomadas em sede pré-processual, como a decretação de prisão temporária e de outras medidas cautelares.

No entanto, em que pese a relevância da investigação policial para o desenrolar da ação penal, é forçoso reconhecer o limitado valor probatório do inquérito policial, cujos elementos não são revestidos de juízo de certeza, já que carecem, muitas vezes, de contraditório. Somente as provas produzidas em contraditório podem servir de fundamentação para a prolação da sentença no processo penal, que exige juízo de certeza do julgador.

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

Nas precisas lições do doutrinador contemporâneo do Direito Processual André Nicolitt¹⁸:

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

¹⁸NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 359.

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

Excepcionalmente, quando os atos do inquérito policial não forem os únicos elementos dos autos e forem contraditados, poderá o julgador formar seu convencimento amparado por eles. Repita-se, somente se houver contraditório em sede de inquérito e tais elementos não forem os únicos constantes dos autos judiciais.

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

No que concerne à avaliação das provas, o Tribunal do Júri é regido pelo sistema da íntima convicção. Significa dizer que os jurados não precisam motivar suas decisões, bastando que respondam sim ou não a cada um dos quesitos formulados durante o julgamento.

Por esse método, não é possível aferir quais fatos e fundamentos serviram para a tomada de decisão do Conselho de Sentença. Não é possível extrair da decisão dos jurados se estes proferiram seus votos com base na prova judicializada ou nos elementos não contraditados do inquérito policial. Aury Lopes Jr¹⁹. destaca que “a situação é ainda mais preocupante se considerarmos que na grande maioria dos julgamentos não é produzida nenhuma prova em plenário, mas apenas é realizada a mera leitura de peças”. Com isso, há grande risco de os jurados formarem seu convencimento a partir dos atos produzidos durante a investigação policial, atos esses que, em sua essência, não observam o princípio constitucional do contraditório.

¹⁹LOPES JR., op. cit., p. 299.

Por essa razão, somente por meio da retirada dos atos que não foram submetidos a contraditório no inquérito policial dos autos do processo é que se evitará que o Tribunal do Júri profira decreto condenatório amparado em elementos que não são aptos a formar juízo de certeza. Impõe-se, portanto, a exclusão de elementos despidos de contraditório dos processos que tramitam no Tribunal do Júri.

CONCLUSÃO

Da análise detida dos diversos dispositivos constitucionais que permeiam a persecução penal, se extrai a escolha do constituinte pelo sistema acusatório. A separação das funções de investigar, acusar, defender e julgar, a previsão dos princípios do devido processo legal, da presunção de inocência, da motivação das decisões, do contraditório e da ampla defesa demonstram que o sistema acusatório, com cariz garantista, foi implicitamente adotado pela Constituição.

No que toca à legislação infraconstitucional, não se pode perder de vista que o Código de Processo Penal foi editado em plena ditadura varguista e, por essa razão, apresenta inúmeras normas inquisitórias, em contrariedade ao modelo de persecução penal eleito na Constituição.

A única forma de compatibilizar essas normas conflitantes – CPP *versus* CRFB/88 – de modo a zelar pela manutenção da unidade e coerência do ordenamento jurídico, é submeter a legislação processual infraconstitucional a um processo de filtragem constitucional.

É nesse contexto que surge a discussão sobre a interpretação do art. 155 do Código de Processo Penal, que enuncia “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”.

À luz do garantismo penal e dos princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito, somente as provas contraditadas produzidas em juízo sob o crivo do contraditório podem ser valoradas pelo julgador, com as ressalvas da parte final do art. 155 do CPP.

Como observado, o Tribunal do Júri é regido pelo sistema da íntima convicção, em que as decisões proferidas pelo Conselho de Sentença não precisam ser motivadas. Sem fundamentação expressa da decisão, há grande risco de que os jurados formem sua convicção pelos elementos do inquérito policial não submetidos a contraditório.

Por essa razão, é fundamental a exclusão física de todos os elementos não contraditados dos autos do processo judicial, a fim de evitar que o Conselho de Sentença profira decreto condenatório amparado em atos não revestidos de contraditório. Essa é a única solução que se coaduna com o garantismo penal e com o sistema acusatório, essenciais à manutenção do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ANSELMO, Marcio. *Inquérito policial é o mais importante instrumento de obtenção de provas*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-04/academia-policia-inquerito-importante-instrumento-obtencao-provas>>. Acesso em: 26 out. 2015.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 26 out. 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 nov. 2015.

HOFFMAN, Henrique. *Missão da Polícia Judiciária é buscar a verdade e garantir direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-14/academia-policia-missao-policia-judiciaria-buscar-verdade-garantir-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 26 out. 2015.

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

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

NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

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