



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

VINÍCIUS NASCIMENTO LEITE

**INQUÉRITO POLICIAL COMO ELEMENTO DE
CONVENCIMENTO: UM ESTUDO DE CASOS DAS SENTENÇAS
PENAIIS CONDENATÓRIAS.**

SALVADOR
2018

VINÍCIUS NASCIMENTO LEITE

**INQUÉRITO POLICIAL COMO ELEMENTO DE
CONVENCIMENTO: UM ESTUDO DE CASOS DAS SENTENÇAS
PENAIAS CONDENATÓRIAS.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Misael Neto Bispo da França

SALVADOR

2018

VINÍCIUS NASCIMENTO LEITE

INQUÉRITO POLICIAL COMO ELEMENTO DE CONVENCIMENTO: UM ESTUDO DE CASOS DAS SENTENÇAS PENAIS CONDENATÓRIAS.

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, defendida e aprovada pela banca examinadora abaixo assinada.

Salvador, 27 de julho de 2018.

BANCA EXAMINADORA

PROF. Orientador Misael Neto Bispo da França

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, Salvador. Universidade Federal da Bahia.

PROF (A). Examinadora Thaize de Carvalho Correia

Mestra em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Salvador. Universidade Federal da Bahia.

PROF. Examinador José Mário Dias Soares Júnior

Mestre em Direito pela Universidade Candido Mendes. Faculdade Devry Ruy Barbosa

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus por todas as graças alcançadas e por ter derramado tantas bênçãos sobre mim.

Agradeço também aos meus pais, meu irmão, meus amigos, meus chefes e todos que direta ou indiretamente contribuíram para a concretização desse trabalho. Não esquecendo jamais dos professores que tive ao longo da vida, tanto no colégio, quanto cursinho e na faculdade. A todos vocês, desde já, meu muito obrigado.

Esse trabalho é fruto de uma pesquisa que iniciei quando ainda estagiava na Defensoria Pública do Estado da Bahia, instituição que levo no coração, não somente pelo trabalho realizado, mas também pelos amigos que lá conquistei.

Da minha inquietação ao notar os danos processuais obtidos a partir do inquérito policial nasceu essa pesquisa. Com isso, após longas conversas com o ilustríssimo defensor, Dr. Juarez Angelin, decidi por trilhar esse caminho na minha monografia.

O presente trabalho representa a conclusão de uma etapa muito importante na minha vida. Esse trabalho representa a conclusão da minha tão almejada graduação em Direito na Universidade Federal da Bahia. É o fim de um ciclo e o início de toda uma vida.

Portanto, não poderia deixar de agradecer a cada professor que contribuiu para o meu crescimento acadêmico, sobretudo os professores que me ensinaram a amar o direito penal, dentre eles: Daniela Portugal, Fernando Santana, Maria Auxiliadora Minahim, Gamil Foppel, Fabiano Pimentel e meu amado Orientador Misael França. Não esquecendo daqueles que marcaram minha vida com seus ensinamentos para além do direito, Professor Durval Carneiro e Raphael Borges.

Namorei a UFBA durante muito tempo, esse trabalho encerra minha ínfima passagem por esse lugar tão mágico.

Embora esse trabalho represente um pensamento distópico acerca do processo penal, tenho a obrigação de honrar a minha formação, jamais esquecendo que, como afirmou Marcelo Falcão do Rappa, “A fé na vitória tem que ser inabalada”.

Samba pra Vinícius

Poeta, meu poeta camarada

Poeta da pesada,

Do pagode e do perdão

Perdoa essa canção improvisada

Em tua inspiração

De todo o coração,

Da moça e do violão, do fundo,

Poeta, poetinha vagabundo

Quem dera todo mundo fosse assim feito você

Que a vida não gosta de esperar

A vida é pra valer,

A vida é pra levar,

Vinícius, velho, saravá

Poeta, poetinha vagabundo

Virado, viramundo,

Vira e mexe, paga e vê

Que a vida não gosta de esperar

A vida é pra valer

A vida é pra levar

Vinícius, velho, saravá

A vida é pra valer

A vida é pra levar

Vinícius, velho, saravá

Toquinho

LEITE, Vinícius Nascimento. **Inquérito policial como elemento de convencimento: Um estudo de casos das sentenças penais condenatórias**. 71 FLS. Trabalho de Conclusão De Curso (bacharel em direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal Da Bahia. Salvador, 2018.

RESUMO

O presente trabalho versa acerca do Inquérito policial como elemento de convencimento do julgador, no qual se analisa a presença desse instrumento no âmago do processo penal. O trabalho passa por diversas vertentes epistemológicas e das ciências cognitivas, trazendo as ideias dos autores que mais dissertaram acerca do tema, assim como fragmentos das sentenças motivadas pelo inquérito. A ideia do texto é discutir as bases do artigo 155, do Código de processo penal que trata do livre convencimento motivado do magistrado no que tange à apreciação dos elementos oriundos do inquérito policial. Esse contraponto possui o intuito de averiguar se nas sentenças penais condenatórias prolatadas pelos Juízos do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia houve menção ou mesmo foram fundamentadas no Inquérito Policial. A investigação parte do princípio que o Juízo só poderá apreciar as provas produzidas sob o crivo do contraditório, ou seja, as provas produzidas na instrução processual. As demais provas que são taxadas como elementos externos ao processo não devem figurar como elemento de convencimento, sobretudo, elemento de fundamentação da sentença. O trabalho salienta que o inquérito policial possui natureza jurídica de procedimento inquisitivo, razão pela qual não possui contraditório e deveria estar fora dos autos do processo. Isso porque, não há um amparo propriamente dito e nem o respeito ferrenho aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Assim, resta comprovado que é preciso uma proteção aos direitos fundamentais do indiciado. Além disso, serão discutidas outras particularidades, tais como a racionalidade penal moderna, o “processo penal solipsista”, as “falácias do processo penal” e a “Era do Inqueritorialismo”, as quais serão examinadas.

Palavras-Chaves: 1 – Inquérito Policial, 2 – Processo Penal, 3 – Livre convencimento, 4 – Contraditório e ampla defesa, 5 – Sentença condenatória, 6 – *Ratio decidendi*.

LEITE, Vinícius Nascimento. **Police investigation as an element of conviction: A case study of criminal convictions.** 71 FLS. Completion work (bachelor's degree in law). Faculty of Law, Federal University of Bahia. Salvador, 2018.

ABSTRACT

The present work deals with the Police Inquiry as an element of conviction of the judge, in which the presence of this instrument in the core of the criminal process is analyzed. The work goes through several epistemological and cognitive sciences aspects, bringing the ideas of the authors who have most discussed the subject, as well as fragments of the sentences motivated by the investigation. The idea of the text is to discuss the basis of article 155 of the Code of Criminal Procedure, which deals with the free conviction of the magistrate regarding the assessment of the elements of the police investigation. This counterpoint is intended to ascertain whether in the criminal sentences handed down by the Court of Justice of the State of Bahia, mention was made or even based on the Police Inquiry. The investigation assumes that the court will only be able to assess the evidence produced under the scrutiny of the adversary, that is, the evidence produced in the investigation. The other evidence that is taxed as external elements to the process should not appear as an element of conviction, above all, element of justification of the sentence. The paper emphasizes that the police investigation is a legal nature of inquisitive procedure, reason why it does not have contradictory and should be outside the file of the process. This is because, there is no proper protection and no respect for the principles of contradiction and ample defense. Thus, it remains to be seen that protection of the fundamental rights of the accused is necessary. In addition, other particularities, such as modern criminal rationality, the "solipsistic criminal procedure", the "fallacies of the criminal process" and the "Age of Inqueritorialism", will be discussed.

Key Words: 1 - Police Inquiry, 2 - Criminal Procedure, 3 - Free convincing, 4 - Contradictory and ample defense, 5 - Conviction, 6 - *Ratio decidendi*.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. O PROCESSO PENAL	12
2.1. O PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO.....	15
2.2. DAS PROVAS PRODUZIDAS EM CONTRADITÓRIO.....	21
2.2.1. Contraditório Real	29
2.2.2. Contraditório Diferido	29
3. DO INQUÉRITO POLICIAL.....	31
3.1. DA LEI 13.245	33
4. DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA	34
5. DAS FALÁCIAS DO PROCESSO PENAL	38
6. “INQUERITORIALISMO”: A SUPREMACIA DO INQUÉRITO POLICIAL	42
6.1. ARTIGO 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: LIVRE CONVENCIMENTO?.....	44
6.2. “O TIRO DE MISERICÓRDIA”	46
6.3. O PROCESSO PROFORMA: “A ERA DO PROCESSO PARNASIANO”	49
6.4. O INQUÉRITO ARROJADO, 2.0 TURBO!.....	52
7. A PRESENÇA DO INQUÉRITO NAS FUNDAMENTAÇÕES DE SENTENÇA.....	54
7.1. UMA APERTA ANÁLISE DAS SENTENÇAS PENAS CONDENATÓRIAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA.....	56
7.2. DA MITIGAÇÃO DO ARTIGO 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	64
8. CONSIDERAÇÕES FINAIS	68
9. REFERÊNCIAS.....	70

1. INTRODUÇÃO

Com a conjuntura moderna que se estendeu sob o Direito nas últimas décadas, restou comprovado que “o simples se tornaria sofisticado” e seguir a legislação, grosso modo, seria um ato de subversão ao sistema.

O artigo 155 do Código de Processo Penal que disciplina sobre o convencimento do magistrado acerca dos elementos probatórios com os quais esse fundamentará sua decisão, evidencia uma perspectiva que curiosamente tem sido desrespeitada pelo judiciário baiano.

Ocorre que a inteligência do diploma versa sobre o livre convencimento motivado do juiz que, deverá apreciar as provas produzidas nos autos do processo. Essas provas deveriam ter, em tese, e se estivéssemos mesmo dentro de um sistema processual democrático, um condão dual, ou seja, a observância ao princípio do contraditório.

Porém, o que atíça a curiosidade desse autor que vos escreve, é a utilização do inquérito policial como elemento de convencimento do magistrado e a utilização desse instrumento de investigação como fundamento para a sentença.

É sabido que o clichê perpetuado na esfera processual penal é: “o inquérito policial possui natureza administrativa não sendo cabível contraditório, enquanto que as provas produzidas em juízo possuem contraditório e todos os meios de defesa, por esse motivo o inquérito não pode ser considerado elemento probante”.

Muito embora esse raciocínio esteja correto e cabalmente comprovado na legislação e na doutrina, a prática da adoção do inquérito policial no processo gera uma contaminação de qualquer pessoa que o leia, inclusive do próprio julgador.

Dessa forma, visa aqui estudar as cognições do indivíduo, assim como os efeitos que um elemento sem o devido contraditório dentro do processo, pode gerar na ulterior sentença.

Por isso verifica-se que é necessário iniciar um estudo acerca da perspectiva do inquérito policial como anexo da denúncia oferecida pelo Ministério Público, sobretudo nos crimes contra o patrimônio, para que se compreenda os efeitos da investigação preliminar ao final do processo.

Não obsta investigar o posicionamento dos magistrados ao fazer a comparação dos depoimentos das testemunhas do processo com os depoimentos colhidos na fase pré-processual. Com isso, o julgador estaria chancelando claramente a preocupação do presente trabalho.

Ademais, a proposta é investigar o porquê da problemática que seguramente vem trazendo danos aos Acusados no Brasil desde à redemocratização. Isso pois, o Processo Penal continua sendo instruído pelo inquérito policial, quando na verdade, este sequer deveria estar presente nos autos da ação.

Ocorre que o inquérito policial contamina todos os sujeitos que possam contactá-lo. Nesse sentido, é possível perceber que o processo penal é utilizado apenas com o intuito proforma para chegar à condenação do Acusado.

Com o Estado Democrático de Direito, é preciso observar determinadas circunstâncias processuais que perfazem o devido contraditório, ou seja, o devido processo penal deve garantir o direito ao contraditório em todos os atos.

A problemática consiste, portanto, no oferecimento da denúncia, ou seja, com a exordial do processo penal instruída com o inquérito policial em anexo. Essa postura pode levar à condenação do Acusado, na medida em que a mesma, por si só, cria uma aura de culpabilidade sob o Inquirido.

De acordo com estudos e com a casuística, diversos inquéritos policiais tem sido utilizados no processo penal e, são, muitas vezes, as únicas provas para a condenação de um Acusado.

Surge então, a partir desse problema, casos de sujeitos sentenciados que sequer foram interrogados em Juízo, ou se foram, negaram a autoria do crime. A grande questão é: sob qual fundamento a sentença penal possuirá natureza condenatória nesses casos?

A resposta para essa pergunta é: simplesmente no inquérito policial. Evidencia-se, então, que o inquérito policial no Brasil, sobretudo nos casos tutelados pela Defensoria Pública que atua muitas vezes no papel de Curador, tem enorme preponderância para as sentenças penais condenatórias.

Diversos assistidos da Defensoria Pública alegam ainda forte coação física quando se apresentam diante do delegado de polícia. Esse fato demonstra que uma possível confissão pode estar associada à tortura.

Diante disso, salienta-se que a confissão não é, contemporaneamente, a rainha das provas, justamente, pelos diversos vícios que permeiam tal ato. Entretanto, na prática, após a confissão e mesmo depois de instruir a ação penal inteira, o sujeito é condenado com base no inquérito produzido pela autoridade policial sem nenhum crivo de contraditório.

Outro ponto a ser contextualizado é que o inquérito policial é produzido na data do fato ou nos dias que o sucedem. De outra forma, o processo penal é longo e moroso. Sendo assim, em diversas ações é perceptível que a vítima e as testemunhas sequer reconhecem o Acusado e se contradizem o tempo inteiro durante o depoimento.

Ao final do projeto, espera-se demonstrar a insuficiência da credibilidade e inconstitucionalidade do inquérito policial para instruir uma ação penal, evidenciando a necessidade do Estado tutelar a importância do devido processo legal. Ademais, é patente que para serem cumpridas as regras processuais é preciso construir um processo penal democrático e com todas as garantias prelecionadas pelo ordenamento pátrio.

Para tantos, serão realizadas pesquisas na doutrina brasileira, jurisprudência e casos reais com foco diretamente nos casos em que ocorreram condenações com fundamento no inquérito policial.

Vale lembrar o que o presente estudo não tem o intuito de esgotar o conteúdo, mas, tão somente, expor o panorama contemporâneo, bem como a incongruência com a legislação e a doutrina.

O presente trabalho pretende versar a respeito das engrenagens enferrujadas do processo penal, pois, como afirma Zé Ramalho: “E ter que demonstrar sua coragem, à margem do que possa parecer e ver que toda essa engrenagem já sente a ferrugem lhe comer”.

2. O PROCESSO PENAL

O Processo Penal figura-se dentro do Direito Brasileiro como o instrumento minimamente adequado, no qual se vislumbra a tutela jurisdicional. É no processo penal que ocorre a adequação da paridade de armas, ou seja, a chance da efetivação do processo democrático através do contraditório.

É no Processo Penal que surgem as mais diversas questões acerca de um determinado fato, pois, o processo nada mais é que uma remontagem de um evento pretérito. Assim, têm-se que por intermédio do referido instrumento, o Estado pode aferir as informações denunciadas e, sendo hipótese, punir o sujeito.

Chama-se a atenção aqui para um fato que é essencial à condução do processo. Esse, é o elemento garantidor da ordem democrática dentro de uma demanda, sobretudo criminal, denominando-o de contraditório. Nele, o sujeito acusado de um suposto delito, possui o direito constitucional de instruir o processo com armas páreas às da acusação. Tais acusações que, na maioria esmagadora das vezes são movidas pelo Ministério Público.

O que sobressai da análise dessa perspectiva é que o processo é o instrumento hábil capaz de conter os excessos e a soberania estatal, assim como, permitir o debate acerca dos fatos e, conseqüentemente, obter uma sentença a partir dos moldes do artigo 155, do Código de Processo Penal.

Pode-se afirmar, portanto, que o Processo Penal é a personificação do que seria a democracia dos atos oriundos do Estado. Significa dizer que o processo é a demonstração clara de que não há que se falar em presunção de veracidade dos atos administrativos, quando o objeto analisado é a liberdade do indivíduo.

Em sua obra acerca do Processo Penal brasileiro, Aury Lopes Junior trata do processo com a devida cautela merecida e, com o finco de traduzir a função e as nuances do complexo de procedimentos concatenados que denominamos de Processo.

Nesse aspecto, explica o Aury Lopes Jr.¹:

A teoria do processo como uma relação jurídica é o marco mais relevante para o estudo do conceito de partes, principalmente porque representou uma evolução de conteúdo democrático-liberal do processo, em um momento em que o processo penal era visto como uma simples intervenção estatal com fins de 'desinfecção social' ou 'defesa social'.

Denota-se, portanto, que o processo é o marco em que se concretiza o conceito de democracia, haja vista que, é ele o instrumento oportuno para frear e conter as arbitrariedades do Estado.

Aduz ainda Aury Lopes Jr. sobre o tema, esboçando a teoria dos autores clássicos, senão veja-se²:

Para BÜLOW, o processo é uma relação jurídica, de natureza pública, que se estabelece entre as partes (MP e réu) e o juiz, dando origem a uma reciprocidade de direitos e obrigações processuais. Sua natureza pública decorre do fato de o vínculo se dar entre as partes e o órgão público da Administração de Justiça, numa atividade essencialmente pública. Nesse sentido, o processo é uma relação jurídica de direito público, autônoma e independente da relação jurídica de direito material.

No processo penal, representou um avanço no tratamento do imputado, que deixa de ser visto como um mero objeto do processo, para ser tratado como um verdadeiro sujeito, com direitos subjetivos próprios e, principalmente, que pode exigir que o juiz efetivamente preste a tutela jurisdicional solicitada (como garantidor da eficácia do sistema de garantias previsto na Constituição).

Segundo BÜLOW, o processo é um conjunto de direitos e obrigações recíprocos, isto é, uma relação jurídica. Tal relação é pública, posto que os direitos e as obrigações processuais se dão entre os funcionários do Estado e os cidadãos, desde o momento em que se trata no processo da função dos agentes públicos. É, ainda, uma relação contínua, pois avança gradualmente e se desenvolve passo a passo, numa sequência de atos logicamente concatenados.

Vê-se que a definição do processo penal democrático trazida pelo autor abarca a contento todas as interpretações acerca do tema. Do mesmo modo, afirma Guilherme Nucci³:

O Direito Penal, formador do corpo de leis voltado à fixação dos limites do poder punitivo estatal, somente se realiza, no Estado Democrático de Direito, por meio de regras previamente estabelecidas, com o fim de cercear os

¹ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 11ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2014, p. 46.

² JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 11ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2014, p. 44.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13ª Edição. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2016, p. 70.

eventuais abusos cometidos pelo Estado. Vale ressaltar constituir a principal meta do Direito Penal tutelar a liberdade, impondo regras precisas e detalhadas, para que se possa cerceá-la. Logo, não se trata de um ramo jurídico encarregado unicamente da punição, como pensam alguns. Ao contrário, seus instrumentos jurídicos constituem o molde ideal do Estado Democrático de Direito para punir com equilíbrio, visando ao bem-estar da sociedade e também daquele que sofreu a sanção.

O Direito Processual Penal é o corpo de normas jurídicas com a finalidade de regular o modo, os meios e os órgãos encarregados de punir do Estado, realizando-se por intermédio do Poder Judiciário, constitucionalmente incumbido de aplicar a lei ao caso concreto. É o ramo das ciências criminais cuja meta é permitir a aplicação de vários dos princípios constitucionais, consagradores de garantias humanas fundamentais, servindo de anteparo entre a pretensão punitiva estatal, advinda do Direito Penal, e a liberdade do acusado, direito individual.”

Revela Eugênio Pacelli de Oliveira⁴ em sua obra denominada de “Curso de Processo Penal” acerca do processo penal no Estado Democrático de Direito:

Enquanto a legislação codificada pautava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, o texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais, a começar pela afirmação da situação jurídica de quem ainda não tiver reconhecida a sua responsabilidade penal por sentença condenatória passa em julgado: ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ (art. 5º, LVII).

A mudança foi radical. A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado”.

Têm-se, de certo modo, definições jurídicas acerca do processo penal que evidenciam o seu papel no Estado Democrático de direito, afinal, preleciona a Carta Maior no art. 5º, LIV⁵:

Art. 5º 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:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Urge da literatura do supracitado artigo que o devido processo legal é o único instrumento hábil a ser utilizado no caso da privação da liberdade ou bens dos cidadãos brasileiros ou estrangeiros.

⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 6ª Edição. Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2006, p. 7.

⁵ Constituição Federal da República.

É a hipótese minimamente digna que se verifica, pois, em um Estado Democrático de Direito, o Processo dignifica as relações do Estado x Sujeito e, aliado a isso, permite um julgamento ético, no qual, não há a sobreposição dos interesses do Estado em face dos indivíduos.

A grande problemática surge no momento em que o processo deixa de ser o instrumento capaz de parear as armas com o Estado e há uma subversão desse sentido. Isso implica diretamente na condução do processo que passa a adotar os preceitos retrógrados do modelo inquisitivo.

Essa preocupação tem um desdobramento que consiste no fato de que o processo penal brasileiro tem passado por uma desvirtuação e, corriqueiramente, vêm sendo utilizado para punir os Acusados em demasia ou mesmo sem provas.

Surgem, desse modo, diversas vertentes que ensejam em nulidades desde o inquérito policial à decisão transitada em julgado. Isso porque, a inobservância dos preceitos constitucionais que garantem o direito das partes, faz com que o processo se revele meramente proforma, ou seja, inútil.

A análise do presente trabalho remonta a ação que ressuscitou um antigo modelo de processo penal que havia sido enterrado com uma pá de cal. O grande questionamento, sobretudo, é se em algum momento esse sistema, qual seja, o sistema inquisitorial, deixou de existir.

É fundamental a reavaliação desses conceitos, pois, já se vive um momento *neoinquisitoralista*.

2.1. O PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO

O processo penal acusatório consiste no modelo de processo penal, subsidiariamente, mais rígido que existe. Dele deriva uma das piores heranças do direito, a violência estatal em face de um indivíduo sem a mínima defesa.

O termo subsidiário é utilizado aqui, pois, o sistema acusatório flerta em diversos momentos com o sistema inquisitorial. Desse modo, andando de mãos dadas, tanto o sistema acusatório, quanto o sistema inquisitorial tem sido utilizado nas investigações dos crimes supostamente cometidos no Brasil.

Aqui, utiliza-se o termo acusatório para designar o movimento realizado pela máquina estatal contra o acusado. Esse movimento é típico e, historicamente caracterizado pelas falas fragmentadas nos autos do processo. Significa dizer que tanto o Ministério Público quanto a defesa possuem o mesmo direito de voz.

Diferencia-se do sistema inquisitório no aspecto individualizado que esse possui, pois, havia uma “conurbação” nos papéis do Juízo. Esse se dividia em acusador, defensor e julgador ao mesmo tempo.

A luz da doutrina brasileira, assim como da doutrina estrangeira, na hipótese de ter havido um suposto delito, há que se estabelecer parâmetros para remontar esse determinado fato. Desse modo, como amplamente descrito no tópico acima, o processo penal é o instrumento viável para a remontagem desses fatos.

Assim, evidentemente, pode-se compreender o processo como um instrumento dialético, no qual, ambas as partes produzem juntamente as provas e evidências para a devida instrução processual.

O fato de o legislador constituinte ter se preocupado com o diálogo processual e ter limitado ao juiz o papel de julgador e não instrutor, ou seja, receber as provas e não correr atrás delas, diz respeito ao modelo de sociedade que se almejava no período de redemocratização em 1988. Significa dizer que, apesar dos traumas sofridos durante a vigência do regime militar, no qual, diversos direitos foram violentamente massacrados, vislumbrava-se uma sociedade na qual os indivíduos fossem livres e não sofressem com a força do Estado.

Todavia, o que se tem no modelo de processo acusatório é justamente essa mão pesada do Estado, em determinados aspectos, que insiste em não se desvincular do modelo inquisitorial. Assim, acaba por regredir ao processo penal nos moldes do sistema inquisitorial, criando, dia após dia, juízes (agentes do Estado investido na função da judicatura) *popstar's*, algozes dos Acusados.

Veja-se que se o sujeito figura como Acusado em um processo penal, é porque contra ele existe um processo em tramitação e não uma sentença transitada em julgado. Portanto, não é hipótese de tratá-lo como se condenado fosse.

Na verdade, não é o Acusado quem tem direito a um devido processo legal. O Estado é quem deve um devido processo legal àquele sujeito por estar-lhe imputando

suposta autoria de um determinado delito, quando esse se declarou inocente. E, ainda que houvesse se declarado culpado, o Estado lhe devia o mesmo devido processo legal, haja vista que a confissão não é mais considerada prova soberana.

Na lição de Aury Lopes Junior⁶, o sistema acusatório caracteriza-se, historicamente, do seguinte modo:

Tratando-se de delicta publica, a persecução e o exercício da ação penal eram encomendados a um órgão distinto do juiz, não pertencente ao Estado, senão a um representante voluntário da coletividade (accusator). Esse método também proporcionava aos cidadãos com ambições políticas uma oportunidade de aperfeiçoar a arte de declamar em público, podendo exibir para os eleitores sua aptidão para os cargos públicos.

Como notas características, destacamos:

- a) a atuação dos juízes era passiva, no sentido de que eles se mantinham afastados da iniciativa e gestão da prova, atividades a cargo das partes;
- b) as atividades de acusar e julgar estão encarregadas a pessoas distintas;
- c) adoção do princípio ne procedat iudex ex officio, não se admitindo a denúncia anônima nem processo sem acusador legítimo e idôneo;
- d) estava apenado o delito de denúncia caluniosa, como forma de punir acusações falsas e não se podia proceder contra réu ausente (até porque as penas são corporais);
- e) acusação era por escrito e indicava as provas;
- f) havia contraditório e direito de defesa;
- g) o procedimento era oral;
- h) os julgamentos eram públicos, com os magistrados votando ao final sem deliberar.

Mas na época do Império o sistema acusatório foi se mostrando insuficiente para as novas necessidades de repressão dos delitos, ademais de possibilitar com frequência os inconvenientes de uma persecução inspirada por ânimos e intenções de vingança. Por meio dos oficiais públicos que exerciam a função de investigação (os denominados curiosi, nunciatores, stationarii etc.), eram transmitidos aos juízes os resultados obtidos.

Aury Lopes Jr. ainda trata do tema remontando historicamente acerca do seu surgimento e das inovações que possibilitaram uma presença maior do Acusado em seu próprio processo. Explica⁷:

Finalmente, no século XVIII, a Revolução Francesa e suas novas ideologias e postulados de valorização do homem levam a um gradual abandono dos traços mais cruéis do sistema inquisitório.

⁶ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 11ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2014, p. 64.

⁷ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 11ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2014, p. 65.

Na atualidade, a forma acusatória caracteriza-se pela:

- a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;
- b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades);
- c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo;
- d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo);
- e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente);
- f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte);
- g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa);
- h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional;
- i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;
- j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.

É importante destacar que a principal crítica que se fez (e se faz até hoje) ao modelo acusatório é exatamente com relação à inércia do juiz (imposição da imparcialidade), pois este deve resignar-se com as consequências de uma atividade incompleta das partes, tendo que decidir com base em um material defeituoso que lhe foi proporcionado. Esse sempre foi o fundamento histórico que conduziu à atribuição de poderes instrutórios ao juiz e revelou-se (através da inquisição) um gravíssimo erro.

É notório que as transcrições acima sobejam o conceito de sistema acusatório no processo penal. Entretanto, é necessário frisar que há uma extrema necessidade de aperfeiçoamento do sistema, conforme esclarece Aury Lopes Jr.⁸, *in verbis*:

Frente ao inconveniente de ter que suportar uma atividade incompleta das partes (preço a ser pago pelo sistema acusatório), o que se deve fazer é fortalecer a estrutura dialética e não destruí-la, com a atribuição de poderes instrutórios ao juiz. O Estado já possui um serviço público de acusação (Ministério Público), devendo agora ocupar-se de criar e manter um serviço público de defesa, tão bem estruturado como o é o Ministério Público. É um dever correlato do Estado para assim assegurar um mínimo de paridade de armas e dialeticidade.

Há que salientar que, de certo modo, o Estado carece de cuidados em seus atos, sobretudo porque é a parte mais forte na relação processual. Vê-se, nesse sentido, que a sua força é dispare em relação ao Acusado. Sobre esse assunto vale relembrar à lição de Aury Lopes Junior⁹:

⁸ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 11ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2014, p. 66.

⁹ JUNIOR, AURY LOPES. **Não percebemos o quanto nosso processo penal é primitivo e**

Dizer que o processo penal brasileiro é misto é não dizer nada, pois na atualidade todos o são (tipos processuais puros são históricos). Ainda que "misto", há que se questionar (como ensina a exaustão e em inúmeros trabalhos Jacinto Nelson de Miranda Coutinho) diretamente o núcleo do sistema, onde está o "princípio fundante", que é a gestão da prova. Se a gestão da prova estiver nas mãos das partes, temos a observância do Princípio Dispositivo (ou Acusatório); mas se a gestão da prova estiver nas mãos do juiz (um juiz-ator, portanto), está consagrada a adoção do Princípio Inquisitivo, que funda um sistema inquisitório. Não é preciso mais do uma rápida leitura do artigo 156 do CPP ou mesmo do artigo 385 para ver ali consagrada a adoção do Princípio Inquisitivo na fase processual, ou seja, a assunção de que o processo penal brasileiro é inquisitório, em absoluto desprezo ao modelo acusatório-constitucional-convencional.

Evidencia-se, sobretudo, que o Estado, de forma (in) consciente, se preocupa em exacerbo com a acusação em detrimento da defesa. Nesse sentido, explica Guilherme Nucci¹⁰:

Possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra.

Pode-se apontar a prevalência do sistema acusatório na época romana antiga, ao mesmo tempo em que se pode encontrá-lo na legislação atual de vários países. Não é uma criação inédita do Iluminismo, tampouco um sistema infalível. Mesmo os ordenamentos jurídicos mais modernos, que adotam a prática acusatória como regra, terminam por acolher alguns aspectos do inquisitivo, no mínimo para a primeira fase da colheita da prova, pois mais eficiente e célere.

Há, de certo modo, uma ligação umbilical entre o Estado e o sistema Acusatório. Observa-se, conforme as lições dos ilustríssimos autores, que no sistema aqui descrito não há o desvencilhamento por completo do sistema inquisitorial. Muito embora seja rompido em alguns aspectos, outra parte permanece sendo aplicada do mesmo modo que no sistema processual anterior.

Afirma Eugênio Pacelli de Oliveira¹¹ acerca do tema:

De modo geral, a doutrina costuma separar o sistema processual inquisitório do modelo acusatório pela titularidade atribuída ao órgão da acusação: inquisitorial seria o sistema em que as funções de acusação e de julgamento estariam reunidas em uma só pessoa (ou órgão), enquanto o acusatório seria

inquisitório. Revista eletrônica consultor jurídico. 16 de março de 2018.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 13ª Edição. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2016, p. 109.

¹¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 6ª Edição. Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2006, p. 8.

aquele em que tais papéis estariam reservados a pessoas (ou órgãos) distintos. A par disso, outras características do modelo inquisitório, diante de sua inteira superação no tempo, ao menos em nosso ordenamento, não oferecem maior interesse, caso do processo verbal e em segredo, sem contraditório e sem direito de defesa, no qual o acusado era tratado como objeto do processo.

O autor consubstancia uma importante discussão acerca do sistema acusatório, pois, critica boa parte da doutrina que acredita que os problemas foram cessados com o fim do sistema inquisitivo e a instauração do sistema acusatório.

Evidentemente que toda mudança requer um tempo. É fundamental que se analise as questões relacionadas às nuances processuais garantistas sob uma óptica contemporânea e ligada à realidade fática.

Nesse sentido, acrescenta Eugênio Pacelli de Oliveira¹²:

A questão não é tão simples. Há realmente algumas dificuldades na estruturação de um modelo efetivamente acusatório.

Em primeiro lugar, nenhum tribunal até hoje se levantou contra a *mutatio libelli* do art. 384 do CPP, no qual se permite uma alteração substancial da peça acusatória, a partir de fatos e/ou circunstâncias que o juiz considere provados na instrução criminal. Assim, uma nova acusação é formulada pelo próprio juiz, com a agravante de já significar uma antecipação da valoração que ele estará fazendo do material probatório já produzido. Veja-se: 'Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos [...] (art. 384, CPP).

A hipótese trazida pelo autor, *mutatio libelli*, é claramente um fato que pesa contra o Acusado e o mesmo sequer se defende deles. Essa atuação do magistrado é manifestamente inconstitucional, uma vez que cerceia a defesa do indivíduo.

Assevera trazer à baila a contribuição do ilustríssimo professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho¹³ que, fazendo uma remontagem histórica, elucida os princípios e as razões que deram vazão para a criação do sistema acusatório. Explica o professor e autor que quanto a esse assunto, se trata da responsabilidade do acusado com a sua defesa, mas também da responsabilidade do Estado em outorgar esse direito de defesa, esclarece:

Para tanto, a regra era a liberdade, sendo certo que o acusado era responsável pelas explicações que deveria dar. Por sinal, não se produziam

¹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 6ª Edição. Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2006, p. 9.

¹³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado**. Revista de informação legislativa. Brasília, 2009, p. 107.

provas no início: o Jury era a prova. Elas só vieram – como regra – nos séculos XV e XVI, como evidencie, quando já não se tinha mais conhecimento dos fatos e, portanto, era necessário reconstituir o crime e seus pormenores.

O autor, portanto, traz a essência da transição do sistema inquisitorial para o sistema acusatório. Nesse aspecto, denota-se como gradativamente o sistema processual adotado ganhou forma e aos poucos foi evidenciando as formas necessárias para seu aprimoramento. Fazia-se necessária a construção de um sistema dialético. Não era mais admissível um sistema processual sem a devida defesa do Acusado, e isso, temerosamente pode ser um problema contemporâneo.

Aduz Jacinto Nelson de Miranda Coutinho¹⁴:

O vital, porém, era que os juízes decidiam com base naquilo que sabiam (como não poderia deixar de ser), mas, depois, com base naquilo que as partes aportavam ao processo, o qual se mostrava como um jogo dialético entre os argumentos delas, em geral travado em local público. Tal sistema é o que se convencionou chamar, mais tarde, na forma como se conhece hoje, de Sistema Acusatório e, a partir desse padrão, domina boa parte dos sistemas processuais penais do mundo.

Com isso, não significa dizer que o sistema acusatório é o melhor dos sistemas, mesmo porque, o sistema vigente no Brasil e em muitos países é o sistema misto. Daí o motivo de poder afirmar que o sistema acusatório, muito embora tenha sido idealizado com intenções ditas democráticas, herdou características do sistema inquisitorial.

2.2. DAS PROVAS PRODUZIDAS EM CONTRADITÓRIO

Após a observância das características do sistema acusatório que derivou do sistema inquisitorial, percebe-se que esse fez com que paulatinamente o processo penal se tornasse minimante justo para quem figurava no polo passivo.

Responder a um processo penal ainda é doloroso, moroso e desagradável numa perspectiva brasileira. Do mesmíssimo modo, o estigma criado em torno de quem figura como Acusado num processo de natureza penal, independentemente do tipo penal em discussão, bem como do seu grau de reprovabilidade social, ainda afeta a vida do indivíduo.

¹⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado**. Revista de informação legislativa. Brasília, 2009, p. 107.

Para além disso, existem diversas discursões acerca das medidas cabíveis dentro de um processo que contradizem os anseios do processo penal democrático. A exemplo disso, pode-se observar algumas prisões processuais ou mesmo administrativas que são manifestamente ilegais.

Outrossim, merece destaque as condutas das autoridades que regem o processo e chancelam esses comportamentos que a própria legislação admite ser essencial ao processo.

Não obsta destacar que diversas violações processuais são tidas como uma perspectiva válida pautando-se no “risco da democracia”, termo cunhado para designar erros processuais que se revelam inconstitucionais, porém que supostamente deveriam ser realizados a qualquer modo.

Esse argumento ganha força na medida em que as provas produzidas em contraditório deveriam ser produzidas, sobretudo, com a liberdade do sujeito que é a via ordinária adotada pelo Código de Processo Penal.

Todavia, as constantes violações quanto à defesa dos Acusados são utilizadas com sentido teleológico, no qual se verifica a intenção de punir sem antes oportunizar a palavra.

As garantias da produção das provas sob o crivo do contraditório são dadas pela Constituição Federal que se preocupou em criar um sistema *duo*, razão pelo qual denomina-se “direitos às garantias do contraditório e da ampla defesa constitucionais”.

A partir dessa perspectiva é possível analisar o que versa Dirley da Cunha Junior¹⁵:

As garantias do contraditório e da ampla defesa estão previstas no art. 5º, LV, da Constituição, nos seguintes termos: *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.*

Tais garantias completam e dão sentido e conteúdo à garantia do devido processo legal, pois seria demasiado desatino garantir a regular instauração forma de processo e não se assegurar o contraditório e a ampla defesa àquele que poderá ter a sua liberdade ou o seu bem cerceado; ademais, também não haveria qualquer indício de razoabilidade e justiça numa decisão

¹⁵ JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Edição. Editora Juspodivm, Salvador, 2015, p. 589.

quando não se permitiu ao indivíduo às mesmas garantias do contraditório e da ampla defesa.

Assim, resta evidenciada a essência das garantias constitucionais, aqui sendo listadas como contraditório e ampla defesa, que sobretudo no processo penal, efetivam-se para a mais lúdima justiça.

Ademais, as provas produzidas em contraditório foram criadas para que permitisse ao Acusado participar do processo no qual está em jogo uma severa punição contra si. Nesse sentido, é válido salientar que as provas produzidas sob o crivo do contraditório permitem um novo olhar sob o processo que não o da acusação.

Acerca desse fato, explica esmiuçadamente Aury Lopes Junior¹⁶:

Com o fracasso da inquisição e a gradual adoção do modelo acusatório, o Estado seguia mantendo a titularidade absoluta do poder de penar e não podia abandonar em mãos de particulares esse poder e a função de persecução. Logo, era imprescindível dividir o processo em fases e encomendar as atividades de acusar e julgar a órgãos e pessoas distintas. Nesse novo modelo, a acusação continua como monopólio estatal, mas realizada através de um terceiro distinto do juiz.

Aqui nasce o Ministério Público. Por isso, existe um nexo entre sistema inquisitivo e Ministério Público, como aponta CARNELUTTI, pois essa necessidade de dividir a atividade estatal exige, naturalmente, duas partes. Quando não existem, devem ser fabricadas, e o Ministério Público é uma parte fabricada. Surge da necessidade do sistema acusatório e garante a imparcialidade do juiz. Eis aqui outro erro histórico: a pretendida imparcialidade do MP.

Verifica-se, desse modo, que o Ministério Público é “braço” do Estado, assim como o juiz. Significa dizer que o sistema adotado atualmente ainda permanece com uma macro presença do Estado que trabalha acusando e julgando os Acusados.

Na verdade, o início do processo é díspare com o indivíduo na medida em que todo o aparato estatal está contra ele, senão observe: Juiz, *Parquet*, Peritos, Delegados, Policiais, Carcereiros, Legistas, todos esses agente públicos na investidura da função que consiste num papel cristalinamente voltado contra o Acusado.

¹⁶ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 11ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2014, p. 70.

Acrescenta Aury Lopes Junior¹⁷ que essa suposta separação das funções dentro do processo não tem eficácia constitucional:

Dada a sua complexidade, como conjunto de atos concatenados, o processo é formado por toda uma cadeia de circunstâncias que se inter-relacionam e influem no resultado final. Basta analisar o sistema inquisitório, para ver que ao lado da acumulação de funções (investigar, acusar e julgar) existe toda uma gama de princípios que juntos compõem e dão conteúdo ao todo. Especial atenção merece o contraditório, pois existe uma acertada tendência de considerá-lo fundamental para a própria existência do processo enquanto estrutura dialética.

Com relação à separação das atividades de acusar e julgar, trata-se realmente de uma nota importante na formação do sistema. Contudo, não basta termos uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação e depois, ao longo do procedimento, permitir que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora, como, por exemplo, permitir que o juiz de ofício converta a prisão em flagrante em preventiva (art. 310), pois isso equivale a “prisão decretada de ofício”; ou mesmo decrete a prisão preventiva de ofício no curso do processo (o problema não está na fase, mas, sim, no atuar de ofício!), uma busca e apreensão (art. 242), o sequestro (art. 127); ouça testemunhas além das indicadas (art. 209); proceda ao reinterrogatório do réu a qualquer tempo (art. 196); determine diligências de ofício durante a fase processual e até mesmo no curso da investigação preliminar (art. 156, incisos I e II); reconheça agravantes ainda que não tenham sido alegados (art. 385); condene ainda que o Ministério Público tenha postulado a absolvição (art. 385), altere a classificação jurídica do fato (art. 383) etc.

Fica evidente a insuficiência de uma separação inicial de atividades se, depois, o juiz assume um papel claramente inquisitorial. O juiz deve manter uma posição de alheamento, afastamento da arena das partes, ao longo de todo o processo.

Vê-se que a falaciosa separação das funções dentro do processo em nada contribui para um efetivo direito processual penal democrático. *Contrario sensu*, essa separação implica no mesmo sistema que o Estado se declarou romper, qual seja o sistema inquisitorial.

A respeito do tema explica Guilherme Nucci¹⁸:

O sistema adotado no Brasil é o misto. Na Constituição Federal de 1988, foram delineados vários princípios processuais penais, que apontam para um sistema acusatório; entretanto, como mencionado, indicam um sistema acusatório, mas não o impõem, pois quem cria, realmente, as regras processuais penais a seguir é o Código de Processo Penal.

¹⁷ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 11ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2014, p. 73.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13ª Edição. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2016, p. 110.

De outra parte, encontram-se na Constituição as normas prevendo a existência da polícia judiciária, encarregada da investigação criminal. Para essa fase, por óbvio, os postulados acusatórios não se aplicam.

Aqueles que sustentam a existência exclusiva do sistema acusatório, somente porque a Constituição apresenta princípios processuais penais pertinentes ao referido sistema, esbarram em patente equívoco. A adoção de princípios acusatórios não significa, em hipótese alguma, a eleição de um sistema de persecução penal exclusivamente calcado nesse molde.

Cristalinamente, ensina Nucci que invocar anseios do sistema acusatório, pura e simplesmente, não faz com que o sistema adotado no Brasil seja de fato o acusatório. Para além da vontade de ser regido pelo sistema acusatório, tem que manifestamente o ser e aplicar suas diretrizes.

Desse modo, resta evidente, portanto, que os resquícios herdados do sistema inquisitorial permeiam o processo penal até os dias de hoje, fazendo com que cada vez mais os Acusados tenham seu direito de defesa cerceado.

Observa-se que, particularmente, um dos instrumentos mais teratológicos do direito contemporâneo brasileiro é o inquérito policial. Esse, que é o objeto mor desse estudo, tem características, ontologicamente, e, substancialmente, voltadas à acusação sem direito de defesa.

Nele, como bem define a doutrina brasileira, acontece a maior prova de violência estatal em face dos seus jurisdicionados. Para Guilherme Nucci¹⁹ e boa parte da doutrina criminalista, o inquérito policial não pode ser anexado aos autos do processo justamente pelo teor inquisitivo que ele possui. Senão, observe:

É essencial visualizar na persecução penal brasileira a colheita inicial da prova através do inquérito policial, presidido por um bacharel em Direito, concursado, que é o delegado, com todos os requisitos do sistema inquisitivo (sigilo, ausência de contraditório e de ampla defesa, procedimento eminentemente escrito, impossibilidade de recusa do condutor da investigação etc.). Somente após, ingressa-se com a ação penal e, em juízo, passam a vigorar as garantias constitucionais pertinentes ao sistema acusatório.

Fosse verdadeiro e genuinamente acusatório o nosso sistema, não se poderia levar em conta, para qualquer efeito, as provas colhidas na fase inquisitiva, o que não ocorre em nosso processo na esfera criminal, bastando fazer a leitura do art. 155 do CPP. O juiz leva em consideração muito do que é produzido durante a investigação, como a prova técnica (aliás, produzida uma só vez durante o inquérito e tornando difícil à defesa a sua contestação

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13ª Edição. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2016, p. 110.

ou renovação, sob o crivo do contraditório), os depoimentos colhidos e, sobretudo – e lamentavelmente – a confissão extraída do indiciado.

Corroborando com o objeto desse estudo, acentua Guilherme Nucci²⁰ que, frequentemente, diversos casos são julgados com as provas produzidas no inquérito, ou seja, claramente inconstitucionais.

Quantos não são os feitos em que se vê, na sentença condenatória, o magistrado fazendo expressa referência à prova colhida na fase inquisitiva, desprezando o que foi obtido em juízo? Eis o esclarecimento de ANTONIO SCARANCE FERNANDES: “Embora a utilização dos informes do inquérito para a condenação represente ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência, na prática forense os elementos colhidos durante a investigação têm influído na condenação do acusado. Além de haver orientações dos tribunais no sentido de que os dados obtidos no inquérito, se confirmados por outros elementos ou se não infirmados pela defesa, podem ser considerados pelo juiz, o fato de os autos de inquérito permanecerem junto aos autos do processo faz com que o julgador tome conhecimento do que foi apurado pela polícia. Assumiu, assim, o inquérito função anômala, não condizente com os citados princípios do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência” (Teoria geral do procedimento e procedimento no processo penal, p. 307).

Verifica-se, pois, que o inquérito policial tem servido como base para condenações no âmbito penal que vão de encontro ao que preleciona a Carta Maior.

O inquérito não pode servir de base para o processo penal justamente porque não obedece à regra da produção de provas produzidas em contraditório. Tratar os elementos colhidos na fase inquisitorial como prova e, ademais disso, utilizá-los como fundamentação para a sentença é uma ofensa brutal ao direito brasileiro.

Ademais, ainda nessa senda, entende-se que o inquérito deveria ser desvincilhado do processo, não podendo o juiz ou jurados (no caso do júri), terem contato com tais elementos da investigação.

O inquérito não é prova. O inquérito é uma investigação administrativa, na qual o Delegado de Polícia colhe elementos preliminares sobre um suposto fato sem oportunizar a defesa do suposto autor.

É possível concluir, portanto, que uma vez concluído o inquérito, não significa dizer que o processo está resolvido. Contrariamente a isso, o processo está apenas

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13ª Edição. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2016, p. 111.

começando e serve justamente para averiguar as informações que constam da denúncia.

Desse modo, a presunção que deve prevalecer durante todo o processo é da inocência do réu, conforme art. 5º, LVII, da Constituição Federal²¹. Porém, o que se observa por diversas vezes é a condenação antecipada do acusado sem quaisquer provas produzidas na fase instrutória.

No que se refere às bases do processo penal acusatório e da produção de provas em contraditório, escreve Jacinto Nelson de Miranda Coutinho²²:

O certo, não obstante, é que o CPP configura um Sistema Misto e, deste modo, mantém na base o Sistema Inquisitorial e a ele agrega elementos típicos da estrutura do Sistema Acusatório. Pesa, nele, em todos os quadrantes, a sobreposição de funções do órgão jurisdicional e do órgão de acusação. Quando o juiz é o senhor plenipotenciário do processo – ou quase – e pode buscar e produzir a prova que quiser a qualquer momento (na fase de investigação e naquela processual) não só tende sobremaneira para a acusação como, em alguns aspectos, faz pensar ser despiciendo o órgão acusatório. O sério problema que surge – com certo ar de naturalidade – é que esse mesmo órgão jurisdicional que investiga e produz provas vai, depois, julgar, ou seja, acertar o caso penal. Isso, por si só, faz pensar na falta de imparcialidade (tomada como equidistância das partes e seus pedidos) e, por suposto, no vilipêndio daquilo que é, para alguns, quase sacro na Constituição: o lugar que a nação delega a quem é investido do poder jurisdicional, mormente para decidir, por ela, contramajoritariamente.

Da lição do professor acima citado, podemos observar que a acusação fundada no inquérito é um grande desatino contra a democracia brasileira. Mas, a sentença prolatada com fundamento no inquérito se revela uma excrecência ainda maior.

Ademais, aduz o autor que, cada ente deve ocupar um espaço dentro do processo. As provas produzidas sob crivo do contraditório são uma personificação da democracia, razão pela qual se exige tais observâncias.

²¹ Art. 5º 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:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

²² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado**. Revista de informação legislativa. Brasília, 2009, p. 111.

Fundamental então, que cada sujeito processual figure no seu espaço, como bem preleciona Jacinto Nelson de Miranda Coutinho²³, delimitando às funções que cada um deverá exercer, esposado do seguinte modo:

Ora, o juiz poder condenar contra o pedido do MP, vertido, no texto, como mera opinião: O juiz poderá proferir sentença condenatória, nos estritos limites da denúncia, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, não podendo, porém, reconhecer qualquer agravante não alegada ou causa de aumento não imputada. Em suma, espraiada pelo Projeto inteiro, vê-se uma grande evolução das atribuições do MP mas, sem dúvida, ainda foi acanhada e fruto de um aparente medo já não mais cabível nos tempos atuais. A maior liberdade sabe-se bem é sempre acompanhada da responsabilidade se, em questão, está a ordem constitucional.

Por fim, a defesa ganha mecanismos para se efetivar corretamente. Autodefesa e defesa técnica, como previsões legais, podem não ser nada se as pessoas que as agitam não têm o devido domínio do lugar ocupado. Fala forte, neste espaço, a diferença econômica dos réus e a consciência necessária sobre o assunto. Daí ser inarredável a exigência do Estado construir, como é de sua obrigação, em todos os níveis competentes, Defensorias Públicas que respondam, dentro do devido padrão de qualidade exigido, pelas funções que lhes foram atribuídas na Constituição. Assim, sem o correto acesso à Justiça aos menos favorecidos, não haverá, nunca, democracia processual.

Não se trata – há de se entender – de pregar e impor um sistema processual em favor dos criminosos como, sem qualquer procedência, têm pregado os menos avisados, sempre adeptos à força, em geral à Lei e Ordem, desde que seja contra os outros, obviamente. O Sistema Acusatório não é e nunca foi sinônimo da impunidade, algo, por sinal, por que se reclama tanto do sistema atual. Trata-se isso sim de um sistema que realça o papel das partes a começar por aquele do juiz não só por compatibilizá-los com os ditames constitucionais, mas, sobretudo, em razão de permitir que se caminhe na direção de uma maior democracia processual.

Desse modo, é patente que a doutrina tem se preocupado com o processo penal democrático, ou seja, visto sob o prisma do contraditório, porque têm-se uma ameaça aos direitos constitucionais e processuais.

É preciso militar não somente a favor de um processo penal democrático, mas em favor de um processo penal legal, sobretudo em dias sombrios como os que estamos vivenciando.

²³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado**. Revista de informação legislativa. Brasília, 2009, p. 115.

2.2.1. Contraditório Real

Entende-se como contraditório real o momento no qual a prova está sendo produzida, ou seja, o contraditório é realizado concomitantemente com a prova. Esse contraditório reflete um ato pleno da democracia processual, haja vista que permite que a parte possa apreciar a prova e produzi-la bilateralmente.

Um exemplo marcante dessa forma de contraditório é a produção de prova testemunhal. Isso porque, a oitiva é realizada em Juízo e as partes possuem a prerrogativa de inquirir a testemunha.

Desse modo, quando algo é perguntado ao depoente, todos ouvem a resposta, assim como, todos podem perguntar. Esse ato praticado faz com que o que fora extraído de informação seja utilizado no processo para instruí-lo conforme assevera à Constituição Federal.

No contraditório real, não há a inquirição de testemunha somente por uma das partes ou mesmo pelo Juiz. Mesmo porque, as provas não pertencem às partes, no Processo Penal as provas pertencem ao processo.

Vê-se, contudo, o que preleciona o artigo 212²⁴, do Código de Processo Penal:

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Cristalino, portanto, o entendimento de que as testemunhas pertencem ao rol do contraditório real, pois, o mesmo é efetivado instantaneamente, ou seja, no ato da produção da prova.

2.2.2. Contraditório Diferido

No contraditório diferido, as provas são produzidas antes do contraditório. Significa dizer que, primeiro se constrói a prova para que depois a mesma passe a ser analisada pelo crivo do contraditório.

²⁴ Código de Processo Penal Brasileiro, Decreto-Lei n.º 3.689/41.

De logo, verifica-se que o argumento para a impugnação dessa prova, melhor dizendo, dessa espécie de contraditório, não pode ocorrer somente pelo fato de não estar presente a outra parte interessada, o acusado por exemplo. Isso porque, muitas provas dependem da imediaticidade do ato para serem produzidas.

Vê-se, contudo, que o contraditório diferido é um meio de defesa que vigora posteriormente à produção da prova. Isso implica em algumas nulidades, mas, faz-se necessário quando corre o risco da prova perecer ou mesmo perder o objeto.

Um dos exemplos mais clichês do contraditório diferido é o corpo de delito e alguns exames periciais, previstos no capítulo II, do Código de Processo Penal.

Têm-se no bojo do artigo 158²⁵, do diploma mencionado, que quando uma infração deixar vestígios, é indispensável o exame de corpo de delito. Esse exame evidenciará o que de fato houve com a suposta vítima, não podendo aguardar a manifestação do ofensor para a produção da prova.

Denota-se da inteligência do artigo, *in verbis*:

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Da literatura do artigo, é possível destacar que essa produção de prova é imediata, evidenciando, portanto, um contraditório que somente se efetivará a *posteriori*, ou seja depois de realizado o exame.

²⁵ Código de Processo Penal Brasileiro, Decreto-Lei n.º 3.689/41.

3. DO INQUÉRITO POLICIAL

Após as considerações realizadas acima, insta questionar acerca de um determinado instituto, o inquérito policial.

Ontologicamente, o inquérito policial nada mais é que inquirir um sujeito com o fim de extrair dele resposta satisfativas sobre determinado fato. No que tange à esfera penal, o inquérito figura como um instrumento teratológico e obsoleto que deveria ter sido extinto com os dinossauros ou mesmo com a Constituição Federal promulgada em 1988.

O Inquérito surge para investigar, preliminarmente, um determinado fato. Esse fato, ordinariamente, tem de chegar ao conhecimento da autoridade policial por meio de uma notícia, uma notificação ou mesmo à requerimento do Ministério Público.

A grande insatisfação com esse instrumento é que nele não se permite o propalado contraditório. Em verdade, é difícil admitir uma sociedade dita civilizada e que prega anseios liberais, que ainda se vale de um inquérito policial para iniciar uma ação penal.

A natureza do inquérito policial é administrativa. Ora! A própria Constituição Federal fala no artigo 5º, LV²⁶, que haverá contraditório mesmo nos processos administrativos, expondo:

Art. 5º 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:

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

Com isso, é possível confirmar que nos processos administrativos cabem todos os meios de defesa e é, justamente por isso que deveria ser efetivo o contraditório ainda em sede de inquérito policial.

Não obstante a esse fato, têm-se ainda que o inquérito policial é a fase na qual se realizam os procedimentos sem a defesa técnica para acompanhar determinados atos. Pode-se afirmar então que o inquérito além de não oportunizar o contraditório

²⁶ Constituição Federal da República.

cerceia a defesa, que não tem acesso aos autos nos procedimentos adotados pela autoridade policial.

O Inquérito policial, além de não permitir o devido contraditório, é regido pelo princípio da sigilosidade, princípio esse que é antagônico ao princípio da publicidade. De logo, resta demonstrado que dificulta a defesa do Acusado e deixa margem para as arbitrariedades do Estado, pois os elementos que compõem o inquérito são produzidos unilateralmente.

Vale salientar que o inquérito policial não deveria contribuir para o processo penal que, conseqüentemente, partirá dele, pois, o mesmo está eivado de ilegalidades e nulidades.

Denota-se que se a intenção do legislador constitucional foi a criação de um procedimento no qual o sujeito pudesse se defender. Assim, resta claro que, não pode um único instrumento ir de encontro ao comando constitucional, destoando totalmente daquilo que ordenou o constituinte.

Com relação a ontologia do inquérito, vale ressaltar as lições de Aury Lopes Júnior²⁷:

Inquérito é o ato ou efeito de inquirir, isto é, procurar informações sobre algo, colher informações acerca de um fato, perquirir. O CPP de 1941 denomina a investigação preliminar de inquérito policial em clara alusão ao órgão encarregado da atividade. O inquérito policial é realizado pela polícia judiciária, que será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria (art. 4º).

Do mesmo modo, observa-se que se trata de um instrumento investigativo, ou seja, puramente metódico. Não há porque considerar esse instrumento dentro do processo quando a própria essência do mesmo admite que não se trata de informações completas.

Ademais, é no inquérito policial que se constatam as maiores violências contra os direitos fundamentais. A exemplo disso, inúmeros casos servem, corriqueiramente, para alimentar as estatísticas quando o sujeito é preso em flagrante e não permitem

²⁷ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 11ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2014, p. 194.

telefonema ao advogado, não comunicam ao Ministério Público, sequer lavram o auto de prisão. O inquérito só começa tempos depois da prisão do Inquirido.

Esse instrumento se revela arcaico e ultrapassado. Não pode o mesmo instruir um processo que trata da liberdade de um indivíduo.

O inquérito policial é um instrumento muito raso para tratar da liberdade que é o maior bem tutelado pelo ordenamento jurídico.

3.1. DA LEI 13.245

A Lei que ampliou as prerrogativas dos advogados na atuação do inquérito foi uma grande conquista para a classe e para as garantias dos inquiridos.

Ocorre que essa lei não tem aplicação prática, pois, diante da cultura inquisitorial que vige no Brasil, as prerrogativas dos advogados são cerceadas.

Diz a lei²⁸:

XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital;

XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

a) apresentar razões e quesitos;

Essa legislação é uma tentativa de dignificação do inquérito policial, muito embora, não seja acolhida.

²⁸ Lei 13.245/2016

4. DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA

De tempos em tempos uma nova onda surge no direito. Essas ondas consistem em movimentos que transladam o direito e ocasionam o que comumente chama-se de *overruling* processual. Entretanto, quando não mudam o direito pela jurisprudência, fazem isso pela doutrina.

Vê-se que nas últimas décadas o direito brasileiro, sobretudo o direito processual penal sofreu graves violações. A racionalidade penal moderna se instalou nas mentes dos juristas e, acima de tudo, na mente dos brasileiros.

Esse fenômeno advém da necessidade de punir a qualquer custo, inobservando os preceitos legais e a crença que a prisão é sempre a melhor solução a maioria dos casos.

A aplicação da racionalidade penal moderna é tão gritante que chegou às portas do Supremo Tribunal Federal e restou entendido pelos Ministros, que a pena imputada a um indivíduo poderia ter seu cumprimento iniciado caso houvesse condenação pelo Tribunal de segunda instância.

No polêmico caso, falava-se do HC 126292 no qual se requeria a liberdade do sujeito que fora condenado pelo Tribunal de São Paulo pelo crime de roubo, previsto no art. 157, e teve o apelo negado com a expedição de mandado de prisão.

Após a confirmação do ato praticado pelo Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, o Supremo entendeu que era sim, caso de início de cumprimento antecipado da pena após decisão de segunda instância, contrariando o que diz o artigo 5º, LVII, da Constituição Federal²⁹.

É válido trazer à baila a ementa do acórdão que confirmou o precedente no Agravo Regimental:

Ementa: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

²⁹ Art. 5º 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:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.

(ARE 964246 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-251 DIVULG 24-11-2016 PUBLIC 25-11-2016)

A tese adotada pelo Supremo Tribunal Federal para que se utilizasse do cumprimento antecipado da pena para punir de qualquer modo os supostos criminosos, haja vista que ainda havia à possibilidade de mudança de entendimento através de recursos, foi a seguinte:

A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal³⁰.

Claramente se verifica que a tese aplicada fere o princípio constitucional da presunção da inocência. Durante anos o entendimento era pacífico no sentido de que só poderia ser iniciada a execução da pena após o trânsito em julgado da decisão que condenou o acusado.

Entretanto, o que houve com a mudança de entendimento foi uma lamentável surpresa e a descoberta do retrocesso pelo qual o Brasil estava passando com relação aos direitos fundamentais do indivíduo.

Nessa senda, é válido salientar que a racionalidade penal moderna é marcada pelo abuso de instrumentalização que cerceia a liberdade dos acusados e pela necessidade de punição.

A racionalidade penal moderna se destaca cada dia mais no âmbito das relações processuais e extraprocessuais. A exemplo disso é válido citar o que ocorre

³⁰ (ARE 964246 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-251 DIVULG 24-11-2016 PUBLIC 25-11-2016)

Disponível em:

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28126292%29&base=baseRepercu ssao&url=http://tinyurl.com/qt7v4qz>

com a lei que regulou os juizados especiais, qual seja a Lei 9.099/95, cujo princípio rege é a celeridade e simplicidade dos atos processuais.

Todavia, na praxe, o que se observa é que nos ritos dos processos do juizado há um verdadeiro ato que, se confunde com compelir o indivíduo a aceitar uma transação com o Ministério Público.

Desse modo, resta evidente que de todos os modos o sujeito se sente pressionado a pactuar um acordo e não se defende nos autos, ensejando assim em uma confissão tácita, ainda que possua natureza diversa.

Portanto, é patente que a estrutura do pensamento da Racionalidade Penal Moderna se ramifica de diversos modos, atuando assim no inconsciente coletivo que possui várias vertentes.

Segundo Álvaro Pires³¹, a racionalidade penal moderna contaminou a sociedade, diz o autor:

O conceito de racionalidade penal comporta dois sentidos. Num sentido teórico e formal, indica simplesmente um sistema de pensamento que se identifica como relativo à justiça criminal e assim se autodistingue dos outros sistemas, mas que para ser relativamente autônomo não precisa se distinguir ponto por ponto, da mesma maneira que os seres humanos são distintos tendo vários pontos em comum (fisiológicos, por exemplo). Num sentido empírico e descritivo, designa uma forma concreta de racionalidade que se atualizou num determinado momento histórico. Assim, qualifico como moderna essa forma de racionalidade penal que se construiu no Ocidente a partir da segunda metade do século XVIII. Assinale-se que um tal sistema de pensamento jamais é inteiramente determinado por uma causalidade material externa (transformações na sociedade): a justiça penal produz o seu próprio sistema de pensamento na medida em que se constitui como um subsistema do sistema jurídico, no âmbito de um processo em que o direito se diferencia no interior do direito. Dessa maneira, o direito penal moderno será construído e percebido como um subsistema jurídico com identidade própria.

Um dos efeitos da racionalidade penal moderna será o de naturalizar a estrutura normativa inicialmente eleita pelo sistema penal. É quando tentamos pensar o sistema penal de outra forma que tomamos consciência da colonização que ele exerce sobre a nossa maneira de ver as coisas. Na lei penal, a norma de comportamento é freqüentemente formulada sob a forma de uma estrutura normativa telescópica do seguinte tipo: "Aquele que faz x pode ou deve ser punido com y". Essa estrutura é telescópica porque justapõe uma norma de sanção (permitindo ou obrigando a aplicação da pena indicada) a uma norma de comportamento (não fazer isso ou fazer obrigatoriamente aquilo). Tal construção é portanto o resultado de uma junção de dois níveis distintos de normas: de primeiro grau, referentes ao

³¹ PIRES, Álvaro. **A RACIONALIDADE PENAL MODERNA, O PÚBLICO E OS DIREITOS HUMANOS**. Novos estudos, CEBRAP, n.º 68. 2014.

comportamento, e de segundo grau, relativas às normas de sanção. Podemos dizer desde já que nessa estrutura telescópica adquirem particular visibilidade três tipos de penas (normas de segundo grau): a morte (ou um castigo corporal), a prisão e a multa. É a pena aflictiva — muito particularmente a prisão — que assumirá o lugar dominante no auto-retrato identitário do sistema penal.

Desse modo, mostra-se alarmante esse fato contemporaneamente, segundo Álvaro Pires. O Inquérito Policial é parte dessa sistemática.

5. DAS FALÁCIAS DO PROCESSO PENAL

Em consonância com o texto constitucional, vive-se perante uma abordagem ideal, onde todas as garantias são respeitadas e o indivíduo, que figura como Acusado no polo de uma ação penal, possui todas as prerrogativas que lhe são de direito. Porém não é o que nos é apresentado na prática, onde existe uma supressão desses direitos como forma de garantia da eficiência do processo penal, consistindo assim na falácia do processo penal brasileiro.

É dito então que o eficientismo penal é um feedback político à opinião pública em que a persecução penal é eleita como um remédio de todos os males da sociedade, a qual termina por "envaidecer" o direito criminal.

Então, ante a sociedade a uma ordem constitucional que vislumbra um Estado Democrático de Direito, a utilização do discurso constitucional como simples retórica na produção de uma mitologia setorial na esfera do processo penal brasileiro acaba por contribuir para a recriação de um meio autoritário, contestando dessa forma as premissas contidas na Carta Maior.

Vale afirmar que, em se considerando que a sociedade brasileira é de fato marcada, historicamente, pelo autoritarismo, a falácia que se concebe em volta do discurso constitucional ineficaz, por si só acaba por dirigir ao caminho de naturalização do autoritarismo, proporcionando o acolhimento de um processo penal em descompasso total com a Constituição de 1988.

Como se observa, a aparência do Sistema Penal em vigor remete-se ao que se denomina de Sistema Inquisitório, que se distancia da idealidade do Sistema Acusatório, do qual se difundiu a crença que o Brasil faria parte.

Porém, é o próprio aspecto de funcionamento conferida à justiça criminal um dos aspectos que revela, talvez de maneira subliminar, que estamos muito distantes de um modelo processual acusatório.

Segundo Rubens Casara³², o Brasil vive um simulacro de democracia e esse aspecto é refletido com maior ênfase no processo penal, em suas palavras:

³² CASARA, Rubens. **Mitologia Processual Penal**. 1ª ed. Ed. Saraiva. São Paulo, 2015. p. 165.

Para uma primeira linha explicativa, ter-se-ia no Brasil uma espécie de simulacro de democracia, no qual os atos autoritários conviveriam com um discurso democrático. Os limites ao exercício do poder, então, estariam presentes apenas no plano discursivo. Na prática, esses limites seriam ignorados, em nome da eficácia da medida adotada. (...) Para manter esse arranjo social, de poucos ricos e muitos pobres, foi necessário hipertrofiar o poder penal, aumentar as prisões (ainda que provisórias), restringir seletivamente direitos (ainda que fundamentais) e recorrer a mitos (ainda que autoritários).

Ainda dentro dessa perspectiva de pensamento, no estado da arte em que se caracteriza o Processo Penal Brasileiro como pedra de toque de uma doutrina democrática mitigada, ou simulada, como brilhantemente denuncia o autor mencionado forcejou-se no sentido de franquear poderes instrutórios ao magistrado que o possibilitam produzir provas de ofício, até mesmo na fase inquisitória, no que se refere àquelas ditas irrepetíveis.

Está-se aqui no âmago de uma definição que nega o próprio sentido de provas, cuja produção deveria se dar em um contexto em que se preservassem o contraditório e a ampla defesa. Nesse sentido, se há a necessidade de se criar um antecedente de antecipação de prova pelo juiz, é importante que haja um incidente processual, em que, v.g., antes da deflagração da perícia a ser executada haja a permissão ao acesso do material a ser periciado não só pelo autor, quanto pelo acusado e seus respectivos assistentes técnicos.

É de se compreender que as anomalias que decorrem da atuação do juiz, que é marcada por excepcionalidade e arbítrio sistêmico, sucedem da sua eleição, como ator do processo, para o centro de toda a persecução penal, o que se mostra tanto pelo poder que se lhe outorga no que consiste à produção antecipada de provas, tanto quanto no poder que dispõem de privar o acusado de sua liberdade de ofício para eventuais investigações. Apenas a título de demonstração, é importante que seja observada a distribuição das partes processuais em uma audiência.

No caso do Brasil, a índole inquisitória do seu Sistema Penal faz com que se estejam autorizados tanto o magistrado, quanto o Ministério Público a se posicionarem de forma a demonstrarem supremacia em face da defesa, o que - muito além de uma simples simbologia ostentatória e rançosa - é servível para destacar que a defesa do réu/acusado está sempre em desvantagem em relação aos agentes estatais responsáveis da persecução penal, o que decorre de uma alternativa político-jurídica de outorga de poder.

Então, toda a estrutura de aproximação quanto ao funcionamento da justiça relaciona a figura do magistrado como aquele que tem o condão de promover a justiça, enquanto ao promotor tece-se na figura do acusador, sendo entendido como alguém que anseia pela justiça. Já a Imagem da defesa é notadamente vista ou compreendida de forma errônea como alguém que tem a função de obstaculizar a produção da justiça. Essa é a lógica do atual sistema penal do Brasil. Quando se atua com essa dimensão e pensamento, percebe-se que o sistema acusatório está muito distante de ser uma realidade no Brasil. E esse insidioso fato é perceptível nas pequenas coisas do dia-a-dia (denúncias, estatísticas, noticiário policial, erros judiciários, operações espetaculosas) que impedem o advento de uma contemporaneidade civilizatória e humanitária na prática da persecução penal do País que o alinhe com a experiência de países que conseguiram estabelecer um processo penal democrático de forma coerente com o imposto das suas constituições.

Para fins de comparação, não poderia deixar de ser citado como exemplo e também como anseio de modelo para a persecução penal o Chile. Se se observar a estrutura desse sistema, chega-se ao entendimento definitivo de que não se vive plenamente um processo acusatório no Brasil. Os magistrados do Chile não têm acesso aos autos, apenas possuirão ciência do fato de forma oral e no decorrer da audiência. A oralidade é adotada como uma ferramenta muito importante para a garantia da imparcialidade. De forma mais didática, a professora Fernanda Ravazzano³³, nos relata a sua experiência no Chile, segundo que:

Primeiramente, são três etapas no processo chileno: o juízo de garantias (que pode ser precedido da audiência de detenção/custódia); a etapa intermediária (em que se analisará se as provas colhidas pela acusação – podendo também serem produzidas pela defesa – são legais e podem ser usadas no juízo oral); o juízo oral (fase instrutória, em que teremos o julgamento realizado por três juízes que não entraram em contato com a carpeta – processo – anteriormente, garantindo-se a imparcialidade).

Logo resta demonstrado de forma cristalina que o Brasil reproduz o modelo inquisitório, e isso é refletido na proporção do funcionamento da justiça criminal, o que

³³ RAVAZZANO, Fernanda. Canal Ciências Criminais. **A EXPERIÊNCIA NO CHILE E A BUSCAPOR UM SISTEMA ACUSATÓRIO NO BRASIL.**

Disponível em:

<https://canalcienciascriminais.com.br/a-experiencia-no-chile-e-a-busca-por-um-sistema-acusatoriono-brasil/>

está revelado nas mais diversas práticas e formas de organização e na aparência da estrutura do poder judiciário brasileiro.

6. “INQUERITORIALISMO”: A SUPREMACIA DO INQUÉRITO POLICIAL

Diante da conjuntura informacional que se deu ao longo século XX e do século XXI, vimos que as provas dentro do processo penal passaram por um crivo de admissibilidade. Esse crivo não consiste em aceitação pura e simplesmente, esse crivo diz respeito ao que se entende como um processo democrático, justo e ético.

Assim, após refletirmos acerca da racionalidade penal moderna e de diversos institutos do direito brasileiro que versam acerca da punição em exacerbo, têm-se que a cada dia o direito brasileiro regride com relação às conquistas de outrora.

No que se refere ao inquérito policial compondo o processo penal, vê-se que esse é um dos maiores problemas enfrentados pela defesa nos autos. Isso porque, o processo penal deveria ser, em tese, democrático. Significa dizer, portanto, que o inquérito policial, como já exposto acima, não é produzido pelo crivo do contraditório e, sobretudo, não atende aos anseios do Código de Processo Penal e da Constituição Federal.

A participação do Acusado na produção da prova denota que essa teve o conhecimento das partes e todos puderam participar dessa. A ausência dessa participação gera, automaticamente, a nulidade da prova. Sendo assim, o inquérito policial é flagrantemente nulo dentro do processo penal, uma vez que a produção da prova deverá ser feita para convencer o magistrado na prolação da sentença³⁴.

Ocorre que nos últimos anos o inquérito policial tem sido largamente utilizado como prova para fundamentação de sentença. Essa excrescência jurídica tem origem num inconsciente coletivo que, após ter contato com o inquérito contamina todo o processo.

Como sabido, e exposto brilhantemente pelo jurista Alexandre Morais da Rosa, a ação contraintuitiva no processo dual se configura no primeiro contato com uma prova e a partir desse momento tudo será direcionado à essa prova.

³⁴ 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.

Mister trazer à discussão as palavras de Alexandre Morais da Rosa³⁵:

O contato com o conhecimento produzido na área das ciências cognitivas quanto aos limites de racionalidade no processo de tomada de decisões, a partir de décadas de experimentos precisos e controlados conduzidos por psicólogos empíricos e cientistas cognitivos, pode ser, à primeira vista, desconfortável e provocar resistência, sobretudo no âmbito jurídico, em que ainda predomina o modelo ideal de racionalidade — ancorado na tradição de que a decisão judicial decorre de um silogismo perfeito.

Aqui se revela uma das maiores falências do direito brasileiro, a racionalidade à primeira vista. Disso, evidencia-se a maior característica falha do sistema processual penal contemporâneo, qual seja, a condução do processo à luz do inquérito policial.

É patente que o processo penal necessita de determinadas formalidades. A lei não ordena que o Ministério Público, ao distribuir uma demanda, anexe o inquérito policial à peça exordial.

Entretanto, é comum ou quase regra que isso se repita na maior parte das vezes. Desse modo, como bem alertou o professor Alexandre Morais da Rosa, ao receber a denúncia o juiz já cria uma impressão à primeira vista. Ainda citando o autor, não se trata de algo deliberado, mas sim do inconsciente.

Sendo assim, é necessário que o inquérito policial seja desentranhado dos autos para que o processo penal seja conduzido sem “infectar” quem tem acesso à denúncia.

Do mesmo modo ocorre com o procedimento do júri. Nesse, quando apresentadas as fotos, os áudios e todos os elementos constantes do inquérito, conseqüentemente, criam uma impressão que faz total diferença no veredito do pleno, sobretudo por se tratar de um julgamento no qual os juízes são pessoas comuns e na maior parte das vezes sem instrução jurídica.

Há, desse modo, uma situação tautologia, na qual se alimenta um ciclo vicioso sem fim. O Acusado trava uma luta contra o Ministério Público que tem ao seu lado

³⁵ ROSA, Alexandre Morais da. **Entenda o que a atuação contraintuitiva no processo dual**. Revista eletrônica Consultor Jurídico, 09 de março de 2018.

Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2018-mar-09/limite-penal-entenda-atuacao-contraintuitiva-processo-dual>

todo o aparato do Estado e, para além disso, o inconsciente do juiz que irá prolatar a sentença.

Percebe-se que o fato da informação constante na exordial acusatória ser produzida com presunção de culpabilidade, o que é importante frisar ser flagrantemente inconstitucional, dada a presunção de inocência, faz com que o juiz seja conduzido a condenar o acusado, ainda que inconscientemente.

Nessa senda, valendo-se do jargão popular “a primeira impressão é a que fica”, esboça-se um processo penal altamente nocivo aos jurisdicionados, na medida em que o art. 155 do CPP, que deveria protegê-los, na verdade é extirpado pelo inconsciente.

6.1. ARTIGO 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: LIVRE CONVENCIMENTO?

A redação do artigo 155, do Código de Processo Penal³⁶ diz que o juiz formará livremente sua convicção ao apreciar as provas produzidas nos autos. Sendo assim, é o Juiz, o agente do Estado que ao final da instrução probatória irá prolatar uma sentença condenando, absolvendo ou desclassificando o tipo penal imputado ao Acusado.

Todavia, a mitigação da expressão “formar livremente” conduz a uma hermenêutica que se direciona ao poder discricionário do magistrado. Pensar dessa forma é admitir que o Juiz tem o poder de decidir como quiser.

Sabe-se que no processo penal democrático e no devido processo legal a atividade da judicatura não se resume ao juiz “boca da lei”, mas também não se estende à vontade do magistrado.

Compreende-se que as conjecturas sociais se transformam constantemente e a legislação pura e simplesmente não dá conta de acompanhar essa metamorfose.

³⁶ 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.

Além disso, novas teses são criadas, novos valores compõem a sociedade e torna mais complexa a atividade do magistrado.

Entretanto, mesmo tendo em vista essas considerações, é importante estabelecer alguns parâmetros para a tomada de decisão de um juiz criminal que surtirá efeitos significativos na vida de um sujeito.

Dito isso, impõe frisar que o juiz não pode em hipótese alguma decidir uma ação penal, ou seja, sentenciar uma demanda com fulcro na sua discricionariedade ou mesmo em provas que não estão carreadas nos autos.

Dessa mesmíssima lógica extrai-se que se o inquérito policial não deveria estar no processo penal, o juiz não pode julgar com base nas provas do inquérito.

Resta evidenciado, então, que o juiz deve aplicar a lei, tão somente a lei, haja vista que, suas convicções e as provas produzidas na fase de inquérito não compõem ou não deveriam compor os autos do processo.

Do mesmo modo, mister se faz trazer à baila a máxima que conduz ao bom direito, qual seja “o juiz julga com o que há nos autos”, pois, essa máxima é desdobramento do simples e sofisticado brocardo “o que não está nos autos não está no mundo”.

Com essa sistemática simples pode-se verificar que, se o inquérito policial não pode figurar nos autos do processo como prova, porque acima de tudo é produzido unilateralmente e sem o contraditório e, tendo em vista que o juiz somente pode julgar com o que está nos autos do processo, a decisão fundamentada em elementos do inquérito policial é plenamente nula.

Essa nulidade tem base filosófica. No entanto, é simplesmente comportada no âmbito da *praxe* jurídica. Afirma o jusfilosofo Lênio Luiz Streck³⁷ que o juiz não escolhe, o juiz decide. Significa dizer, portanto, que o juiz não pode agir com discricionariedade diante de um processo penal altamente complexo, escolhendo A

³⁷ STRECK, Lênio Luiz. **E O Que Seria A Discricionariedade Transparente Do Ministro Roberto Barroso?** Revista Eletrônica: Consultor Jurídico, 26 De Fevereiro De 2018.

Disponível Em:

<https://www.conjur.com.br/2018-fev-26/streck-seria-discricionariedade-transparente-barroso>

ou B. O juiz deve decidir com base nas provas produzidas nos autos e sempre fundamentando as suas decisões na lei. Nas palavras de Lênio, *in verbis*:

Sempre que alguém fala em discricionariedade judicial, ou que invoca aquela máxima de que “discricionariedade é diferente de arbitrariedade!”, como se isso não fosse uma distinção sem diferença, sou tomado por um profundo tédio. Já escrevi muito – e continuo escrevendo – sobre o debate Hart v Dworkin. Ali, a discricionariedade (em sentido forte) é colocada no seu devido lugar. Discricionariedade existe onde existem escolhas. Mas decidir *não é escolher*. E quando se trata do Império do Direito, de *direitos e deveres*, a discricionariedade fica desajeitada.

A ideia trazida pela passagem ora transcrita revela que cabe ao juiz posicionar-se enquanto julgador que é. Ou seja, assumir o papel daquele que toma a decisão e não somente escolhe entre uma coisa ou outra.

Aduz ainda que o papel da *ratio decidendi* é justamente expor em que se pautou aquela decisão, ou seja, explicitar as razões pela qual aquela sentença/acórdão possui aquele teor e não outro.

6.2. “O TIRO DE MISERICÓRDIA”

Imaginem uma situação na qual o sujeito precisa decidir acerca de algo e, as consequências da sua decisão gerarão efeitos nas mais diversas camadas sociais.

Pois bem, agora imaginem que esse mesmo sujeito precise dessa decisão para cancelar aquilo que as camadas sociais desejam.

Pensem além disso. Pensem que a decisão precisa ser tomada de modo que surta efeitos na sociedade, chancele o que essa sociedade deseja, mas golpeie veementemente a Constituição por não haver provas o suficiente para decidir desse determinado modo.

É exatamente assim que ocorre com a utilização do inquérito nas sentenças penais condenatórias.

Inicialmente, nos crimes contra o patrimônio, cujo objetivo do legislador foi resguardar a propriedade material, ou seja, tutelar o bem jurídico patrimônio, a reação da sociedade em face do Acusado é sempre mais hostil.

Disso, importa salientar que se replica termos cunhados de modo pejorativo. Todos esses termos são oriundos dos sujeitos que supostamente cometeram os crimes previstos do artigo 155 ao artigo 183, do Código Penal.

Vê-se que nesses tipos penais as vítimas desenvolvem o sentimento de vingança que se lastreia por toda sociedade. Daí que o juiz, ao receber os autos em sua mesa para julgamento, escolhe por condenar o Acusado simplesmente baseado no inquérito policial.

Esse é o “tiro de misericórdia”.

Quando não há mais provas para produzir no processo que incriminaria o Acusado e formaria um lastro probatório suficiente para condená-lo, alguns juízes ao contrário da interpretação do *in dubio pro reo*, decidem pela condenação pautado no inquérito policial.

Aqui entram em conflito dois grandes princípios regedores do Direito Penal moderno. O princípio do *in dubio pro reo*, que consiste na interpretação a favor do réu em caso de dúvidas e, o princípio do *in dubio pro societate*, que implica na interpretação a favor da sociedade ou do iminente perigo que o réu a traria.

Acerca desse tema é importante lembrar o que preconiza Cezar Roberto Bitencourt³⁸:

A interpretação não pode em hipótese alguma desvincular-se do ordenamento jurídico e do contexto histórico-cultural no qual está inserido. Não pode, por conseguinte, divorciar-se da concepção de Estado, no caso brasileiro, Estado Democrático de Direito, que será o limite territorial da jurisdição do intérprete.

Para atingir suas finalidades, a interpretação socorresse de alguns métodos ou processos interpretativos que, longe de serem excludentes, podem vir a se complementar. O Direito Penal não exige nenhum método particular de interpretação, diferente da interpretação jurídica geral. Assim, qualquer processo idôneo de hermenêutica pode ser aplicado no âmbito do direito criminal. Afora os limites determinados pelo princípio da legalidade, os resultados poderão ir até onde uma legítima e idônea interpretação os conduza.

É equivocada a afirmação de que a interpretação para determinados sujeitos ou certos casos deve ser mais benévola; tampouco se justifica que em determinada circunstância ou para determinados casos a interpretação deva ser mais rigoROSA, Na verdade, não se pode perder de vista que a finalidade

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1**. 17ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2012, p. 396.

da interpretação é descobrir o verdadeiro significado ou o melhor sentido da norma jurídica, isto é, um sentido claro, preciso e certo, que será o mesmo para todos os casos e para todos os sujeitos que caibam dentro de sua compreensão. Como destacava Aníbal Bruno, não pode ser, por orientação predeterminada, severa ou benigna, mas correta ou errada, conforme traduza, com fidelidade ou não, a vontade da lei. De outra forma, não será interpretação, mas deformação dessa vontade.

O domínio de aplicação daqueles conhecidos adágios, tais como *in dubio pro reo*, é o do exame e valoração da prova, e não o do campo da interpretação da norma jurídica. O processo interpretativo desenvolve-se de inúmeras formas, métodos, meios e procedimentos. Pode-se interpretar segundo o órgão de onde procede (legislativo, judicial ou doutrinário); a interpretação pode ser segundo seus resultados (declarativa, extensiva ou restritiva).

Revela o autor que a dúvida deve sempre permanecer em favor do réu, ou seja, acaso esteja sendo julgado um Acusado ao qual não se tenha certeza sobre a autoria ou mesmo inexistência da materialidade, a interpretação deverá ser sempre em favor do réu.

Ocorre, todavia, que o usual é valer-se do *in dubio pro societate*. Nesse, a dúvida sobre um determinado fato é sempre em favor da sociedade, não podendo o réu beneficiar-se da dúvida.

Nesse sentido entende Renato Brasileiro³⁹ acerca do *in dubio pro reo*:

Entende-se que o direito de defesa (CF, art. 5º, LV) e o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) devem preponderar no confronto com o direito de punir. De fato, seria inadmissível que alguém fosse condenado injustamente pelo simples fato de sua inocência ter sido comprovada por meio de uma prova obtida por meios ilícitos. Noutra giro, ao Estado não pode interessar a punição de um inocente, o que poderia acarretar a impunidade do verdadeiro culpado. Além disso, quando o acusado pratica um ato ilícito para se defender de modo efetivo no processo penal, conclui-se que sua atuação não seria ilícita, eis que amparada pela legítima defesa, daí porque não seria possível concluir-se pela ilicitude da prova.

Quanto ao *in dubio pro societate* disserta o mesmo autor:

Se, de um lado, doutrina e jurisprudência são uníssonas em apontar a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, mesmo que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, do outro, há intensa controvérsia quanto à possibilidade de utilização de provas ilícitas em favor da sociedade. Segundo Barbosa Moreira, a aplicação do princípio da proporcionalidade também autoriza a utilização de prova ilícita em favor da sociedade, como, por exemplo, nas hipóteses de criminalidade organizada, quando esta é superior às Polícias e ao Ministério Público, restabelecendo-se, assim, com base no princípio da isonomia, a igualdade substancial na persecução criminal.

³⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume única**. 12ª Edição – 3ª Tiragem, Editora Juspodvm, Salvador, 2014, p. 605.

É notório que a aplicação da defesa dos interesses da sociedade sempre estivera contraposta aos interesses dos Acusados em um processo penal. Assim, nasceu a ideia de que o juiz precisa sentenciar em consonância com o que ele tem nos autos e jamais olhando para os lados, ou seja, para os anseios da sociedade.

Ocorre que para atender tais anseios, os juízes condenam os acusados mesmo antes de sentenciá-los. Isso é possível?

Obviamente que da leitura do inquérito policial já há uma sentença prévia para quem dessa água bebe. Então, tanto o Magistrado, quanto os assessores, servidores ou quaisquer outras pessoas que tenham contato com o inquérito irão de pronto condenar aquele Acusado.

Unindo então a necessidade de punir, oriunda da teoria da racionalidade moderna com o contato prévio e infectado com o inquérito policial, o juiz já teria, em tese, os elementos suficientes para uma sentença condenatória.

Agindo dessa forma o juiz apenas outorga o que disse o delegado de polícia que, atuou como acusador, investigador e julgador ao mesmo tempo nos autos do inquérito policial.

Contudo, vê-se que o juiz fundamenta sua decisão no inquérito policial apenas para condenar o Acusado sem que haja uma prova sequer que enseje na autoria. Daí a explicação do inquérito ser o tiro de misericórdia. A última arma para condenar o Acusado. É o último recurso desesperado para tentar imputar a alguém um fato que sequer aconteceu ou se aconteceu, não foi de autoria dos que estão sendo julgados naquele processo.

6.3. O PROCESSO PROFORMA: “A ERA DO PROCESSO PARNASIANO”

A Escola do parnasianismo é caracterizada no Brasil pela forma livre, pela essência do verbo fazer. Diga-se, de maneira *ampassan*, que a grande marca dessa Escola é o jargão “a arte pela arte”.

Pois bem! A arte pela arte significa criar algo para si mesmo, com um teor mais neutro e suave. Esse movimento revelou artistas que não se preocupavam muito com as emoções, mas tão somente com o tecnicismo e a estética.

Seria possível dizer que o processo penal vive atualmente um momento parnasiano? É possível afirmar que o processo penal assume uma forma vazia e sem substância?

Claramente se vê o discurso que permeia o processo penal. Obviamente, o direito penal assumiu o papel de instrumento que adequa a realidade fática à busca pelo direito, parafraseando Rudolf von Ihering.

Vê-se, portanto, que o mesmo processo que assume o papel de integrar a democracia por meio da subsunção, vive um momento altamente tecnicista e esteticista. Isso porque, o processo penal possui institutos que lembram somente a forma, mas não se atentam ao conteúdo.

A arte pela arte advém de uma preocupação com a estética, ou seja, como determinada arte será vista pelas pessoas. O processo penal contemporâneo, de igual modo remonta essa mesma lógica.

Restam evidente que há uma enorme satisfação em apresentar um processo penal que se preocupa, em tese, com as regras. Todavia, a prática se distancia antagonicamente desse ato.

Não obsta salientar que o grande problema do processo penal, atualmente, é o excesso de vontade que ele transparece legal e rígido, ou seja, utilizando-se de um verniz intelectual, quando na verdade o que há é a inobservância das regras que realmente compõem tais procedimentos.

A arte pela arte compromete o papel do processo penal, pois, é dele que devem surgir as soluções democráticas para as ceumias sociais. Assim, quando não se enxerga atos concatenados dentro de um processo que possuem sentido, lógica e substância, resta comprometido os atos ali praticados.

Não se pode esperar de um processo penal que este seja estritamente voltado às substâncias processuais e não se importe com a técnica. Mas, é preciso tornar claro que o processo tecnicista que apenas observa a forma e dispensa o conteúdo está incorrendo em uma disfunção social.

Dizer que o processo é simplesmente técnico não lhe confere valor algum. Com isso, têm-se um vazio processual que não será preenchido enquanto o importante for

a forma. É ato de subversão acatar os preceitos legais quando se denota a utilização do processo para fins diversos dos que o mesmo possui, qual seja, conferir a tutela jurisdicional.

É dizer, de todo o modo que, quando um magistrado profere uma decisão nos autos de um processo, valendo-se de um inquérito policial, ele está apenas obedecendo a forma e não observando o conteúdo que ali consta. Esse conteúdo é essencial para que se aprecie as provas e haja sentença prolatada, haja vista que são elementos da fundamentação.

O que vai de encontro a essa lógica é a utilização do inquérito como prova, o que já se esboçou vastamente nos tópicos anteriores ser inconstitucional, e fundamentar pautando-se nele apenas para conceder um ar de legalidade à decisão.

É o mesmo que dizer que o processo penal proforma e a arte pela arte bebem da mesmíssima fonte filosófica, uma vez que ambos passaram por momentos de preocupar-se consigo mesmo e obedecerem a uma estética.

O processo penal proforma é uma maneira que os julgadores encontraram para não fazer ajustes em suas sentenças, ou seja, dirigir o processo durante todo o seu curso viabilizando sempre a estética. Significa dizer que as preocupações se limitam com a estética e com a forma.

Após a leitura do inquérito, verifica-se que a sentença já foi inconscientemente prolatada. Desse modo, os procedimentos restantes só serão realizados para “cumprir tabela”, ou seja, o processo penal exprime perfeitamente a expressão proforma, haja vista a desnecessidade do convencimento do juiz através das provas na instrução, uma vez que o convencimento deste se dá ainda na fase inquisitorial.

O processo penal é a personificação da expressão proforma ou solipsista. Aduzindo a isso, o processo penal deveria adotar como lema: “Processo Penal da arte pela arte”.

É a arte pela arte! É o mais triste dos fins para os poetas e juristas que, sobretudo, precisam do coração e da matéria para sobreviver.

6.4. O INQUÉRITO ARROJADO, 2.0 TURBO!

Curiosamente, diversos inquéritos são concluídos rapidamente e entregues nas mãos dos *Parquet's* do Ministério Público.

Essa velocidade não é ruim para o processo, contrariamente, se encararmos o fato de que a maior parte dos inquéritos são convertidos em denúncia, teríamos processos céleres.

Ocorre que o inquérito policial ganhou notoriedade nos últimos tempos por assumir uma celeridade demasiada ao sair da delegacia e chegar ao Ministério Público pronto para ser anexado à uma denúncia.

Fatos como esses cancelam a tese de que cada vez mais o inquérito policial ganha força e segue uma tendência assustadora de presunção de culpabilidade, sobretudo pelos magistrados que se contaminam ao ter contato com os mesmos.

Ainda nesse sentido, os inquéritos policiais que ensejam nas propaladas operações montadas pela polícia federal parecem ter efeito vinculativo à sentença. Veja-se que na maior parte das sentenças o acusado é condenado pelas imputações supostamente averiguadas na fase de inquérito.

É importante lembrar que nessas operações trabalham juntos o juiz, o promotor/procurador e o delegado com sua equipe. Com isso, resta evidente que se tem um aparato estatal gigantesco para buscar evidências de autoria que supostamente acarretariam na condenação de determinados acusados.

Noutra senda, o Acusado se vê pressionado com todas as entidades voltadas para si e a sua defesa sequer pode se manifestar, pois, não cabe contraditório na fase de inquérito, como bem exposto nos capítulos introdutórios.

É relevante relembrar que o Juízo, o Ministério Público e a Polícia Judiciária não podem trabalhar juntos. Esses entes são entes diversos e possuem independência funcional.

Quando se observa essas entidades trabalhando juntas, o sentimento que, aprioristicamente se revela é o estranhamento, uma vez que suas atividades são incompatíveis.

Ademais, percebe-se que há uma inutilidade do juiz nas ações penais que são instruídas pelo inquérito policial. Isso porque, se a prova já vem pré-constituída junto com a denúncia oferecida pelo membro o Ministério Público, e a sentença será com base no inquérito policial, qual a necessidade do juiz?

Vê-se que o juiz apenas chancela o que o delegado de polícia fala. Esse, ao receber os autos e verificar o que foi colhido na fase de inquérito, agenda audiência e designa instrução, tão somente no âmbito proforma.

O inquérito policial veloz permite tecer afirmações contundentes de que o trabalho da polícia na obtenção de alguns fatos do investigado com a eventual quebra de sigilo telefônico, mandados de busca e apreensão e exame de corpo de delito resta facilitado quando o Juízo defere de pronto a produção desses elementos.

As investigações céleres demonstram que a equipe que permeou a produção dos elementos contidos no inquérito fora altamente coesa e eficiente.

Nesse sentido, importante trazer à discussão um elemento que é essencial à natureza jurídica do inquérito policial, qual seja, a presunção de veracidade dos atos administrativos, assim como, dos agentes públicos.

Extrai-se disso que, quando o sujeito está sendo investigado, diversas informações podem ser inculcadas nos autos do inquérito sem que haja a defesa técnica. Impossível, portanto, admitir esse meio de prova no processo penal.

7. A PRESENÇA DO INQUÉRITO NAS FUNDAMENTAÇÕES DE SENTENÇA

O presente trabalho abordou diversas nuances acerca do inquérito policial e da sua dispensável e inconstitucional participação no processo penal.

Acerca disso, é fundamental esclarecer que em muitos processos criminais, os Acusados são sentenciados com base nos elementos contidos no inquérito, confirmando todo o temor que fora trabalhado nos primeiros capítulos da presente monografia.

É preocupante o quanto a (in)consciência do tomador de decisão pode reverberar negativamente na vida de um acusado. Com isso, verifica-se a extrema necessidade de delimitar determinadas condutas para que as impressões causadas pelo inquérito policial não sejam transpassadas efetivamente para o processo.

Ainda nesse sentido, denota-se que por muito tempo o processo penal limitou-se à crença de que o processo era uma remontagem de um fato pretérito, cujo ponto de partida era o inquérito policial.

Todavia, tal pensamento não resguarda os devidos anseios do legislador constitucional e tampouco obedece à ordem democrática estabelecida a partir da Constituição Federal de 1988. Isso porque, o inquérito não pode ser o ponto de partida haja vista que ele não enseja no início do processo. Como bem sabido, o que marca o início do processo é a denúncia oferecida pelo Ministério Público.

Sendo assim, resta claro que o inquérito policial é o mecanismo restrito de convencimento do Ministério Público para propor ou deixar de propor uma ação penal em face de um determinado indivíduo pelo suposto cometimento de um delito.

Ademais, como vastamente desenvolvido nesse trabalho, o inquérito policial não pode contaminar o processo penal, pois, quem tem contato com este, está impedido de julgar a demanda. Acentua com clareza Alexandre Morais da Rosa⁴⁰

⁴⁰ ROSA, Alexandre Morais da. **Entenda o que a atuação contraintuitiva no processo dual**. Revista eletrônica Consultor Jurídico, 09 de março de 2018.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-09/limite-penal-entenda-atuacao-contraintuitiva-processo-dual>

acerca dos efeitos que alguns elementos contidos no inquérito podem causar na tomada de decisões dos magistrados, *ipsis litteris*:

Ao explorar e pesquisar a forma através da qual as decisões e julgamentos humanos desviam-se de modo previsível do modelo ideal de racionalidade, pesquisadores desenvolveram inúmeros modelos teóricos agrupados sob o rótulo genérico de *teorias do processo dual*. As teorias do processo dual edificaram-se em torno da distinção de dois modos de pensamento coexistentes: um automático (intuitivo) e outro deliberado (controlado). A despeito de suas inúmeras divergências epistemológicas, tais modelos teóricos convergem no sentido de reconhecer que o raciocínio consciente, deliberado, controlado e calculado — através do qual nossas decisões seriam tomadas a partir da análise cuidadosa das opções disponíveis — não é o único modo operacional da nossa mente/cérebro. Mas que, pelo contrário, pensamentos frequentemente emergem de modo automático/involuntário (intuitivo), sem que saibamos indicar os caminhos (a cadeia ordenada de pensamentos ou operações cognitivas) percorridos para se chegar a eles, conformando comportamentos, convicções, sentimentos e, até mesmo, decisões e julgamentos.

Notoriamente o autor cita o risco que elementos estranhos à forma do contraditório assumem dentro de um processo penal, no qual discute as liberdades e as tutelas mais sensíveis do ordenamento jurídico.

Explica o autor que, não obstante à deliberada vontade de manter a racionalidade processual exigida, o inconsciente é incontrolável, razão pela qual, a presença do inquérito policial contido nos autos de uma demanda penal ocasionaria uma nulidade em face do julgador que o manejou.

Continua Alexandre Morais da Rosa⁴¹ acerca dos elementos que não integram os autos:

É imprescindível refletir e perceber que, imersos em uma cultura jurídica criminal punitivista, as heurísticas e os vieses de julgamento aparentam estar vinculados a desfechos condenatórios, pervertendo-se o princípio da presunção da inocência, uma vez que o status de inocente sustentado pelo réu, no processo penal, demandaria que juízes estivessem “enviesados” à absolvição e, apenas após a análise minuciosa do processo “tendo tudo em conta” (TTC) e a identificação de provas cabais, convencessem-se do contrário.

A expressão “tendo tudo em conta” reflete significativamente a preocupação deste trabalho. Isso porque o referido fragmento é sinônimo de: “não se pode julgar

⁴¹ ROSA, Alexandre Morais da. **Entenda o que a atuação contraintuitiva no processo dual**. Revista eletrônica Consultor Jurídico, 09 de março de 2018.

uma demanda com o que está nos autos, mas é preciso consubstanciar com outros elementos”. Está flagrantemente errada essa afirmação.

Sem ilações desnecessárias, vê-se que julgar com base no argumento genérico do “levando tudo em conta”, quer dizer que o magistrado ou a magistrada apreciaram provas ilegais. Pode-se afirmar ainda que considerou a opinião popular para condenar o Acusado. Ou seja, a sentença é fundamentada em provas que não estão nos autos e que o Acusado não teve o direito de se defender.

Diante disso, resta evidenciado o caráter autoritário e ilegal da sentença condenatória que aprecia fatores estranhos ao processo, principalmente, quando há elementos conflitantes entre o inquérito e os autos, tendo prevalecido o convencimento do primeiro.

7.1. UMA APERTA ANÁLISE DAS SENTENÇAS PENAIS CONDENATÓRIAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA

Agora, uma vez demonstrado o histórico do inquérito policial, assim como a essência ontológica da sua arbitrariedade e os prejuízos decorrentes, passemos a analisar algumas sentenças que se fundamentam nesse instituto.

Inicialmente, nos debruçaremos sob a análise de uma ação penal, cuja denúncia se refere à ilícito supostamente praticado pelo Acusado, estando tipificado no artigo 157, § 2º, I e II c/c 70, II, ambos do Código Penal Brasileiro.

Na sentença objurgada afirmou a magistrada⁴², *ipsis litteris*:

Extrai-se do conteúdo probatório colhido nestes autos, de forma cabal e incontroversa que o réu, no dia 12 de janeiro de 2017, por volta das 22h, em um ponto de ônibus próximo à XXX*, no bairro do Politeama, nesta Capital, na companhia de outro indivíduo não identificado, subtraiu uma bolsa de tecido dourada, contendo 2 (dois) carregadores, um fone de ouvido, uma bolsa pequena, um porta moedas com R\$ 1,10 (um real e dez centavos), um cartão Salvador Card e alguns documentos, pertencentes à XXX, bem como um aparelho celular Alcatel pertencente à XXX, utilizando-se de grave ameaça exercida com emprego de uma faca. **Tanto os depoimentos colhidos na fase inquisitorial quanto os colhidos em juízo demonstram**

⁴² Processo: 0503652-57.2017.8.05.0001. Tramite: 17ª Vara Criminal – Salvador.

*Obs: Houve a supressão dos nomes partes para preservação das suas identidades.

cabalmente a autoria do crime do comento, não deixando margem de dúvida quanto à ação criminosa.” (grifos nossos)

Denota-se a expressa menção aos depoimentos colhidos na fase inquisitorial e aos depoimentos colhidos em juízo.

Ocorre que as vítimas não foram ouvidas em Juízo e o Acusado negou os fatos. As testemunhas as quais se refere a magistrada são os guardas municipais que prenderam o acusado no momento do suposto cometimento do delito.

Evidencia-se que a ação penal não fora devidamente instruída, conforme se observa nas seguintes transcrições do relatório de sentença⁴³:

Na fase investigatória o réu não prestou depoimento por estar sob efeito de drogas. Em juízo, negou sua participação nos fatos, afirmando que o roubo foi perpetrado pelo indivíduo conhecido por XXX* que, após anunciar o assalto, subtraiu os pertences das vítimas e saiu correndo. Afirmou ainda que não houve emprego de faca. No caso em comento, as vítimas reconheceram o acusado após a prática do delito, prestando declarações e o apontando como um dos autores da subtração. Na Delegacia, as vítima efetuaram o reconhecimento do acusado, conforme depoimentos de fls. 09/12.

[...]

As vítimas não foram ouvidas em juízo, visto que não foram mais localizadas, porém, a prova testemunhal produzida nos autos aponta para a autoria do delito, a exemplo do depoimento de XXX...

[...]

Isolada, portanto, a versão apresentada pelo acusado, pois que, sabe-se que ninguém está obrigado a produzir prova contra si próprio, pelo que até perfeitamente compreensível a negativa; entretanto, não logrou o acusado destruir a prova produzida pela acusação que confirma a versão apresentada na denúncia.

Assim, é evidente que o acusado efetivamente é um dos autores do intento criminoso, uma vez que reconhecido pelas vítimas logo após a subtração e ante a harmonia das provas do inquérito e dos testemunhos em juízo.”

Não restam dúvidas quanto à nulidade da citada sentença, haja vista que os procedimentos adotados para a fundamentação da decisão, consoante o artigo 155, do Código de Processo Penal, não condizem com o preceito legal.

Notadamente, a magistrada utilizou-se do que foi exposto pelo professor Alexandre Morais da Rosa, qual seja, a fundamentação da sentença baseada no “tendo tudo em conta”.

⁴³ Processo: 0503652-57.2017.8.05.0001. Tramite: 17ª Vara Criminal – Salvador.

*Obs: Houve a supressão dos nomes partes para preservação das suas identidades.

Outro exemplo em que se repete esse essa sistemática é noutra ação penal pública com outro magistrado que assim fundamenta a sentença⁴⁴:

Quanto à autoria, o acusado, XXX*, na primeira fase da persecução criminal, a confessou e delatou seu comparsa, dizendo que praticou o crime em companhia de XXX, utilizando o carro HB20, roubado, que fora abandonado no local. Na Justiça, negou a imputação, alegando que não roubou o Fiat Palio e não esteve no bairro Pau Miúdo. Estava na posse do carro, quando fora preso, o qual tinha tomado emprestado de um colega já falecido, sem declinar nome e data do óbito. Por sua vez, XXX, na investigação criminal, disse que teve a ideia de cometer roubos e convidou XXX. Estavam com um HB20, roubado, que foi usado para subtrair o Fiat Palio. Após o assalto, abandonaram o HB20 e fugiram no Fiat Palio. Na Justiça, disse que não confessava nada, mas admitiu que a arma apreendida era sua, comprada em Feira de Santana; garantiu que estava num carro roubado; e que estava como carona, pois não sabia dirigir.

Denota-se dos seus interrogatórios colhidos no calor dos fatos, que assumiram a autoria pelo crime de roubo do Fiat Palio. Entretanto, na Justiça, negaram o cometimento do roubo, mas reconheceram que se achavam na posse do carro subtraído e de uma arma de fogo, fatos esses incontestáveis, que procuraram usar em seus benefícios, na vã tentativa de responderem por imputações menos gravosas.

Essas confissões não têm correspondência com a prova judicializada, encontrando-se soltas no processo, que não merece acolhimento, que descredencia, de plano, o acolhimento da tese desclassificatória para o crime menos gravoso pretendido.

Por sua vez, os Policiais Militares, XXX, responsáveis pelas prisões, disseram em solo judicial, depois de descrever a exitosa operação repressiva, que culminou com a prisão dos acusados e apreensão do veículo Fiat Palio Attractive, branco, dirigido por XXX, que o carro tinha restrição de roubo e que a vítima compareceu posteriormente na Delegacia de Polícia.

Portanto, essa é a prova contida no encarte processual. A materialidade é certa, enquanto as autorias foram confessadas pelos acusados nos interrogatórios policiais com delações recíprocas, mas retratadas na Justiça sem amparo em outras provas, confirmada pela ofendida, que os reconheceu, e pelos policiais militares, que procederam à diligência e apreenderam o carro com a anotação de restrição de roubo. Está, assim, concretizada e devidamente demonstrada nos autos, com apontamento dos autores identificados; sua forma planejada de praticar o assalto; o meio utilizado para intimidação, com atuação destacada de cada um dos personagens (XXX deu voz de assalto armado e o XXX lhe dava apoio), restando, pois, a prova segura, sem qualquer incongruência.

Por conseguinte, o contexto probatório é firme no sentido de que os acusados são os autores do delito de roubo bimajorado, consistente no emprego de arma de fogo e em concurso de pessoas, visto que foram presos com o produto do crime e reconhecidos pela ofendida em sede investigativa.” (grifos nossos)

⁴⁴ Processo: 0559638-30.2016.8.05.0001. Tramite: 13ª Vara Criminal – Salvador.

*Obs: Houve a supressão dos nomes partes para preservação das suas identidades.

Da teratológica sentença acima transcrita é possível retirar duas grandes conclusões. A primeira e mais evidente é que o magistrado assegura estar convicto da autoria do delito por conta do reconhecimento através da ofendida em sede investigativa.

Vê-se, desse modo, que o magistrado assumiu que levou em consideração o que estava transcrito no inquérito policial e não nos autos.

Ademais, o magistrado ainda salienta que os Acusados assumiram na fase investigativa pelo calor do momento. Todavia, no exercício do direito do contraditório negou os fatos. Com isso, escolheu o depoimento prestado da delegacia por acreditar ser o condizente com a verdade dos fatos.

Ocorre que como bem salienta Lênio Streck⁴⁵ acerca das decisões judiciais, o juiz não escolhe, o juiz decide. Decidir, segundo o autor nada tem a ver com discricionariedade, mas sim com a aplicação da legislação. Nesse caso, tivesse o magistrado o cuidado e analisar o caso sob o prisma legal, os Acusados teriam sido absolvidos, haja vista que no compulsar dos autos se verifica que não há uma única prova que os incriminem.

Noutra análise, dessa vez num crime no qual o Acusado supostamente confessou em fase inquisitorial e afirmou em Juízo que não havia praticado o roubo, mas tão somente estava pilotando a motocicleta porque queria dar uma volta, a magistrada entendeu⁴⁶ por condená-lo, asseverou:

Quanto à autoria, inicialmente, verifica-se que tanto na fase investigatória quanto em juízo **o réu confessa a posse da moto, contudo, nega sua participação no roubo**. No interrogatório judicial de fls. 22/23 declarou que: "realmente a moto foi pega em minha mão, mas quem roubou a moto foi outras pessoas; o menino que roubou a moto eu conhecia, aí eu pedi a ele pra dar uma volta na moto, só pra dar uma volta; quando ele me deu a moto e dei uma volta me bati com a guarnição, da polícia militar que me abordou e pegou a moto em minha mão; tinha um de menor comigo na hora que dei a volta." **A vítima não foi localizada para ser ouvida em juízo, porém, durante o inquérito policial declarou que: " Informa o declarante que**

⁴⁵ STRECK, Lênio Luiz. **E O Que Seria A Discricionariedade Transparente Do Ministro Roberto Barroso?** Revista Eletrônica: Consultor Jurídico, 26 De Fevereiro De 2018.

Disponível Em:

<https://www.conjur.com.br/2018-fev-26/streck-seria-discricionariedade-transparente-barroso>

⁴⁶ Processo: 0523060-05.2015.8.05.0001. Tramite: 17ª Vara Criminal – Salvador.

*Obs: Houve a supressão dos nomes partes para preservação das suas identidades.

transitava próximo a Rotatória do Alto de Coutos, no Bairro de Paripe, às 00h02 aproximadamente, quando fora surpreendido por 02 (dois) indivíduos que vieram a pé. Que: ao reduzir a velocidade de sua motocicleta HONDA/NXR 150 BROS COR PRETO, PLACA POLICIAL JSH 9981, a fim de passar pelo quebra-molas, estes indivíduos aproximaram-se e mandaram que a vítima lhes entregasse a carteira de cédulas contendo a quantia de R\$ 50,00 (cinquenta reais), RG, CPF e CNH, bem como dois capacetes, ambos da marca Taurus, um de cor azul e outro preto. Que um dos indivíduos portava um revólver calibre 38. Que o indivíduo armado portava a arma era de cor parda escura, magro, aparentando ter 24 anos, cerca de 1,65m de altura, trajando camisa cor preta, usava um boné de cor escura. Que o segundo era de cor negra, "fortinho", estatura baixa, aparentando 17 anos de idade, trajando camiseta de cor escura e bermuda tadel. Que, após subtraírem os seus pertences, o primeiro indivíduo citado acima, o que estava armado, assumiu a direção da sua motocicleta, enquanto o segundo sentou-se na garupa. Que, em seguida, desceram uma ladeira e tomaram sentido ignorado. Que, logo após o roubo, pegou uma carona com um amigo para registrar o fato nesta Delegacia, conforme ocorrência de N°5072/2015. **Que, nesta data, por volta das 16:00h, recebeu o telefonema de um policial desta Unidade, convidando-o a comparecer a esta Especializada para reconhecer 02 (dois) indivíduos que foram presos com a sua motocicleta.**"

No caso em comento, a prova testemunhal produzida em juízo confirma a versão apresentada na denúncia e pela vítima, a exemplo do depoimento dos policiais XXX*.

Assim, as testemunhas ouvidas em Juízo ratificaram a prova produzida na fase inquisitorial quanto ao delito de roubo de forma que a condenação para este crime se impõe, uma vez que nada existe para contrariar seriamente os depoimentos das testemunhas da denúncia, resultando na certeza necessária à condenação do acusado, com acolhida da tese da acusação, porque a prova testemunhal produzida pelo Ministério Público se mostra mais em consonância com o contexto factual do que a versão apresentada pelo acusado de que estava apenas usando uma moto emprestada e conduz, inexoravelmente, à condenação. **A vítima reconheceu na delegacia os dois indivíduos que a abordaram, sendo que o réu usava uma arma de fogo e confirmou que, mediante grave ameaça, subtraíram sua motocicleta. Embora a vítima não tenha sido ouvida em juízo, os policiais que participaram da diligência confirmaram esta versão, ao abordarem o réu e um menor de posse da moto que fora subtraída da vítima horas antes.** Em seguida, o acusado e o menor foram encaminhados para a Delegacia onde a vítima os reconheceu e recuperou o veículo subtraído. (grifos nossos)

Diante do que fora colocado pela magistrada na sentença acima transcrita se questiona: tendo o suposto fato ocorrido em 12 de março de 2015, consoante narrativa dos fatos da própria sentença analisada, o que justifica o depoimento contundente as testemunhas de acusação, quais sejam todos policiais no dia 15 de abril e 2016? Será que de fato as testemunhas lembravam cabalmente dos fatos para garantirem com tamanha veemência?

Esse fato remonta às falsas memórias que é largamente discutido nas academias brasileiras, uma vez que é uma prejudicial no âmago do processo.

É notório que da conjuntura do processo penal, muitos atos deixam de ser praticados em consonância com a legislação, reverberando em uma possível nulidade. Porém, o Juízo competente prolatar uma sentença na qual se verifique a dúvida quanto a autoria do fato, é algo gritante.

O que macula a imagem do direito contemporâneo, sobretudo o direito penal, é que a descredibilidade ganha espaço a cada ato praticado fora do seu padrão.

A razoabilidade deve prevalecer nesses momentos para que não entremos em um conflito com as próprias normas jurídicas.

Nesse sentido, vale lembrar das orientações do TACrim⁴⁷, quanto à produção do inquérito policial, quando diz:

Inquérito policial não admite contraditório, constituindo mera peça informativa, à qual se deve dar valor de simples indício. Assim não confirmando em juízo os fatos narrados na polícia, ainda que se trate de pessoas de maus antecedentes, impossível será a condenação.

Ademais, o inquérito policial, que figurou nesses casos como a pedra elementar não pode ser usado como prova, mas tão somente como indício⁴⁸, veja-se:

O conjunto probatório extrajudicial não basta por si só, a prolação do decreto condenatório, fazendo-se mister a tal desiderato que o mesmo encontre ressonância na instrução criminal.

Nesse processo que passaremos a analisar, vê-se que o Acusado negou a autoria do delito tanto na fase de inquérito, quanto na fase processual. Todavia, a magistrada incisivamente apontou para o que fora produzido no inquérito como se o mesmo fosse elemento de convencimento.

Vejamos transcrições que evidenciam os indícios do convencimento da magistrada⁴⁹ pelo inquérito:

Na fase investigatória o réu negou a participação no roubo, afirmando que foi pago pelo indivíduo conhecido por XXX* para entregar o veículo a XXX, pelo valor de R\$ 500,00."

No caso em comento a vítima reconheceu o acusado após a prática do delito, prestando declarações e o apontando como um dos autores da subtração.

⁴⁷ (TACrim 181.563, TACrim SP, Rel. Geraldo Ferrari)

⁴⁸ (Ver. Crim. 63.514, TACrim SP, Rel. Aquino Machado).

⁴⁹ Processo: 0521829-06.2016.8.05.0001. Trâmite: 17ª Vara Criminal de Salvador.

*Obs: Houve a supressão dos nomes partes para preservação das suas identidades.

Na Delegacia, a vítima efetuou o reconhecimento, conforme fls. 42/43.

Em juízo a vítima voltou a reconhecer o réu como um dos autores do roubo relatando os fatos

Isolada, portanto, a versão apresentada pelo acusado, pois que, sabe-se que ninguém está obrigado a produzir prova contra si próprio, pelo que até perfeitamente compreensível a negativa; entretanto, não logrou o acusado destruir a prova produzida pela acusação que confirma a versão apresentada na denúncia.

Dos depoimentos transcritos acima, restou evidenciada a autoria criminosa.

Extrai-se do conteúdo probatório colhido nestes autos, de forma cabal e incontroversa que o réu, no dia 29 de março de 2016, por volta das 19:40, na Rua Sabino Silva, Jardim Apipema, nesta Capital, o denunciado, em comunhão de ações e desígnios e previamente acordado com outros dois indivíduos não identificados, mediante grave ameaça, perpetrada pelo uso de arma de fogo, subtraíram o veículo Honda FIT, Ex CVT, cor prata, placa XXX, pertencente à vítima XXX.

Tanto os depoimentos colhidos na fase inquisitorial quanto os colhidos em juízo demonstram cabalmente a autoria do crime do comento, não deixando margem de dúvida quanto à ação criminosa. (grifos nossos)

Ora, se o inquérito policial não constituísse elemento de convencimento da magistrada, ele sequer estaria sendo citado como fundamento para a sentença. Note-se que o inquérito aqui foi minuciosamente analisado para contrapor aos depoimentos em Juízo.

Desse modo, conclui-se que, o inquérito foi elaborado e anexado à denúncia e convenceu a magistrada da autoria do delito. Mas, se no processo penal não é admitido prova que não foi produzida com contraditório, como o inquérito serviu de fundamento para a condenação?

É patente que há um hiato entre o processo penal democrático e a supramencionada sentença. Assim, esse indivíduo condenado comporá mais um dado estatística das sentenças com fundamento no inquérito policial.

Comumente se vê expressões que designam a necessidade de comparar as provas produzidas em Juízo com os elementos do inquérito policial, senão vejamos:

“Assim, diante dos depoimentos acima transcritos, é evidente que a acusada efetivamente é coautora do intento criminoso, ante a harmonia das provas do inquérito, reconhecimento e dos testemunhos em juízo.”⁵⁰

⁵⁰ Processo: 0315256-72.2012.8.05.0001. Trâmite: 17ª Vara Criminal de Salvador.

Observa-se que a dita “harmonia das provas do inquérito” são suficientes para à condenação. Do mesmo modo, a mesma magistrada decidiu em outro processo⁵¹:

Vieram-me os autos conclusos para julgamento, que assim os relatei, razão porque passo a fundamentar minha decisão. Materialidade e autoria do delito, restaram comprovadas mediante a prova testemunhal produzida nos autos. Na Delegacia, a vítima efetuou o reconhecimento, conforme auto de reconhecimento de fls.14 Em juízo, a vítima relatou os fatos, confirmando a autoria do delito.

O depoimento da vítima é corroborado pelo do condutor.

Isolada a versão apresentada pela ré, pois que, sabe-se que ninguém está obrigado a produzir prova contra si próprio, pelo que até perfeitamente compreensível a negativa da autoria; entretanto, não logrou a acusada destruir o quanto declarado pela vítima e pelo policial que acompanhou a diligência.

Desta forma, é evidente que a acusada efetivamente é a autora do intento criminoso, ante a harmonia das provas do inquérito, especialmente o reconhecimento e dos testemunhos em juízo.

Aduziu à fundamentação com o entendimento jurisprudencial que o depoimento do policial era meio de prova idôneo, ou seja, o que é dito pelo policial tem presunção de veracidade inquestionável.

Vale ressaltar, como dito anteriormente, que esse mesmo policial testemunhou no processo no dia 26/04/2013, sobre um suposto fato ocorrido em 25/08/2011. Constata-se que se trata de aproximadamente 2 anos entre o suposto fato e a oitiva.

Não se pode afirmar com tamanha veemência que um policial constitui prova cabal de um processo, haja vista que a vacância temporal é suficiente para o esquecimento. Porém, esse não é o entendimento da magistrada⁵², onde diz:

Cumpra ressaltar que “os depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante constituem prova idônea, como a de qualquer outra testemunha que não esteja impedida ou suspeita, notadamente quando prestados em juízo sob o crivo do contraditório, aliado ao fato de estarem em consonância com o conjunto probatório dos autos. (...)” (HC 98.766/SP1, Rel. Ministro OG Fernandes – 6ª Turma - julgado em 05/11/2009, DJe 23/11/2009).

Denota-se, dessa breve e apertada exposição que, os entendimentos dos magistrados nos processos transcritos revelam o preocupante fato de que os inquéritos policiais ainda são elementos de convencimento.

⁵¹ Processo: 0327466-58.2012.8.05.0001. Trâmite: 17ª Vara Criminal de Salvador.

⁵² Processo: 0327466-58.2012.8.05.0001. Trâmite: 17ª Vara Criminal de Salvador.

A democracia processual que preza pelo contraditório em todas as suas fases, sobretudo para que se alcance uma sentença justa, não tem sido acatado de acordo com os processos supramencionados.

Muito embora haja uma boa parcela de magistrados que prezam pelo processo com contraditório e a admissibilidade de todos os meios de defesa, ainda se nota a parcela dos magistrados que se convencem pelos elementos que não estão nos autos, ou não deveriam estar.

É essencial que a partir da análise desses processos, comecemos a entender o quão danosa é a presença do inquérito policial nos autos do processo penal, pois, é a partir dele que se inicia uma etapa de “motivos para a condenação”.

Outro dado importante é que, em todos os casos analisados, a condenação sobreveio após a análise do inquérito. Significa dizer que o inquérito policial está repleto de fatos acusatórios e o magistrado acata esses elementos ensejando na condenação.

Não há, portanto, casos estudados em que o Acusado teria sido absolvido e a fundamentação fosse pautada no inquérito policial. *Contrario sensu*, o que houve foram condenações em todos os casos que citavam o inquérito.

7.2. DA MITIGAÇÃO DO ARTIGO 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O presente estudo verificou as bases do inquérito policial, passando por sua história e chegando até o mais alto nível de compreensão processual, qual seja, o contraditório.

Porém, quem concede a tutela jurisdicional no que tange aos direitos violados é analisada pelo agente público na investidura do cargo que atende pela alcunha de Juiz.

Ocorre que para versar acerca dos fatos e ao final do processo prolatar a sentença, o magistrado precisa entender, motivar e decidir sobre o processo. Essa decisão, que não é uma escolha trata da maneira como o magistrado entende a subsunção do fato à norma. Portanto, quando o magistrado se convence da

remontagem do ocorrido, ele está debruçando-se sob a égide do artigo 155 do Código de Processo Penal⁵³, que trata do livre convencimento do magistrado.

O que se verificou nos processos em epígrafe foi a mitigação desse dispositivo do diploma supra, pois, a convicção do magistrado em diversos casos pautava-se exclusivamente no inquérito, uma vez que não havia provas na instrução processual.

Esse fato revelou que a inteligência do artigo não é obedecida como se deveria, tendo sido plenamente violada e causando prejuízos enormes aos Acusados.

Importante trazer as valiosas contribuições de Aury Lopes Jr.⁵⁴ sobre o tema:

Para o controle de eficácia do contraditório e do direito de defesa, bem como de que existe prova suficiente para sepultar a presunção de inocência, é fundamental que as decisões judiciais (sentenças e decisões interlocutórias) estejam suficientemente motivadas. Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, premissa fundante de um processo penal democrático. Nesta linha, está expressamente consagrada no art. 93, IX, da CB.

Nessa esteira, ainda completa Aury Lopes Jr. ao explicar a sentença em face do contraditório⁵⁵:

Por meio dessa distinção é possível fundamentar o porquê do limitado valor probatório dos atos praticados na investigação preliminar, ficando clara a inadmissibilidade de que a atividade realizada no inquérito policial possa substituir a instrução definitiva (processual). A única verdade admissível é a processual, produzida no âmago da estrutura dialética do processo penal e com plena observância das garantias de contraditório e defesa. Em outras palavras, os elementos recolhidos na fase pré-processual são considerados como meros atos de investigação e, como tal, destinados a ter uma eficácia restrita às decisões interlocutórias que se produzem no curso da instrução preliminar e na fase intermediária.

É óbvio que as diligências levadas a cabo na investigação preliminar não podem servir como fonte de convencimento do órgão jurisdicional no momento da sentença.

Infelizmente proliferam decisões em que os juízes condenam com base no inquérito policial. Alguns lançam mão de uma fraude discursiva: “cotejando a prova judicializada com a policial...” ou “a prova policial corrobora...”, para então condenarem. (grifos nossos)

⁵³ 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.

⁵⁴ JUNIOR, Aury Lopes. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 4ª Edição. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006, p. 250.

⁵⁵ JUNIOR, Aury Lopes. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 4ª Edição. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006, p. 263.

As palavras do autor traduzem exatamente o que fora explicitado com as sentenças transcritas no tópico anterior. Não obstante, o autor trouxe a vergonhosa realidade do judiciário brasileiro que, em diversos casos, age afrontando a legislação.

Acerca do livre convencimento motivado, completa Aury Lopes Jr.⁵⁶:

A decisão de um juiz somente é legítima quando calvada na prova produzida no processo. Significa uma limitação ao que está nos autos e que lá tenha regularmente ingressado. Conduz, assim, ao rechaço total do substancialismo e também da admissão e valoração da prova ilícita.

Mas não basta estar no processo, é necessário que se revista da qualidade de “ato de prova”, ou seja, aquela colhida na fase processual, com plena observância do princípio da jurisdicionalidade. **Isso conduz a uma repulsa à possibilidade de o juiz formar sua convicção a partir dos atos de investigação, realizados na inquirição do inquérito policial.** (grifos nossos)

Da análise dos processos, bem como, das palavras de Aury Lopes Junior, é perceptível que o inquérito policial não pode ser utilizado como elemento para fundamentar as sentenças.

Entretanto, essa é uma prática corriqueira no judiciário brasileiro, quando na verdade deveria ser expurgada. Com isso, ter-se-ia um processo com finco democrático e altamente justo para as partes.

As lições do professor, acima transcritas, revelam que o contraditório se faz necessário na medida em que o processo penal é uma invasão do Estado na esfera de liberdade do indivíduo. Sendo assim, precisa obedecer uma série de regras para que essa invasão seja a menos danosa possível.

Importante trazer à baila o entendimento de Renato Brasileiro⁵⁷:

Quanto à valoração da prova pelo magistrado por ocasião da sentença condenatória, o ordenamento pátrio adota, pelo menos em regra, o sistema do livre convencimento motivado (ou da persuasão do juiz), em virtude do qual o magistrado tem ampla liberdade na valoração das provas constantes dos autos, as quais têm, legal e abstratamente, o mesmo valor. Como aponta Gomes Filho, “a liberdade na apreciação das provas não se confunde com uma autorização para que o juiz adote decisões arbitrárias, mas apenas lhe confere a possibilidade de estabelecer a verdade judicial com base em dados e critérios objetivos e de uma forma que seja controlável”.

⁵⁶ JUNIOR, Aury Lopes. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 4ª Edição. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006, p. 286.

⁵⁷ DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal volume único**. 2ª Edição. Editora Juspodivm. Salvador, 2014, p. 1.430.

Este sistema confere ao juiz discricionariedade na hora da valoração das provas, isoladamente e no seu conjunto, mas desde que tais provas estejam no processo (*id quod non est in actis non est in mundus* – o que não está no autos não existe), sendo admitidas pela lei e submetidas a um prévio juízo de credibilidade, não podendo ser ilícitas ou ilegítimas. À discricionariedade de avaliação do quadro probatório soma-se a obrigatoriedade de motivação da conclusão do magistrado. A obrigação de fundamentar permite às partes não somente aferir que a convicção foi realmente extraída do material probatório constante dos autos, como também analisa os motivos legais que levaram o magistrado a firmar sua conclusão.

A explicação de Renato Brasileiro evidencia que o conjunto probatório deve estar lastreado no processo, não devendo outros elementos influenciarem na *ratio decidendi* do magistrado.

Ademais, é papel do processo mapear todos os elementos contidos nele e servir de instrumento para repudiar uma determinada conduta. Essa função não se confunde com instrumento de vingança imotivada e desarrazoada.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, verifica-se que o Inquérito Policial traz inúmeros malefícios ao processo penal, principalmente, porque é produzido sem contraditório, razão pela qual vicia toda a cognição processual. Dado isso, é possível concluir que o processo penal, uma vez contaminado, gera danos irreparáveis ao Acusado que figura no polo passivo da demanda.

O processo penal não precisa ser somente justo, mas também, precisa ser legal.

Portanto, quando um magistrado sentencia um processo pautando-se no Inquérito policial, como vastamente comprovado no capítulo 7.1, resta evidente que a decisão é nula, haja vista que não obedeceu ao artigo 155 do Código Penal.

A grande preocupação dessa pesquisa se deu quanto aos efeitos que o inquérito policial poderia gerar na *Ratio decidendi* de uma sentença prolatada sem a devida instrução processual. Nessa, observaríamos o que conduziu o Juízo àquela decisão.

O fato é que em diversos casos foram encontradas fundamentações que citavam o inquérito policial como elemento de convencimento, ou seja, elemento com força probante para enviesar a decisão judicial. Sendo assim, se a lei fala que o supracitado instrumento não compõe os autos do processo, haja vista a sua natureza administrativa e seu caráter inquisitivo, por que continuar adotando-o?

Vê-se que essa prática continua truncada no direito brasileiro e está umbilicalmente ligada à estrutura judicial anterior à Constituição Federal de 1988. É preciso repensar nessas aplicações, pois não fazem mais parte dos anseios da Carta Maior vigente.

Contudo, conclui-se que dos processos analisados, restou demonstrado que as sentenças fundamentadas no Inquérito Policial prejudicaram os Acusados, uma vez que os mesmos não tiveram a oportunidade de se manifestarem acerca dos elementos da fase pré-processual.

Do mesmo modo, também restou demonstrado que vivemos um momento processual solipsista, de modo que o processo acaba por ser um fim em si mesmo, sem devolver quaisquer parcelas de efeitos para a sociedade.

O processo proforma é outro exemplo desse maléfico efeito que se tem vivido nos últimos tempos no Brasil. Assim, dos dados que foram apresentados se conclui que o processo penal tem servido de “mero procedimento” para travestir determinadas punições em “punições legais”.

É preciso lutar para construir um processo penal mais democrático e digno.

9. REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1**. 17ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2012.
- CASARA, Rubens. **Mitologia Processual Penal**. 1ª ed. Ed. Saraiva. São Paulo, 2015.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado**. Revista de informação legislativa. Brasília, 2009.
- DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal volume único**. 2ª Edição. Editora Juspodivm. Salvador, 2014.
- JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 11ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2014.
- JUNIOR, Aury Lopes. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 4ª Edição. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006.
- JUNIOR, Aury Lopes. **Não percebemos o quanto nosso processo penal é primitivo e inquisitório**. Revista eletrônica consultor jurídico. 16 de março de 2018.
- JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Edição. Editora Juspodivm, Salvador, 2015.
- LIMA. Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume única**. 12ª Edição – 3ª Tiragem, Editora Jumpodvm, Salvador, 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13ª Edição. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2016.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 6ª Edição. Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2006.
- PIRES, Álvaro. **A RACIONALIDADE PENAL MODERNA, O PÚBLICO E OS DIREITOS HUMANOS**. Novos estudos, CEBRAP, n.º 68. 2014.
- Processo: 0315256-72.2012.8.05.0001. Trâmite: 17ª Vara Criminal de Salvador.
- Processo: 0327466-58.2012.8.05.0001. Trâmite: 17ª Vara Criminal de Salvador.
- Processo: 0327466-58.2012.8.05.0001. Trâmite: 17ª Vara Criminal de Salvador.
- Processo: 0503652-57.2017.8.05.0001. Tramite: 17ª Vara Criminal – Salvador.

Processo: 0503652-57.2017.8.05.0001. Tramite: 17ª Vara Criminal – Salvador.

Processo: 0521829-06.2016.8.05.0001. Trâmite: 17ª Vara Criminal de Salvador.

Processo: 0523060-05.2015.8.05.0001. Tramite: 17ª Vara Criminal – Salvador.

Processo: 0559638-30.2016.8.05.0001. Tramite: 13ª Vara Criminal – Salvador.

RAVAZZANO, Fernanda. Canal Ciências Criminais. **A experiência no chile e a buscar um sistema acusatório no brasil.** Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/a-experiencia-no-chile-e-a-busca-por-um-sistema-acusatoriono-brasil/>

ROSA, Alexandre Morais da. **Entenda o que a atuação contraintuitiva no processo dual.** Revista eletrônica Consultor Jurídico, 09 de março de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-09/limite-penal-entenda-atuacao-contraintuitiva-processo-dual>

STRECK, Lênio Luiz. **E o que seria a discricionariedade transparente do ministro roberto barroso?** Revista eletrônica: consultor jurídico, 26 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-26/streck-seria-discricionariedade-transparente-barroso>

TACrim 181.563, TACrim SP, Rel. Geraldo Ferrari.

Ver. Crim. 63.514, TACrim SP, Rel. Aquino Machado.