

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADE INTEGRADA MACHADO DE ASSIM
CURSO DE DIREITO**

MARCUS VINÍCIUS SCHAEFER

**O VALOR PROBATÓRIO DAS PROVAS NÃO REPETÍVEIS COLHIDAS NA
FASE INQUISITORIAL
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Santa Rosa
2016

MARCUS VINÍCIUS SCHAEFER

**O VALOR PROBATÓRIO DAS PROVAS NÃO REPETÍVEIS COLHIDAS NA
FASE INQUISITORIAL
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às
Faculdades Integradas Machado de
Assis, como requisito parcial para
obtenção do Título de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Prof^a Ma. Renata Maciel

Santa Rosa
2016

MARCUS VINÍCIUS SCHAEFER

**O VALOR PROBATÓRIO DAS PROVAS NÃO REPETÍVEIS COLHIDAS NA FASE
INQUISITORIAL
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades
Integradas Machado de Assis, como
requisito parcial para obtenção do Título
de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora



Prof.ª Ms. Ronata Maciel - Orientadora



Prof. Ms. Cláudio Rogério Sousa Lira



Prof. Ms. Lairton Ribeiro de Oliveira

Santa Rosa. 01 de dezembro de 2016.

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho a minha família, por oportunizarem meu estudo, sem medir esforços e por acreditarem na minha capacidade quando comecei minha jornada. Também dedico a minha namorada, pelo companheirismo nas horas de dedicação e esforço.

AGRADECIMENTO

Agradeço aos meus pais e minha namorada pelo apoio, dedicação e compreensão.

A minha Prof^a. Orientadora Renata Maciel, pelo esforço e comprometimento, e por todos ensinamentos passados a mim na construção desta monografia.

Enfim, agradeço a todos os professores que direta ou indiretamente contribuíram em minha formação acadêmica/pessoal.

Por acaso eu fui à luta, eu quis pagar para ver, aonde leva essa loucura, qual é a lógica do sistema, onde estavam as armas químicas, o que diziam os poemas.

Engenheiros do Hawaii

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso visa analisar o estudo das provas não repetíveis colhidas na fase do inquérito policial, tendo por foco o valor probatório das provas irrepitíveis quando da sua apreciação na fase do processo judicial. Para tanto, o problema da pesquisa visa analisar, se as provas não repetíveis produzidas no inquérito policial possuem valor probatório capaz de justificar/fundamentar uma sentença judicial condenatória ou absolutória. Como objetivo geral, o presente estudo busca uma análise das teorias das provas à luz dos princípios legais e constitucionais vinculados à produção das provas não repetíveis no inquérito policial, com o fim de analisar se tais provas podem fundamentar o livre convencimento motivado do julgador numa sentença condenatória ou absolutória. Como justificativa se apresenta a busca pela compreensão de que, mesmo colhidas na fase inquisitorial, diga-se, pré-processual, a produção das provas não repetíveis não viola os princípios fundamentais do contraditório e da ampla defesa e que a análise e fundamentação pelo julgador dessas provas no processo judicial é válida, legal, tanto que previstas no Código de Processo Penal e pacificadas na jurisprudência e doutrina que versam sobre o tema. A pesquisa se realizará pelo método teórico, uma vez que será realizada em doutrinas, legislação e jurisprudência. Nesse sentido, a análise dos referidos métodos tem como fundamento interpretar o conteúdo a fim de que lhe possa dar um conhecimento pertinente acadêmico-científico. Para tanto, o presente estudo se divide em três capítulos, sendo eles: princípios norteadores da prova penal; provas irrepitíveis no processo penal; e valor atribuído às provas não repetíveis. Por fim, se busca concluir, que as provas não repetíveis estão sendo objeto de fundamentação de decisão condenatória/absolutória, de modo que a mesma está pacificada na jurisprudência e doutrina, afastando-se qualquer ilegalidade da prova por supostamente violar os princípios do contraditório e ampla defesa.

Palavras-chave: Provas Irrepitíveis; Valor Probatório; Inquérito Policial.

ABSTRACT

This final paper aims to analyze the study of non-repeatable evidence collected during the police investigation phase, focusing on the probative value of unrepeatable evidence when it is evaluated on the judicial process. Therefore, the research propose is analyze if the non-repeatable evidence produced at the police investigation has a probative value capable of justifying a judicial conviction or acquittal. As general objective, the present study seeks to analyze the theories of evidence based on legal and constitutional principles associated to the non-repeatable evidence production in the police investigation, in order to analyze whether such evidence can substantiate the judge`s conviction in a conviction or acquittal sentence. The justification is to comprehend if, even though collected in inquisitorial phase, the production of non-repeatable evidence does not infringes the fundamental rights of defense and the audi alteram partem and ensure that the judge`s analysis and justification of these evidences in the judicial process is valid, legal and moreover, listed by the Criminal Proceedings Code and accepted in the jurisprudence. The research will be carried out using the theoretical method, since it will based on doctrines, legislation and jurisprudence. Seen in these terms, the analysis of mentioned methods is based on interpreting the content in order to provide the pertinent academic-scientific knowledge. Therefore, this paper is divided in three chapters, being: guiding principles of the criminal trial; unrepeatable evidence in criminal proceedings; and value attributed to non-repeatable tests. Ultimately, it is sought to conclude that the non-repeatable evidence is being used on a conviction/acquittal decision, and it is accepted in jurisprudence and doctrine, stepping aside any evidence illegality for allegedly violating the principle of defense and the audi alteram partem.

Keywords: Unrepeatable Evidence; Probative Value; Police Investigation.

LISTA DE ABREVIações, SIGLAS E SÍMBOLOS.

§ - Parágrafo

I, II, III – incisos

CPP – Código de Processo Penal

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PROVA PENAL	15
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL	15
1.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS EM ESPÉCIE	19
1.2.1 Princípio da Não-Auto-Incriminação	19
1.2.2 Princípio da Presunção de Inocência	20
1.2.3 Princípio da Audiência Contraditória	21
1.2.4 Princípio da Publicidade	21
1.2.5 Princípio do Devido Processo Legal	22
1.2.6 Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório	23
1.2.7 Princípio da Busca da Verdade Real	26
1.2.8 Princípio do Livre Convencimento Motivado	28
2 PROVAS NO PROCESSO PENAL	31
2.1 A FORMA DE COLHEITA DE PROVAS NA FASE INQUISITORIAL	32
2.2 TIPOS DE PROVAS PENAIS	38
2.3 PROVAS ANTECIPADAS E NÃO REPETÍVEIS	44
3 VALOR ATRIBUÍDO ÀS PROVAS NÃO REPETÍVEIS	50
3.1 TIPOS DE VALORAÇÃO DE PROVAS E A SISTEMÁTICA ADOTADA PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	50
3.2 ANÁLISE DE DECISÕES SOBRE A VALORAÇÃO DAS PROVAS NÃO REPETÍVEIS/ANTECIPADAS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES	57
CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	69

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como escopo o estudo das provas não repetíveis colhidas na fase do inquérito policial, delimitando-se no tocante ao valor probatório das provas não repetíveis quando da sua valoração no processo judicial. Dessa forma, o problema da pesquisa visa analisar se as provas não repetíveis produzidas no inquérito policial possuem valor probatório capaz de justificar/fundamentar uma sentença judicial condenatória. Nesse sentido, o objetivo da pesquisa é estudar as teorias das provas à luz dos princípios legais e constitucionais vinculados à produção das provas não repetíveis no inquérito policial, com o fim de analisar se tais provas podem fundamentar o livre convencimento motivado do julgador numa sentença condenatória ou absolutória.

A pesquisa tem como justificativa contribuir com o meio acadêmico e à sociedade em geral, bem como com os operadores do direito, a fim de trazer esclarecimentos sobre a forma de colheita da prova na fase inquisitorial e o respeito aos princípios norteadores do processo penal. O intuito que se busca é colaborar com a compreensão de que, mesmo colhidas na fase inquisitorial, diga-se, pré-processual, a produção das provas não repetíveis não viola os princípios fundamentais do contraditório e da ampla defesa e que a análise e fundamentação pelo julgador dessas provas no processo judicial é válida, legal, tanto que previstas no Código de Processo Penal e pacificadas na jurisprudência e doutrina que versam sobre o tema.

A pesquisa se realizará pelo método teórico, uma vez que será realizada em doutrinas, legislação e jurisprudência. Nesse sentido, a análise dos referidos métodos tem como fundamento interpretar o conteúdo a fim de que lhe possa dar um conhecimento pertinente acadêmico-científico. Sendo assim, se aguarda uma visão mais abrangente da delimitação temática, bem como sua compreensão para seu desenvolvimento intelectual. Para desenvoltura do trabalho, a estrutura do artigo se divide em seções, sendo o sumário composto

por: princípios norteadores da prova penal; provas irrepetíveis no processo penal; e valor atribuído às provas não repetíveis.

No primeiro capítulo, se abordará quais são os princípios norteadores da prova penal. Como premissa, se faz necessário analisar a evolução histórica do Direito Penal, para entender como os tempos históricos contribuíram para a formação dos princípios/direitos inerentes a cada indivíduo, vindo a ser necessários para regular os conflitos que surgiam. No segundo ponto, se verificará especificadamente os princípios, apresentando que, apesar de alguns serem mais relevantes ao presente estudo do que outros, não existe uma hierarquia entre os princípios em si. Para tanto, serão apresentados os princípios constitucionais penais em espécie, inicialmente com a apresentação do princípio da não-autoincriminação, o qual assegura que o acusado não pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo, tendo o direito de ficar silente se assim desejar. Outro princípio a ser estudado é o princípio da presunção de inocência, pelo qual a Constituição Federal, em seu artigo 5º, LVII, assegura que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado. Assim, o acusado tem o direito de ser considerado inocente até prova em contrário.

Na sequência, será apresentado o princípio da audiência contradita, segundo o qual toda prova trazida aos autos deve ser submetida a outra parte, com o objetivo de respeito aos moldes do contraditório e ampla defesa. Superado esse princípio, se analisará o princípio da publicidade, pelo qual a Constituição Federal assegura que os atos serão públicos, tendo os cidadãos e acusado o direito ao acesso aos autos.

Pelo princípio do devido processo legal, todo o acusado tem o direito de um devido processo antes de se ver constrangido de sua liberdade. Posteriormente, decorrente desse e dos outros princípios, se estudará o princípio do contraditório e da ampla defesa, com vistas a apresentar uma distinção entre os dois e demonstrar a sua importância para o um justo processo.

Após, apresentar-se-á, ainda, o princípio da busca da verdade real, pelo qual o juiz busca saber como os fatos do delito ocorreram na realidade, por meio de diligências a serem realizadas no curso da instrução. Por fim, se estuda o princípio do livre convencimento motivado, princípio adotado pela nossa Constituição de 1988 e Código de Processo Penal de regra, fazendo o

juiz motivar as suas decisões com base em todo os elementos probatórios trazidos ao processo, não se baseando unicamente em um elemento apenas.

No segundo capítulo, serão apresentadas as provas no processo penal. Primeiramente se estudará a forma de colheita de provas na fase inquisitorial. Após, serão realizadas as análises do inquérito policial, sua natureza, finalidades e características. Se verifica que é a policial judiciária quem detém o poder de realizá-lo, por meio do Delegado de Polícia, que colhe elementos para remetê-los posteriormente a fase judicial.

Verificar-se-á também que o inquérito policial é um procedimento administrativo, não se confunde com o processo judicial, uma vez que aquele tem natureza inquisitiva, não se violando aqui em eventual confronto aos princípios do contraditório e ampla defesa. Nesse sentido, se fez necessário averiguar o direito dos advogados ao acesso aos autos do inquérito policial, como forma de defesa do seu cliente.

No segundo ponto do segundo capítulo serão estudados os tipos de provas penais. Aqui serão analisadas as provas especificamente, entre as quais exame de corpo de delito, interrogatório, confissão, prova testemunhal, acareações, reconhecimento de pessoas e coisas e prova documental.

Verificados a fase inquisitorial e os tipos de prova penais, será apresentada especificamente a prova não repetível. Nesse ponto, busca-se conceituar esse tipo de prova, bem como apresentar uma noção doutrinária de como tal prova vem sendo valorada. Procura-se constatar como se trata o choque dessa prova com os princípios do contraditório e ampla defesa. Também, sendo a mesma linha de colheita, se analisará de forma geral a prova antecipada.

Por fim, no terceiro capítulo se estudará o valor atribuído as provas não repetíveis. O capítulo se inicia com a apresentação dos tipos de valoração de provas e a sistemática adotada pela legislação brasileira. Nesse ponto se verificará qual o caminho percorrido até que se chegasse ao sistema atual do livre convencimento motivado,

No segundo ponto do terceiro capítulo se fará uma análise de decisões sobre a valoração das provas não repetíveis nos tribunais superiores. Para tanto, serão analisadas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,

bem como do Supremo Tribunal de Justiça, que fazem referência aos sistemas adotados na legislação brasileira.

O objetivo da análise das decisões é, portanto, verificar como vem sendo consideradas as provas não repetíveis no processo penal, se delas derivam as sentenças condenatório/absolutória, e como está o entendimento acerca das supostas violações dos princípios do contraditório e ampla defesa.

1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PROVA PENAL

Para colher a prova penal, deve-se observar os princípios básicos Constitucionais e Processuais Penais. Na falta dessa observação, pode-se violar vários direitos fundamentais inerentes à sociedade, bem como ao acusado, levando a uma justiça não eficaz.

Para Adalberto Aranha:

O objetivo da prova é o de demonstrar em juízo a existência de um fato perturbador ou violador de um direito. Logo, os princípios que regem a prova podem ser definidos como os critérios legais em busca de tal objetivo (ARANHA, 2006, p. 32).

O estudo dos princípios que regem as provas penais é fundamental, ao ponto que eles são os pilares para construção de meios efetivos para captação dessas provas. Dessa forma, para facilitar o entendimento acerca do estudo das provas, faz-se necessário apresentar a evolução histórica do direito penal.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL

O ser humano sempre violou regras de convivência, tendo desde os tempos primitivos sanções para essas violações. São vários períodos da história que mostram qual era o meio aplicado para a punição e quais as crenças que os sujeitos temiam.

Inicialmente, aplicava-se a sanção como fruto da libertação do clã da ira dos deuses, em face da infração cometida, quando a reprimenda consistia, na expulsão do agente da comunidade (NUCCI, p. 62, 2009). Nos grupos sociais deste período histórico, quais sejam, povos primitivos, envoltos em ambiente mágico e religiosos, a peste, a seca e todos os fenômenos naturais maléficos eram tidos como força resultante das forças divinas (MIRABETE, p. 16, 2005).

Julio Fabbrini Mirabete assevera que:

Para aplicar a ira dos deuses, criaram-se séries de proibições (religiosas, sociais e políticas), conhecidas por “tabu”, que, não obedecidas, acarretavam castigo. A infração totêmica ou a entidade, gerando-se assim o que, modernamente, denominados “crime” e “pena”. O castigo infligido era o sacrifício da própria vida do

transgressor ou a “oferenda por este de objetos valiosos (animais, peles e frutas) à divindade, no altar montado em sua honra (MIRABETE, p. 16, 2005).

A punição acontecia quando houvesse a quebra de algum tabu, nestes termos Guilherme de Souza Nucci ensina:

Acreditava-se nas forças sobrenaturais, que, por vezes, não passavam de fenômenos da natureza, como a chuva ou o trovão, motivo pelo qual, quando a punição era concretizada, imaginava o povo primitivo que poderia acalmar os deuses. O vínculo existente entre os membros de um grupo era dado por um totem (estátuas em forma de animais ou vegetais), que era o antepassado comum do clã: ao mesmo tempo, era o seu espírito guardião e auxiliar, que lhe enviava oráculos, e embora perigoso para os outros, reconhecia e poupava os seus próprios filhos (NUCCI, p. 62, 2009).

Na denominada fase da vingança privada, no período aproximado de 450 A.C, cometido um crime, ocorria a reação da vítima, dos parentes e até do grupo social, que agiam sem proporção à ofensa atingindo todo o grupo do ofensor (MIRABETE, p. 16, 2005).

Segundo Paulo José da Costa Jr., sobre a vingança privada:

A pena representava inicialmente a vingança privada da própria vítima, de seus parentes ou do agrupamento social a que pertencia. A reação costumava superar em muito a agressão, a menos que o transgressor fosse membro da tribo. Era então punido com o banimento, que o deixava entregue à sorte de outros agrupamentos (COSTA JR., p. 12, 2009).

O direito de talião surge, não permitindo que o revide ultrapasse a medida da ofensa, constituindo sem dúvida um progresso (COSTA JR., p. 12, 2009). O talião limita a reação à ofensa a um mal idêntico ao praticado (MIRABETE, p. 17, 2005).

No direito Grego, na época da idade antiga, eram conhecidas duas categorias de infração penal: crimes públicos, em relação aos quais poderiam ser aplicadas penas coletivas, e crimes privados, que somente admitiam a punição do autor (LEAL, p. 70, 2004).

O direito romano perdurou de 753 a. C. a 1453 d.C., de início, com a prevalência do poder absoluto do chefe de família (pater famílias), aplicando as sanções que bem entendesse ao seu grupo (NUCCI, p. 63, 2009).

Leal assevera que o direito romano:

No campo específico do Direito Penal, após o período primitivo de caráter essencialmente religioso, houve uma preocupação em laicizar o sistema repressivo, punindo o infrator com fundamento no interesse individual ou público. Surge assim o elemento necessário para a divisão das infrações em crimes públicos e privados (LEAL, p. 70, 2004).

Na era do direito germânico, este já consagrado na Idade Média, os povos germânicos, chamados de bárbaros, trouxeram para a Europa romana os seus costumes, os seus usos, as suas tradições, as suas religiões e superstições (LEAL, p. 73, 2004). O direito germânico não continha leis escritas, sendo de natureza consuetudinária. A pena era tida como expiação religiosa (COSTA JR., p. 13, 2009).

João José Leal frisa:

A exemplo do que se passou com outros povos, o período inicial foi marcado por um sistema punitivo de caráter religioso. A perda da paz, representada pela expulsão do infrator do seu meio social e sua conseqüente morte, marcou seguramente a práxis punitiva das primeiras épocas dos povos germânicos. Também a vingança do sangue, entendida como um dever do ofendido ou dos membros de seu grupo, é praticada como elemento necessário a segurança coletiva (LEAL, p. 73, 2004).

Surge a fase do direito canônico, no século XVIII, com a influência decisiva do cristianismo na legislação penal. A igreja contribui de maneira relevante para a humanização do Direito Penal, embora os interesses religiosos que eram protegidos (MIRABETE, p. 18, 2005).

De acordo com Costa Jr., o direito canônico:

Previa os delitos eclesiásticos, da competência dos tribunais eclesiásticos; os delitos meramente seculares, da competência dos tribunais leigos; e os delitos mistos, julgados pelo tribunal que primeiro deles conhecesse. As penas visavam à justa retribuição, bem como ao arrependimento e à emenda do condenado. Poderiam ser elas espirituais ou temporais (COSTA JR., p. 14, 2009).

Dessa forma, foi no direito canônico em que o cristianismo tinha maior influência sobre as leis penais. Nessa etapa, existiam procedimentos próprios, porém, a igreja resguardava sempre seus próprios interesses.

Na Idade Moderna, no fim do século XVIII, no decorrer do Iluminismo se inicia o denominado Período Humanitário. A partir deste momento que o

homem moderno toma consciência crítica do problema penal como um problema filosófico e jurídico (MIRABETE, p. 19, 2005).

Costa Jr. aduz sobre o período do Iluminismo:

O iluminismo, surgido nos fins do século XVIII, foi o responsável pela reforma nas leis e na justiça penal. Iluminismo equivale à emancipação do homem à autoridade, aos preconceitos, convencionalismos e tradições. As ideias políticas, com as grandes descobertas de Copérnico, Galileu, Newton e Kepler, passaram por uma revisão (COSTA JR., p. 15, 2009).

As ideias fundamentais do Iluminismo estão em várias obras de autores das chamadas escolas clássicas, em meados da primeira metade do século XIX. Mirabete discorre que:

Para a Escola Clássica, o método que deve ser utilizado no Direito Penal é o dedutivo ou lógico-abstrato (já que se trata de uma ciência jurídica), e não experimental, próprio das ciências naturais. Quanto à pena, é tida como tutela jurídica, ou seja, como proteção aos bens jurídicos tutelados penalmente. A sanção não pode ser arbitrária; regula-se pelo dano sofrido, inclusive, e, embora retributiva, tem também finalidade de defesa social (MIRABETE, p. 21, 2005).

Nos movimentos que pregavam a racionalidade, influenciado pelo pensamento positivista, surge a escola positiva na segunda metade do século XIX, como Nucci leciona:

Essencialmente, enxergava o criminoso como um produto da sociedade, que não agia por livre-arbítrio, mas por não ter outra opção, além de ser levado ao delito por razões atávicas. Visualizava sobretudo o homem-delinquente e não o fato praticado, motivo pela qual a pena não necessitava representar castigo, mas tinha caráter preventivo, isto é, até quando fosse útil poderia ser aplicada (NUCCI, p. 71, 2009).

Com o positivismo jurídico, os penalistas passaram a preocupar-se com a pessoa do condenado em uma perspectiva humanista, instituindo-se a doutrina da Nova Defesa Social (MIRABETE, p. 23, 2005).

Discorre Leal sobre o período contemporâneo:

No mundo ocidental, praticamos hoje um sistema repressivo que pode ser chamado de neoclássico ou liberal/burguês. As principais ideias orientadoras do Direito Penal contemporâneo têm sua origem no período clássico: crime como entidade jurídica, culpabilidade

moral; pena retributiva, com funções de defesa social, de prevenção e de recuperação do delinquente; princípio da legalidade; pena de prisão em substituição à de morte e aos castigos corporais (LEAL, p. 77, 2004).

No Brasil, atualmente, vige o Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7-12-1940), que ainda é nossa legislação penal fundamental. Tal código entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942 e vigora até os dias de hoje. Teve o código origem em projeto de Alcântara Machado, submetido ao trabalho de uma comissão revisora, sendo uma legislação eclética, aproveitando em especial, o que havia no código italiano e suíço (MIRABETE, p. 24, 2005).

Da mesma forma, o Código de Processo Penal que rege as relações processuais da matéria, é o Decreto-Lei nº 3.931, de 11 de dezembro de 1941, tendo sua aplicação a partir de 1º de janeiro de 1942, e vigorando até hoje no nosso direito pátrio.

Como se denotou, a evolução histórica do direito penal influenciou todos os institutos jurídicos penais. Nesse sentido, os princípios surgiram de momentos em que havia uma necessidade de regulação dos conflitos entre os sujeitos. Embora não exista hierarquia entre princípios, pode-se dizer que alguns são mais relevantes que outros. Passa-se a fazer um breve exame de alguns princípios que se tornam importantes para o presente estudo.

1.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS EM ESPÉCIE

1.2.1 Princípio da Não Autoincriminação

Pelo princípio da não-auto-incriminação, o acusado não pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo, nos moldes de Edilson Mougnot Bonfim:

Esse princípio é fundamental para o direito constitucional ao silêncio, que tem por conteúdo a não-obrigatoriedade de que o investigado, em inquérito policial, ou o réu, no caso do processo penal, responda às questões que lhes são dirigidas por ocasião da sua oitiva. Também se funda nesse princípio a não-obrigatoriedade de que o investigado ou réu colabore na produção de qualquer prova em favor da sua incriminação (BONFIM, 2009, p. 319).

Alguns doutrinadores tratam tal princípio como o de direito em permanecer em silêncio. O direito ao silêncio corresponde ao direito de não responder às indagações formuladas pela autoridade. É o direito de calar, reconhecimento da liberdade moral do acusado (QUEIJO, 2003, p. 190). Portanto, trata-se de um direito que o investigado possui devendo a autoridade respeitar a faculdade dele.

1.2.2 Princípio da Presunção de Inocência

O princípio da presunção de inocência é consagrado pela nossa Constituição no artigo 5º, LVII, sendo uma das garantias primordiais do acusado. Sobre esse princípio Norberto Claudio Pâncaro Avena discorre:

Trata-se de um desdobramento do princípio do devido processo legal, consagrando-se como um dos mais importantes alicerces do Estado de Direito. Visando, primordialmente, à tutela da liberdade pessoal, decorre de regra inscrita na Constituição Federal, preconizando que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (AVENA, 2014, p. 27).

Tal princípio impõe duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, e outra de fundo probatório (PACELI, 2015, p. 48). Na Constituição Federal, ele é expresso no artigo 5º, inciso LVII, onde diz que ninguém será culpado até trânsito em julgado da sentença penal condenatória (BRASIL, 1988).

O dever de tratamento atua em duas dimensões, interna e externa. Dentro do processo, a presunção de inocência implica um dever de tratamento por parte do juiz e do acusador, que deverão tratar o réu como inocente ou não (LOPES JR., 2014, p. 364). O fundo probatório estabelece que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação (PACELLI, 2015, p. 48).

¹O acusado tem o direito de ser visto no processo como inocente, sem ter qualquer tratamento de culpado. Incumbe à acusação o papel de mostrar a jurisdição o contrário do princípio da presunção de inocência.

¹ Atentar a polemica que está sendo discutida no STF sobre o princípio da presunção de inocência. No Habeas Corpus (HC) 126292, proferido em fevereiro de 2016, o STF entendeu ser possível

1.2.3 Princípio da Audiência Contraditória

Pelo princípio da audiência contraditória, toda prova trazida aos autos deve ser submetida à outra parte, que terá direito de conhecer seu teor e impugná-la, segundo afirma Bonfim (2009, p. 320). Esse princípio respeita o contraditório e da ampla defesa, assegurando as partes tratamento isonômico nos atos processuais.

Sobre o princípio discorre Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha:

No âmbito penal prevalece o princípio da audiência bilateral pelo qual toda a prova admite a contraprova, não sendo admissível a produção de uma delas sem o conhecimento da outra parte. É princípio jurisprudencial pacífico a nulidade do processo quando uma das partes não tenha ciência e possibilidade de manifestar-se sobre uma prova existente nos autos (ARANHA, 1987, p. 29).

O princípio da audiência contraditória está totalmente ligado ao contraditório e ampla defesa, tendo o acusado direito de se defender dos atos imputados a ele. Porém, na falta dessa observação, pode ocorrer uma nulidade do ato.

1.2.4 Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade é outro princípio de suma importância para o Processo Penal. Segundo Avena, o princípio:

Representa o dever que assiste ao Estado de atribuir transparência a seus atos, reforçando, com isso, as garantias de independência, imparcialidade e responsabilidade do juiz. Além disso, consagra-se como uma garantia para o acusado, que, em público, estará menos suscetível a eventuais pressões, violências ou arbitrariedades (AVENA, 2014, p. 33).

Tal princípio refere que os atos processuais são públicos, sendo próprio do tipo acusatório (FILHO, 2011, p. 46). A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXV, resguarda o princípio para a população ter acesso à jurisdição, atuando como monitor no curso do processo.

a execução provisória da pena após condenação em segunda instância. Apesar de tal decisão não ter força vinculante, ela vem gerando grande polêmica na doutrina e jurisprudência.

Para Gustavo Senna, tal princípio assegura ao cidadão o acesso aos atos praticado no curso do processo, servindo de garantia para a população na fiscalização (SENNA, 2009, p. 317).

A divisão da publicidade que se tem é a ampla e a restrita. Conforme preceitua Senna a ampla é:

A publicidade ampla é regra geral no processo penal, e consiste na possibilidade plena de os atos do Judiciário transcorrerem “a portas abertas”, ou seja, sem quaisquer restrições de acesso ao público, permitindo uma plena fiscalização da comunidade, e não somente das partes interessadas no processo (SENNA, 2009, p. 317).

Nos mesmos moldes o doutrinador argumenta sobre a restrita:

Como observado, a publicidade não é absoluta, podendo ser restringida em certas situações em que o interesse do público em geral deverá ceder em face do outro interesse preponderante no caso concreto, a justificar o segredo, desde que seja preservado o núcleo essencial do princípio. Quando isso ocorre, isto é, quando há limitações ao princípio, diz-se que a publicidade é restrita (SENNA, 2009, p. 317).

Dessa forma, de regra tem-se uma publicidade ampla nos processos penais, ao ponto que, se tiver algum sigilo ela pode ser reprimida pela restrita, limitando a publicidade que é regra não absoluta.

1.2.5 Princípio do Devido Processo Legal

O princípio do devido processo legal, consagrado na Constituição Federal, no art. 5.º, *LIV* e *LV*, estabelece que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem que haja um processo prévio (BRASIL, 1988).

Nestes moldes, frisa Alexandre de Moraes:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa. Dessa forma, o devido processo legal tem como corolários a *ampla defesa* e o *contraditório* (MORAES, 2014, p. 112).

Sobre o tema também afirma Fernando Capez:

No âmbito processual garante ao acusado a plenitude de defesa, compreendendo o direito de ser ouvido, de ser informado pessoalmente de todos os atos processuais, de ter acesso à defesa técnica, de ter a oportunidade de se manifestar sempre depois da acusação e em todas as oportunidades, à publicidade e motivação das decisões, ressalvadas as exceções legais, de ser julgado perante o juízo competente, ao duplo grau de jurisdição, à revisão criminal e à imputabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado (CAPEZ, 2009, p. 38).

Na órbita do processo penal, a partir de tal princípio decorrem uma série de outros princípios, quais sejam, por exemplo, à produção probatória, o contraditório e a ampla defesa, a observância do juiz natural, entre outros (AVENA, 2014, p. 22). É de suma importância que esteja presente o devido processo legal, bem como todos os princípios que derivam do mesmo, para se ter uma efetiva prestação jurisdicional.

Como descreve Barbosa (2011, p. 79), os princípios constitucionais devem nortear todo ordenamento jurídico. Com relação ao devido processo legal no âmbito do processo penal tal autor afirma:

Desse modo, podemos perceber que o princípio do devido processo legal aplicável ao processo penal – por isso fala-se em devido processo penal – é também um tipo de garantia subsidiária e geral em relação às demais garantias constitucionais de índole penal. Em outras palavras, garantias como a ampla defesa e o contraditório, a inadmissibilidade do uso de prova ilícita no processo ou a de não ser preso senão por ordem de autoridade competente são desdobramentos do princípio central do devido processo penal (BARBOSA, 2011, p. 79).

Ressalte-se que no Brasil vigora o sistema acusatório, onde o papel da acusação está reservado a pessoas distintas, conduzidas por um juiz imparcial, em um procedimento constante em lei, resguardando os princípios fundamentais (PACELLI, 2015, p. 09). Nesse sentido, aqui impera o princípio do devido processo legal.

1.2.6 Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório

Há doutrinadores que tratam a ampla defesa e o contraditório como um princípio único. Todavia, a doutrina moderna tem entendido por serem, em verdade, dois princípios.

Sobre a ampla defesa pode-se afirmar que o Estado tem o dever de assegurar ao acusado toda a defesa possível quanto à imputação que lhe fora imposta (AVENA, 2012, p. 38).

O direito à ampla defesa abrange tanto o direito à autodefesa quanto à defesa técnica por um advogado habilitado, e também, o direito a não ser prejudicado no seu exercício por obstáculos alheios à sua vontade (SENNA, 2009, p. 178).

Em conformidade com Rogério Lauria Tucci:

A concepção moderna do denominado *reichliches Gehor* (garantias de ampla defesa) reclama, indubitavelmente, para a sua verificação, seja qual for o objeto do processo, a conjugação de três realidades procedimentais, a saber: a) o direito à informação (*nemo in auditus chammaripotest*); b) a bilateralidade de audiência (contraditoriedade); e c) o direito à prova legitimamente obtida ou produzida (TUCCI, 2004, p. 176).

A Súmula Vinculante nº 523 do STF, diz que no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo ao réu. A legislação segue a rigor a defesa devidamente constituída, como exemplo da falta desta se temo art. 497, V, do CPP, que permite que o juiz dissolva o Conselho de Sentença quando entender que o réu está indefeso (SENNA, 2009, p. 179).

²O princípio do contraditório alcança tanto o polo defensivo como o acusatório, devendo esse último ser cientificado de todos os atos praticados pela parte contrária (BECHARA, CAMPOS, 2012, p. 36).

Para Avena contraditório é um direito assegurado às partes de serem cientificadas de todos os atos e fatos havidos no curso do processo (AVENA, 2012, p. 36).

Segundo discorre Eugênio Pacelli sobre o contraditório:

O contraditório, então, não só passaria a garantir o direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária ao interesse das partes e o direito à reação (contrariedade) a ambos – vistos, assim, como garantia de participação -, mas também garantiria que a oportunidade da resposta pudesse se realizar na mesma intensidade e extensão (PACELLI, 2015, p. 43).

² Sobre o acesso ao advogado aos autos do inquérito policial vide capítulo 2, na forma de colheita de provas na fase inquisitorial, à fl. 35 da monografia.

Sobre o princípio do contraditório, é possível afirmar que o mesmo é requisito de validade do processo, na medida em que sua não observação é passível até de nulidade absoluta do processo (PACELLI, 2015, p. 43). Dessa forma, o réu deve conhecer a acusação que se lhe imputa para poder contrariá-la, evitando, assim, possa ser condenado sem ser ouvido (CAPEZ, 2009, p. 35).

Entretanto, mesmo este princípio sendo indubitável, ele é mitigado em determinados casos, dando a ensejar que tal princípio não é absoluto. Trata-se de situações em que ocorre o contraditório diferido ou postergado (BECHARA, CAMPOS, 2012, p. 36).

Como bem descreve Avena sobre contraditório diferido:

Consiste em relegar a momento posterior a ciência e impugnação do investigado ou do acusado quanto a determinados pronunciamentos judiciais. Questão bem debatida entre os doutrinadores refere-se a necessidade ou não, no atual modelo constitucional, de assegurar o contraditório em sede de inquérito policial. (AVENA, 2012, p. 36).

É de se anotar que, no caso do contraditório diferido, sua admissibilidade é justificada tanto pelo propósito de preservação da eficácia de determinado ato, como a decretação da prisão cautelar (BECHARA, CAMPOS, 2005, p. 04).

Cumprido destacar então, que o contraditório fica restrito nesses casos. Assim leciona Moraes:

O contraditório nos procedimentos penais não se aplica aos inquéritos policiais, pois a fase investigatória é preparatória da acusação, inexistindo, ainda, acusado, constituindo, pois, mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação da ação penal, o Ministério Público (MORAES, 2014, p. 95).

Portanto, para Douglas Dias Torres:

Quando falamos em procedimento sob o pálio do contraditório, estamos falando em relação jurídica processual, i.e., processo. O inquérito policial é um procedimento administrativo e inquisitivo, e no caso, a inserção do contraditório num procedimento dessa natureza, implicaria a necessária ciência de todos os atos já praticados e os a serem praticados; abertura de prazo, com 'dies a quo', para a preparação e apresentação da manifestação, que consiste na participação efetiva dos litigantes (que não existem em inquérito

policial), em todos os atos que impliquem atividade decisória, que por óbvio, em regra, no inquérito policial, não é exercido pelo Estado-juiz (TORRES, 2008).

Para uma efetiva condenação, deve ser observado o devido processo legal, nos moldes demonstrados. Nestes termos, Pedro Lenza (2014, p. 1126) ensina que se asseguram aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa.

À luz do entendimento de Lenza (2014), deveria caber o contraditório e ampla defesa na fase inquisitorial, o que atualmente não ocorre. Não obstante isso, tem-se a Súmula Vinculante nº 343 do STJ que dispõe que é obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar (STJ, Súmula nº 343). Já a Súmula Vinculante nº 5 do STF, diz que a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição (STF, Súmula nº 5).

As Súmulas Vinculantes remetem à dúvida se há ou não princípios constitucionais feridos com a falta de defesa técnica na fase administrativa/policial. Conforme anotaram Fábio Bechara e Pedro de Campos:

Ocorre, todavia, que muito embora não se fale na incidência do princípio durante o inquérito policial, é possível visualizar alguns atos típicos de contraditório, os quais não afetam a natureza inquisitiva do procedimento. Por exemplo, o interrogatório policial e a nota de culpa durante a lavratura do auto de prisão em flagrante (BECHARA, CAMPOS, 2005).

O princípio que garante a defesa do acusado/investigado é violado nesses casos, porém, nos casos evidenciados cabe a quebra desse princípio fundamental.

1.2.7 Princípio da Busca da Verdade Real

O objetivo do juiz criminal é saber como os fatos ocorreram na realidade. Assim, é facultado ao juiz, durante o curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvidas (MESSA, 2014, p. 142).

Esse princípio é sempre relativo, até findar com a conclusão de que há impossibilidade real de se extrair, nos autos, o fiel retrato da realidade do crime (NUCCI, 2008, p. 104).

Avena conceitua:

Significa que, no processo penal, devem ser realizadas as diligências necessárias e adotadas todas as providências cabíveis para tentar descobrir como os fatos realmente se passaram, de forma que o jus puniendi seja exercido com efetividade em relação àquele que praticou ou concorreu para a infração penal (AVENA, 2014, p. 18).

Para Messa, o princípio da verdade real não pode se contentar com a verdade formal, porém há quem entenda, como descreve:

Há o princípio da verdade formal, em que o juiz se conforma com a verdade contida nos autos. Uma parte da doutrina sustenta que o princípio da verdade formal existe no processo penal quando as partes chegam a um acordo, como nos crimes de ação penal privada e nos crimes abrangidos pela Lei n. 9.099/95 (MESSA, 2014, p. 142).

Por sua vez, Guilherme de Souza Nucci conceitua verdade formal como sendo aquela que emerge no processo, conforme os argumentos e as provas trazidas pelas partes, não podendo o juiz apenas se contentar nessas provas. (NUCCI, 2008, p. 107). Cabe mencionar, que a prova é rígida ao ponto de que ela é feita sob um modo rígido, observando os preceitos legais para se adequar ao processo, não vindo, por exemplo, a ser uma prova ilegal.

Para Danielle Silva, não há uma fórmula pronta para assegurar a verdade real, como argumenta:

O jurista não pode fechar-se num método previamente traçado e acreditar que, seguindo-o, chegará a uma verdade sobre o objeto pesquisado. É mais a partir da contestação que da reprodução, da dialética que da demonstração, que se poderá chegar a uma solução justa e, pois, admitida como verdadeira para o caso. A essa dialética deve servir o processo, que, para além de um instrumento de justiça, representa garantia da liberdade, pela vivificação de normas que são genuínas garantias não só do acusado, mas do processo e da jurisdição (SILVA, 2005, p. 38).

Para tanto, Fernando da Costa Tourinho Filho argumenta:

Na verdade, enquanto o Juiz não penal deve satisfazer-se com a verdade formal ou convencional que surja das manifestações

formuladas pelas partes, e a sua indagação deve circunscrever-se aos fatos por elas debatidos, no Processo Penal o Juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, que realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou, para dar base certa à justiça (FILHO, 2011, p. 41).

A ideia é que, sendo impossível falar-se em verdade real, o que se deveria era aceitar a condenação com base na máxima probabilidade, porque compatível com a “verdade” existente nos autos (SENNÁ, 2009, p. 103). Disso extrai-se que a verdade deve ser buscada o mais próximo possível da realidade, porém, sempre com cuidado para não ferir preceitos fundamentais.

1.2.8 Princípio do Livre Convencimento Motivado

Segundo esse princípio, ao juiz é possibilitado valorar os elementos probatórios de acordo com a sua convicção, liberto de parâmetros legais, desde que o faça por meio da apreciação racional dos elementos disponíveis (BONFIM, 2009, p. 320). Dessa forma, tal princípio é o direcionado ao juiz, que na sua qualidade, julga os atos de conteúdo decisório de acordo com sua convicção.

Discorre Avena sobre o princípio:

Segundo esse critério, embora possua o juiz liberdade na aferição das provas, esta não é irrestrita. Além disso, obriga-se o julgador a fundamentar as razões de seu entendimento. Despe-se este sistema de apreciação, como se vê, da rigidez do sistema da prova legal, devendo a decisão do magistrado resultar de uma operação lógica fulcrada em elementos de convicção angariados ao processo (AVENA, 2014, p. 445)

Diferentemente do que ocorre no tribunal do júri, aqui o juiz deve motivar a sua decisão. Auri Lopes Jr. (2014, p. 376) destaca que o sistema da íntima convicção foi superado, pois agora ele obedece a critérios de avaliação da prova.

Conforme Lopes Jr., o Tribunal do Júri ainda se ocupa do sistema da íntima convicção, como se denota:

É adotado no Brasil, até hoje, no Tribunal do Júri, onde os profanos julgam com a plena liberdade, sem qualquer critério probatório, e sem

a necessidade de motivar ou fundamentar suas decisões. A íntima convicção, despida de qualquer fundamentação, permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento, pois a supremacia do poder dos jurados chega ao extremo de permitir que eles decidam completamente fora da prova dos autos e até mesmo decidam contra a prova (LOPES JR., 2014, p. 377).

Pelo entendimento crítico do respectivo autor, nota-se que é fundamental que o juiz fundamente a sua decisão ao analisar as provas, para que não ocorra um atentado contra os princípios basilares. Isso se deve, por exemplo, no Tribunal do Júri, onde por vezes as provas não são analisadas e até deixadas de lado, tendo uma decisão totalmente em inconformidade às provas e com a defesa técnica do advogado.

De acordo com Bonfim, é aqui que se concretiza a prática dos atos processuais a garantia do contraditório, não dando hierarquia para as provas, ou seja, a determinação de meios de prova mais ou menos relevantes (BONFIM, 2009, p. 321). Por essa razão, Chaim Perelman (1999, p. 107) lembra que, de fato, motivar é justificar a decisão tomada, fornecendo uma argumentação convincente, indicando a legitimidade das escolhas feitas pelo juiz.

Como bem explica Senna, expressões como “está provado nos autos” e similares não atendem à exigência constitucional, uma vez que o juiz precisa apontar detalhadamente quais as provas que serviram de fundamentação (SENNA, 2009, p. 109). Nesse sentido, o art. 374 do CPP diz que, ao relatório segue-se a fundamentação, que consta de enumeração dos fatos provados e não provados (BRASIL, 1941).

Para Lopes Jr., a fundamentação não está restrita a limites para cada prova, como argumenta:

Não existe limites e regras abstratas de valoração (como no sistema legal de provas), mas tampouco há a possibilidade de formar sua convicção sem fundamentá-la (como na íntima convicção). Cumpre então analisar mais detidamente o alcance dessa liberdade que o julgador tem para formar sua convicção (LOPES JR., 2014, p. 378).

O meio probatório é passado pelo livre convencimento do juiz, tendo ele que fundamentar, com base em preceitos legais, não ficando restrito a hierarquia de provas. Porém, Bonfim faz menção que é vedado ao magistrado fundamentar sua decisão apenas nos elementos carreados na fase

investigatória, excepcionadas as provas cautelares, irrepetíveis e antecipadas (BONFIM, 2009, p. 321).

Ademais, como bem diz Leone, essa liberdade não é plena, não pode significar liberdade do juiz para substituir a prova por meras conjeturas ou, por mais honesta que seja, sua opinião (LEONE, 1963, p. 157). O livre convencimento na verdade é muito mais limitado que livre, e assim deve ser, por se tratar que todo poder tende a ser abusivo (LOPES JR., 2014, p. 379).

O livre convencimento motivado que o juiz afere, como denotado acima, não possibilita ao mesmo total liberdade para decidir conforme sua convicção. Muito embora o juiz tenha preceitos para isso, dentro dos parâmetros que os autores acentuaram, deve o mesmo observar as provas como um todo para dar a dosagem de cada uma.

Analisados os princípios fundamentais que norteiam a colheita da prova penal, se faz necessário adentrar na forma como se dá a colheita da mesma. Para tanto, passa-se ao estudo do inquérito policial e dos tipos de provas que são colhidas nesta fase.

2 PROVAS NO PROCESSO PENAL

A prova penal é colhida com base na investigação, formando-se no inquérito policial uma prova concreta a ser usada para indiciamento e possivelmente como meio atribuído para valoração no processo judicial. Nesse sentido frisa Nucci:

Não se pode investir contra o indivíduo, investigando sua vida privada, garantida naturalmente pelo direito constitucional à intimidade, bem como agindo em juízo contra alguém sem um mínimo razoável de provas, de modo a instruir e sustentar tanto a materialidade como indícios suficientes de autoria (NUCCI, p. 142, 2008).

O processo penal é um instrumento de retrospectiva. Nesse contexto, as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução. (LOPES JR, p. 351, 2015). A fase de apuração das provas consiste em um conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração da infração penal e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo (BRASIL, 1941).

Nesse sentido discorre Lopes Jr.:

É a prova que permite a atividade recognoscitiva do juiz em relação ao fato histórico narrado na peça acusatória. O processo penal e a prova nele admitida integram o que se poderia chamar de modos de construção do convencimento do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença (LOPES JR., p. 352, 2015).

Variadas normas permitem que órgãos estatais investiguem e procurem encontrar ilícitos penais ou extrapenais. O principal instrumento investigatório cujo o instrumento é estruturar, e dar causa à ação penal é o inquérito policial (NUCCI, p. 142, 2008). No mesmo sentido, Lopes Jr. conclui que:

Em suma, o processo penal tem uma finalidade retrospectiva, em que, através das provas, pretende-se criar condições para a atividade recognoscitiva do juiz acerca de um fato passado, sendo que o saber decorrente do conhecimento desse fato legitimará o poder contido na sentença (LOPES JR., p. 354, 2015).

Para se compreender a valoração das provas, em especial quanto as provas não repetíveis, se faz necessário adentrar no estudo de como elas são colhidas, ou seja, no inquérito policial. À vista disso, passa-se ao estudo da forma de colheita na fase inquisitorial, tipos de prova penal e provas não repetíveis.

2.1 A FORMA DE COLHEITA DE PROVAS NA FASE INQUISITORIAL

O procedimento inquisitorial é, destinado, a verificar a materialidade e autoria, a angariar informações necessárias à elucidação de crimes, no qual não há ampla defesa nem contraditório (AVENA, p. 149, 2012). Dessa forma, importante se faz analisar o inquérito policial para que seja possível entender a ausência dos princípios basilares nessa etapa de diligências e sua formação.

Nucci conceitua inquérito policial como sendo:

Um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria. Seu objetivo precípua é a formação da convicção do representante do Ministério Público, mas também a colheita de provas urgentes, que podem desaparecer, após o cometimento do crime (NUCCI, p. 143, 2008).

Para Capez, inquérito policial:

Trata-se de procedimento persecutório de caráter administrativo instaurado pela autoridade policial. Tem como destinatário imediatos o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública, e o ofendido, titular da ação penal privada; como destinatário mediato tem o juiz, que se utilizará dos elementos de informação nele constantes, para o recebimento da peça inicial e para a formação do seu convencimento quanto à necessidade de decretação de medidas cautelares (CAPEZ, p. 67, 2009).

Ainda, Rangel discorre que:

Inquérito policial, assim, é um conjunto de atos praticados pela função executiva do Estado com o escopo de apurar a autoria e materialidade de uma infração penal, dando ao Ministério Público elementos necessários que viabilizem o exercício da ação penal (RANGEL, p. 71, 2015).

Sua natureza é administrativa, na medida em que instaurado pela autoridade policial (AVENA, p. 149, 2012). Portanto, cabe aos órgãos constituídos das polícias federal e civil conduzir as investigações necessárias, colhendo provas pré-constituídas e formar o inquérito policial (NUCCI, p. 145, 2008).

O nome polícia judiciária demonstrado pelos autores tem sentido na medida em que não se cuida de uma atividade policial ostensiva, mas investigatória, cuja função é colher provas (NUCCI, p. 145, 2008). A ela cabe a condução das investigações, obtendo elementos de convicção e formando o inquérito que servirá de supedâneo à instauração de uma futura ação penal (AVENA, p. 153, 2012).

Conforme Capez, a polícia judiciária:

Atua quando os atos que a polícia administrativa pretendia impedir não foram evitados. Possui a finalidade de apurar as infrações penais e suas respectivas autorias, a fim de fornecer ao titular da ação penal elementos para propô-la. Cabe a ela a consecução do primeiro momento da atividade repressiva do Estado (CAPEZ, p. 68, 2009).

Consoante à polícia judiciária, Avena ressalta que:

A conjugação dessa atividade investigatória realizada pela polícia judiciária com a ação penal deduzida pelo Ministério Público ou pelo ofendido constitui o que se chama de persecução penal. Enfim, trata-se está de expressão que tem o significado de perseguir o crime visando à condenação e punição do infrator, traduzindo-se como atividade que envolve tanto a polícia judiciária como quem detenha a legitimidade para instauração do processo criminal (AVENA, p. 153, 2012).

O inquérito policial possui suas próprias finalidades e características, suas peculiaridades, diferentemente do que ocorre no processo judicial, devendo a autoridade policial, ao instaurá-lo, seguir a rigor as mesmas.

A finalidade do inquérito policial é a apuração de fato que configure infração penal e a respectiva autoria para servir de base à ação penal ou às providências cautelares (CAPEZ, p. 70, 2009).

Lopes Jr. discorre que:

O inquérito policial constitui o conjunto de atividades desenvolvidas concatenadamente por órgão do Estado, a partir de uma notícia-

crime, com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal, e que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com o fim de justificar o processo ou o não processo (LOPES JR., p. 115, 2015).

Esse procedimento é inquisitorial quando a autoridade policial tem nas mãos todo o poder de direção do inquérito policial, inquirindo testemunhas do fato e procurando esclarecer as circunstâncias dos fatos (RANGEL, p. 95, 2015).

Capez dispõe sobre o tema:

Caracteriza-se como inquisitivo o procedimento em que as atividades persecutórias concentram-se nas mãos de uma única autoridade, a qual, por isso, prescinde para a sua atuação, da provocação de quem quer que seja, podendo e devendo agir de ofício, empreendendo, com discricionariedade, as atividades necessárias ao esclarecimento do crime e da sua autoria (CAPEZ, p. 74, 2009).

Segundo Nucci, o inquérito é, por sua própria natureza, inquisitivo, ou seja, não permite ao indiciado ou suspeito a ampla oportunidade de defesa (NUCCI, p. 167, 2008). Dessa forma, diferentemente do que ocorre no processo judicial, aqui não se observa os princípios do contraditório e ampla defesa.

O inquérito deve ser formal, neste sentido assevera Rangel:

O Código de Processo Penal exige, como formalidade, que as peças do inquérito sejam reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, assinadas pela autoridade. Esta é uma providência que visa a exigir que as autoridades policiais acompanhem todas as investigações desenvolvidas pelos seus agentes e documentadas nos autos, evitando, por exemplo, a prática comum e ilegal de escrivães de polícia lavrarem o flagrante e depois o delegado assinar (RANGEL, p. 97, 2015).

Não se concebe a existência de uma investigação verbal. Por isso, conforme o artigo 9º, do Código de Processo Penal, todas as peças do inquérito policial serão, num só processo, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade (BRASIL, 1941).

O sigilo que deve ser adotado no inquérito policial é aquele necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade (RANGEL, p. 98, 2015). Portanto, no que concerne ao resguardo das investigações tem-se que o inquérito policial é sigiloso.

Avena discorre sobre o sigilo no inquérito policial:

Na atualidade, entende-se que o sigilo que poderá ser conferido ao inquérito policial é, aquele que impedirá as pessoas do povo e o próprio investigado de manusear os respectivos autos ou tomar contato direto com o resultado de diligências realizadas no seu curso (AVENA, p. 194, 2012).

Diferentemente do processo judicial aqui não se tem a publicidade, estando gerido pelo estado e podendo estar acompanhado por advogado do acusado. Nesses termos Nucci dispõe:

O inquérito policial, por ser peça de natureza administrativa, inquisitiva e preliminar à ação penal, deve ser sigiloso, não submetido, pois, à publicação que rege o processo. Não cabe a incursão na delegacia, de qualquer do povo, desejando acesso aos autos do inquérito policial, a pretexto de fiscalizar e acompanhar o trabalho do Estado-investigação, como se poderia fazer quanto ao processo-crime em juízo (NUCCI, p. 168, 2008).

Ao advogado é assegurado o acesso dos autos do inquérito policial, tomando ciência das diligências já realizada e devidamente documentadas (AVEVA, p. 195, 2012). Conforme o artigo 7º, inciso XIV, do Estatuto da Advocacia e da OAB, é direito do advogado:

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 (BRASIL, 1994).

Nos mesmos moldes a Súmula Vinculante nº 14 do STF preceitua:

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

O inquérito policial não se restringe apenas ao Estado, mas sim ao advogado do acusado. Ademais, a regra suscitada acima não alcança os autos em sigilo, de acordo com o mesmo dispositivo legal, em seu § 10, deve o advogado apresentar procuração nesse caso (BRASIL, 1994).

A autoridade policial, ao iniciar uma investigação, não está atrelada a nenhuma forma previamente determinada, tendo discricionariedade. Tem a liberdade de agir, para a apuração do fato criminoso (RANGEL, p. 102, 2015).

Avena discorre sobre a discricionariedade do inquérito policial:

A persecução, no inquérito policial, concentra-se na figura do delegado de polícia que, por isso mesmo, pode determinar ou postular, com discricionariedade, todas as diligências que julgar necessárias ao esclarecimento dos fatos. Isso quer dizer que, uma vez instaurado o inquérito, possui a autoridade policial liberdade para decidir acerca das providências pertinentes ao êxito da investigação (AVENA, p. 155, 2012).

Não cabe à autoridade policial emitir nenhum juízo de valor na apuração dos fatos, como, por exemplo, que o indiciado agiu em legítima defesa ou movido por violenta emoção ao cometer um homicídio (RANGEL, p. 97, 2015).

Observado as características que regem o inquérito policial se faz necessário analisar como se inicia o inquérito policial. O início se dá de ofício, por requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, mediante representação do ofendido ou seu representante legal, crimes de iniciativa privada e auto de prisão em flagrante.

A própria autoridade policial, em cuja circunscrição territorial ocorreu o delito que lhe compete averiguar da matéria, tem o dever de agir de ofício, instaurando o inquérito policial (LOPES JR., p. 126, 2015).

Capez discorre sobre a exigência de a autoridade policial agir de ofício nos crimes de ação penal pública incondicionada:

A autoridade tem a obrigação de instaurar o inquérito policial, independente de provocação, sempre que tomar conhecimento imediato e direto do fato, por meio de delação verbal ou por escrito feito por qualquer do povo, notícia anônima, por meio das suas atividades rotineiras, ou no caso de prisão em flagrantes (CAPEZ, p. 80, 2009).

Também existe a possibilidade de ser instaurado o inquérito mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, não podendo ser descumprida essa exigência (AVENA, p. 157, 2012). Acontece quando o juiz ou o promotor de justiça exigir, legalmente, que a investigação policial se realize, porque há provas suficientes a tanto (NUCCI, p. 151, 2008).

Nesses moldes, assevera Capez:

Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessário ao oferecimento da denúncia. Todavia, se não tiverem presentes os elementos indispensáveis ao oferecimento da denúncia, a autoridade judiciária poderá requisitar a instauração de inquérito policial para a elucidação do acontecimento (CAPEZ, p. 80, 2009).

No oferecimento por representação do ofendido ou de seu representante legal, a autoridade judiciária e o Ministério Público só poderão requisitar a instauração se fizerem encaminhar, junto com a requisição, a representação (CAPEZ, p. 82, 2009).

Nesses moldes discorre Avena:

Por representação, também conhecida como *delatio criminis* postulatória, compreende-se a manifestação pela qual a vítima ou seu representante legal autoriza o Estado a desenvolver as providências necessárias à investigação e apuração judicial dos crimes que exigem essa formalidade. Pode ser oferecida diretamente ao delegado de polícia, ou, então, ao Ministério Público e ao próprio juiz de direito, que, nesse caso, requisitarão o inquérito ao delegado (AVENA, p. 159, 2012).

Nos crimes de ação penal privada, o inquérito policial pode depender de iniciativa meramente da vítima, nem sequer o Ministério Público ou a autoridade judiciária poderão requisitar a instauração da investigação (CAPEZ, p. 83, 2009).

O auto de prisão em flagrante também pode ser uma forma de instauração do inquérito policial, assim dispõe Avena:

É forma inequívoca de instauração de inquérito policial, dispensando a portaria subscrita pelo delegado de polícia. Tanto é que, em se tratando de auto de prisão em flagrante presidido pela autoridade policial, resultando os depoimentos colhidos em suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão e prosseguirá nos atos do inquérito (AVENA, p. 159, 2012).

O inquérito policial deve ser instaurado em um prazo que permita a sua conclusão (CAPEZ, p. 83, 2009). Encerrado o inquérito policial, os autos serão remetidos ao juízo competente, onde aguardarão a iniciativa do ofendido ou de seu representante legal (BRASIL, 1941).

Feita a análise do inquérito policial, de como é o processo de colhimento da prova penal em sede do processo administrativo, se faz necessário analisar os tipos de provas penais admitidos na legislação brasileira.

2.2 TIPOS DE PROVAS PENAIS

O inquérito policial, como visto no item anterior, é o meio pelo qual a autoridade competente adota procedimentos, com base na legislação, para colher a prova penal. Esses procedimentos podem variar de acordo com o tipo de prova que se faz necessário colher, devendo seguir rigorosamente os critérios processuais penais para tanto.

Por exame de corpo e de delito Nucci (p. 397, 2009) entende que é a verificação da prova da existência do crime, feita por peritos, diretamente, ou por intermédio de outras evidências, quando os vestígios, ainda que materiais, desaparecem.

Sobre exame de corpo e de delito Avena discorre que:

Compreende-se a perícia destinada à comprovação da materialidade das infrações que deixam vestígios (homicídios, lesões corporais, furto qualificado pelo arrombamento, dano). A própria nomenclatura utilizada – “corpo de delito” -, aliás, sugere o objetivo dessa perícia: corporificar o resultado da infração penal, de forma a documentar o vestígio, perpetuando-o como parte do processo criminal (AVENA, p. 499, 2012).

O exame de corpo de delito é a verificação da prova da existência do crime, feita por peritos, diretamente, ou por intermédio de outras evidências, quando os vestígios, ainda que materiais, desapareceram (NUCCI, p. 397, 2009). A perícia é corporificada por meio de laudo, documento elaborada por perito, que nele deve registrar tudo o que observaram e concluíram (REIS, GONÇALVES, p. 232, 2013).

O exame de corpo de delito pode ser direto e indireto. No primeiro é o que se realiza por meio de análise, pelos peritos, do próprio corpo de delito, sem qualquer intermediação (REIS, GONÇALVES, p. 232, 2013). O indireto advém de um raciocínio dedutivo sobre um fato narrado por testemunhas, sempre que impossível o exame direto (CAPEZ, p. 346, 2009).

A confissão do réu não pode suprir o exame de corpo de delito. Conforme o artigo 167 do Código de Processo Penal, a única forma legal é a colheita de depoimentos das testemunhas, quando desaparecidos os vestígios (BRASIL, 1941).

Como visto, o exame de corpo de delito é realizado por um perito. A formalização do laudo pericial é rigorosa, Nucci leciona sobre o assunto:

Perito é o especialista em determinado assunto. Considera-se-o oficial quando é investido na função por lei e não pela nomeação feita pelo juiz. Normalmente, são pessoas que exercem a atividade por profissão e pertencem a órgão especial do Estado, destinado exclusivamente a produzir perícias. Note-se que a lei exige a realização da perícia por um profissional, que é considerado, para todos os efeitos, auxiliar da justiça. Quando o laudo for elaborado por um só perito não oficial é considerado irregular e deve ser refeito (NUCCI, p. 405, 2009).

A lei prevê que, na falta de perito oficial, poderá a perícia ser realizada por dois peritos não oficiais, devendo ser consideradas pessoas idôneas, com curso superior, nomeadas pelo delegado ou juiz, prestando compromisso (AVENA, p. 504, 2012). Portanto, não há que se falar em realizar a perícia por meio de apenas um perito não oficial ou na falta dos requisitos.

O meio pelo qual o exame de corpo de delito é realizado se divide em várias espécies, podendo diferir dependendo do caso em concreto a ser aplicado o procedimento pertinente. Por exemplo, se tem como espécie, a necropsia/autópsia e exumação.

A necropsia é o exame interno feito no cadáver a fim de constatar a causa da morte, denominando-se laudo necroscópico ou laudo cadavérico (CAPEZ, p. 347, 2009). Exige-se, para a sua realização, o período de segurança de seis horas a contar do momento do óbito, já que, transcorrido esse lapso, há o aparecimento dos sinais tanatológicos mais evidentes (REIS, GONÇALVES, p. 237, 2013).

Nucci discorre sobre necropsia:

É o exame feito por peritos das partes internas de um cadáver. Tem por finalidade principal constatar a morte e sua causa, mas também serve para verificar outros aspectos, como a trajetória do projétil ou o número de ferimentos, bem como os orifícios de entrada e saída do instrumento utilizado. Excepcionalmente, por ser dispensável a autópsia, quando a morte for violenta e inexistindo qualquer dúvida

quanto à sua causa (ex.: explodir o corpo). Nessa hipótese, faz-se somente o exame externo do cadáver (NUCCI, p. 407, 2009).

Sobre exumação Avena conceitua que:

Compreende-se o ato de desenterrar ou retirar o cadáver da sepultura. O procedimento requer justa causa, vale dizer, motivo justo para que seja realizado, qual seja, sanar dúvidas quanto à causa mortis. Pode ser utilizada, ainda, para complementar dados já obtidos por ocasião do periciamento do cadáver (AVENA, p. 512, 2012).

Exumar significa desenterrar ou tirar o cadáver da sepultura. É um procedimento que necessita de autorização legal, não podendo ser feito sem causa. Ela pode ser necessária quando surge dúvida sobre a causa mortis (NUCCI, p. 408, 2009). Portanto, é um procedimento do exame de corpo de delito que até o momento do sepultamento não se havia dúvidas sobre a morte.

Vistos os aspectos gerais do exame de corpo de delito se passa a analisar o interrogatório. Para tanto, Nucci o conceitua:

Denomina-se interrogatório judicial o ato processual que confere oportunidade ao acusado de se dirigir diretamente ao juiz, apresentando a sua versão defensiva aos fatos que lhe foram imputados pela acusação, podendo inclusive indicar meios de prova, bem como confessar, se entender cabível, ou mesmo permanecer em silêncio, fornecendo apenas dados de qualificação. O interrogatório policial, por seu turno, é o que se realiza durante o inquérito, quando a autoridade policial ouve o indiciado, acerca da imputação indiciária (NUCCI, p. 421, 2009).

A legislação trata o interrogatório como meio de prova, relegando a segundo plano sua natureza de meio de autodefesa do réu. Portanto, a natureza do interrogatória é mista, sendo meio de prova e de defesa (CAPEZ, p. 350, 2009). É por meio do interrogatório que o acusado exerce o direito de audiência, ou seja, o direito de permanecer em silêncio ou de influir diretamente no convencimento do juiz, narrando-lhe os fatos (REIS, GONÇALVES, p. 239, 2013).

O interrogatório é imprescindível no curso do processo penal, sob pena de nulidade processual conforme o artigo 564, inciso III, alínea “e”, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941). Dessa forma, somente o imputado é que

pode e deve ser interrogado, não sendo possível a sua representação ou substituição (AVENA, p. 526, 2012).

O ato do interrogatório de regra é oral, mas conforme Capez:

Admite-se, como exceção, as perguntas escritas ao surdo e as respostas igualmente escrita ao mudo. Já em se tratando de réu estrangeiro, se o idioma não for o castelhano, deverá ser nomeado um intérprete. Se o réu for surdo-mudo e analfabeto, será nomeado intérprete que funcionará também como curador (CAPEZ, p. 355, 2009).

No mesmo sentido de regra ele é público, assim discorre Avena:

O interrogatório, em regra, será um ato público, podendo qualquer pessoa assistir a ele. Destina-se esta publicidade à comprovação de que as declarações do réu foram prestadas espontaneamente, sem nenhuma forma de pressão. Entretanto, se da publicidade do interrogatório (assim como de qualquer audiência judicial) puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes (AVENA, p. 527, 2012).

Nos termos do artigo 185, caput e § 1 do Código de Processo Penal, a presença de defensor durante o interrogatório é obrigatória, sob pena de nulidade (BRASIL, 1941). Ressalve-se que essa disposição legal somente continua a fazer sentido nas hipóteses em que o interrogatório constitui um ato isolado, pois quando realizado em contexto de audiência única torna-se dispensável (CAPEZ, p. 355, 2009).

O acusado pode ainda, no curso do procedimento penal, confessar sua autoria. Nesse sentido, segundo Nucci:

Confessar, no âmbito do processo penal, é admitir contra si, por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzindo a termo, a prática de algum fato criminoso (NUCCI, p. 439, 2009).

O valor da confissão é, obviamente, relativo, uma vez que a opção pelo sistema do livre convencimento do magistrado não deixa margem para que se atribua caráter absoluto a qualquer meio de prova (REIS, GONÇALVES, p.

246, 2013). Portanto, não mais pode servir unicamente a confissão para motivar a decisão do juiz.

Nesse sentido argumenta Lopes Jr.:

A própria Exposição de Motivos do CPP, ao falar sobre as provas, diz categoricamente, que a própria confissão do acusado não constitui, fatalmente, prova plena de sua culpabilidade. Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, ex vi legis, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Em suma, a confissão não é mais, felizmente, a rainha das provas, como no processo inquisitório medieval. Não deve mais ser buscada a todo custo, pois seu valor é relativo e não goza de maior prestígio que as demais provas (LOPES JR., p. 457, 2015).

Visto que a confissão é meio de prova relativo, devendo ser utilizado com a totalidade de provas para a sua convicção no julgamento do magistrado, tem-se a fase do procedimento penal onde são realizadas perguntas ao ofendido.

O ofendido é a vítima do processo, aquele que sofreu diretamente a violação da norma penal. Nesse contexto, as perguntas ao ofendido objetivam trazer para dentro do processo a versão prestada pela vítima (AVENA, p. 547, 2012). O Estado, por seu turno, é considerado o sujeito passivo constante ou formal, sempre presente em todos os delitos, pois detém o direito de punir, com exclusividade (NUCCI, p. 451, 2009).

Sempre que possível, o ofendido deve ser ouvido pelo juiz, ainda que não tenha sido arrolado pelas partes. Só em hipótese de absoluta impossibilidade pode-se prescindir a oitiva do ofendido (REIS, GONÇALVES, p. 248, 2013). Portanto, o Código de Processo Penal, em seu artigo 201, traz a obrigatoriedade da oitiva da vítima (BRASIL, 1941).

A valoração das declarações do ofendido, como as demais provas, tem valor relativo, assim expõe Nucci:

Em conclusão, pois, sustentamos que a palavra isolada da vítima, sem testemunhas a confirma-la, pode dar margem à condenação do réu, desde que resistente e firme, harmônica com as demais circunstâncias colhidas ao longo da instrução. Em sentido contrário, afirmando ser impossível aceitar a palavra isolada da vítima para escorar um decreto condenatório (NUCCI, p. 454, 2009).

Ainda, no procedimento investigatório, se tem a prova testemunhal, que, segundo Capez:

Em sentido lato, toda prova é uma testemunha, uma vez atesta a existência do fato. Já em sentido estrito, testemunha é todo homem, estranho ao feito e equidistante das partes, chamado ao processo para falar sobre fatos perceptíveis a seus sentidos e relativos ao objeto do litígio. É a pessoa idônea, diferente das partes, capaz de depor, convocada pelo juiz, por iniciativa própria ou a pedido das partes, para depor em juízo sobre fatos sabidos e concernentes à causa (CAPEZ, p. 369, 2009).

Testemunhas são pessoas que depõem sobre fatos, sejam eles quais forem. Se viram ou ouviram dizer, não deixam de ser testemunhas, dando declarações sobre a ocorrência de alguma coisa (NUCCI, p. 459, 2009). Dessa forma, toda pessoa pode ser testemunha (salvo as impedidas), sendo essa na maioria das vezes estranha ao feito.

Lopes Jr. argumenta sobre o procedimento da inquirição:

Quanto à ordem em que ocorrerá a inquirição, no rito comum ordinário, inicia-se com a tomada de declarações do ofendido, passando-se em seguida à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nessa ordem, bem como ao esclarecimento dos peritos, às acareações, reconhecimentos e, por derradeiro, com o interrogatório do acusado (LOPES JR., p. 463, 2015).

Na colheita das provas penais também se tem a acareação. Segundo Avena (p. 480, 2012), acareação é consiste em colocar frente a frente pessoas que já prestaram depoimentos em momentos anterior, para que esclareçam, mediante confirmação ou retratação aspectos que se contraditórios.

Para Capez acareação é:

Ato processual consistente na colocação face a face de duas ou mais pessoas que fizeram declarações substancialmente distintas acerca de um mesmo fato (pode ser entre testemunha e testemunhas, acusado e acusado, testemunha e vítima etc.), destinando-se a ofertar ao juiz o convencimento sobre a verdade fática, reduzindo-se a termo o ato de acareação. A acareação poderá ser feita a requerimento de qualquer das partes ou ex officio, por determinação da autoridade judiciária ou da polícia (CAPEZ, p. 387, 2009).

Pode ser que no curso do procedimento penal se tenha dúvidas quanto ao reconhecimento de pessoas ou coisas. Segundo Capez (p. 385, 2009), é o

meio processual de prova, eminentemente formal, pelo qual alguém é chamado para verificar e confirmar a identidade de uma pessoa ou coisa que lhe é apresentada.

A diligência de reconhecimento de pessoas e coisas tem como finalidade verificar se o reconhecedor tem condições de afirmar que a pessoa ou coisa a ser reconhecida já foi vista por ela em ocasião pretérita (REIS, GONÇALVES, p. 263, 2013). Portanto, se verifica por meio de uma pessoa ou coisa apresentada, se o que lhe é mostrado confirma o que foi visto por ela no passado.

Outro meio de prova contundente é a prova documental. Nucci conceitua esse meio de prova como:

Toda base materialmente disposta a concentrar e expressar um pensamento, uma ideia ou qualquer manifestação de vontade do ser humano, que sirva para demonstrar e provar um fato ou acontecimento juridicamente relevante. São documentos, portanto: escritos, fotos, fitas de vídeo e som, desenhos, esquemas, gravuras, disquetes, CDs, entre outros (NUCCI, p. 497, 2009).

Para Avena, prova documental abrange:

Tudo aquilo capaz de retratar determinada situação fática, ainda que o seja por meio de áudio ou vídeo, uma fita cassete contendo sons ou um compact disk com imagens relativas ao fato imputado. Qualquer coisa, enfim, capaz de representar um ato ou um fato. Tal amplitude é importante, pois, na medida em que se consideram como documentos tais elementos, sua juntada aos autos deve seguir as mesmas regras atinentes à da prova documental (AVENA, p. 583, 2012).

Diante dos diversos tipos de prova penal que podem vir a serem colhidos como meio probatório, se faz necessário adentrar no ponto específico de prova não repetível. É imprescindível analisar a colheita dos tipos de prova não observando o contraditório e ampla defesa, para por fim, verificar a valoração que está sendo atribuída pelos juízes.

2.3 PROVAS ANTECIPADAS E NÃO REPETÍVEIS

Inicialmente, às provas são colhidas no inquérito policial, como meros atos investigatórios e posteriormente analisadas sob o crivo do contraditório no

processo judicial. Ocorre que, salvo essa regra, as provas, por força de sua natureza, são por vezes colhidas antecipadamente ou sem existir a possibilidade de que sejam repetidas na fase processual.

Por prova antecipada, Aury Lopes Jr. entende que:

Significa que aquele elemento que normalmente seria produzido como mero ato de investigação, e posteriormente repetido em juízo para ter valor de prova, poderá ser realizado uma só vez, na fase pré-processual, e com tais requisitos formais que lhe permitam ter o status de ato de prova, isto é, valorável na sentença, ainda que não colhido na fase processual (LORES JR., p. 417, 2015).

Nesse contexto, pode o juiz em alguns casos antecipar a prova, mas não em qualquer tempo, e, segundo seu arbítrio próprio, realizar atos de investigação sob rótulo de produção antecipada (AVENA, p. 451, 2012). Como descreve o artigo 156, inciso I, do CPP, o juiz poderá ordenar de ofício a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida (BRASIL, 1941).

Ademais, a interpretação do respectivo artigo, segundo Avena:

A faculdade estabelecida no artigo 156, I do CPP deve ser interpretada restritivamente, levando-se em conta, primeiramente, o fato de que a produção antecipada de provas é medida que possui natureza cautelar, exigindo, então, a presença dos requisitos dessa ordem de providências, quais sejam o *fumus boni iuris*, evidenciando por meio da prova da materialidade de um crime e ou da existência de indícios razoáveis de que o indivíduo contra quem se busca a prova concorreu para a prática de uma infração penal; e o *periculum in mora*, correspondente aos requisitos de relevância e urgência (AVENA, p. 451, 2012).

Portanto, o incidente de produção antecipada da prova somente pode ser admitido em casos extremos, em que se demonstra a fundada probabilidade de ser inviável a posterior repetição na fase processual da prova (LOPES JR., p. 417, 2015).

Eugênio Pacelli argumenta que o juiz está exercendo o controle de constitucionalidade quando defere uma prova antecipada, nesse sentido o autor:

O juiz, quando defere uma prisão cautelar, quando defere uma interceptação telefônica ou a quebra de uma inviolabilidade pessoal, não está, nem nesse momento, protegendo os interesses da investigação criminal. Na verdade, como garantidor que é das liberdades públicas, ele estará exercendo o controle constitucional das restrições às inviolabilidades, nos limites da Constituição da República e do devido processo legal (PACELLI, p. 336, 2015).

A prova antecipada, logo, fica restrita ao momento do inquérito policial, por ser uma prova cautelar. Diferentemente ocorre na prova repetível, que passa por uma nova avaliação no processo judicial. Ocorre que, contrária a prova repetível, a prova não repetível não se tem possibilidade de uma nova avaliação.

A prova repetível é aquela na qual pode fundamentar a condenação que se tenha sido ela submetida ao contraditório e ampla defesa perante o juiz, não ficando adstritas a prova da fase inquisitorial apenas (FILHO, p. 228, 2012). Portanto, se tem uma regra na qual a prova se submete a uma nova avaliação quando sujeita ao processo judicial.

Por sua vez, as provas não repetíveis devem ser analisadas, por serem a exceção à regra, pois elas são colhidas não observando o contraditório e a ampla defesa, por terem sido colhidas e posteriormente perecidas. Para tanto, se deve verificar o que vem a ser uma prova não repetível e seu valor probatório.

Sobre prova não repetível Lopes Jr. conceitua:

As provas não repetíveis ou não renováveis são aquelas que, por sua própria natureza, têm que ser realizadas no momento do seu descobrimento, sob pena de perecimento ou impossibilidade de posterior análise. Na grande maioria dos casos, trata-se de provas técnicas que devem ser praticadas no curso do inquérito policial e cuja realização não pode ser deixada para um momento ulterior, já na fase processual (LOPES JR., p.160, 2015).

Da mesma forma, para Denilson Feitoza:

A prova não repetível, não-repetível ou irrepitível é aquela que não tem como ser novamente coletada ou produzida, em virtude do desaparecimento, destruição ou perecimento da fonte probatória. Por exemplo: a) uma perícia em lesões corporais, que, depois de examinadas, não deixaram mais vestígios; b) um reconhecimento de pessoa, cuja pessoa que reconheceu desapareceu ou faleceu (FEITOZA, p. 719, 2010).

Pela impossibilidade de repetição em iguais condições, tais provas deveriam ser colhidas pelo menos sob a égide da ampla defesa, posto que são provas definitivas e, via de regra, incriminatórias (LOPES JR., p. 160, 2015). Mesmo as provas não-repetíveis, como pode ocorrer com a perícia, devem ser contraditáveis, para que possam ser produzidas no processo penal principal (FEITOZA, p. 719, 2010).

Consoante ao contraditório, Vicente Greco Filho exemplifica que:

A testemunha falecida ou que não é encontrada para depor em juízo, de duas uma: ou seu depoimento está corroborado por provas submetidas por contraditório (prévio, concomitante ou diferido) ou não está. Se está, pode, e isso sempre foi possível, compor o conjunto probatório suficiente para a condenação; se não está, exclusivamente não pode servir de base para a condenação e não há disposição legal que possa fazê-lo valer em virtude do princípio constitucional do contraditório (FILHO, p. 229, 2012).

As provas não-repetíveis por terem alguma peculiaridade de poderem vir a serem perecíveis, são realizadas por vezes em momentos anteriores, sem uma posterior análise das mesmas, não sendo observado o contraditório e ampla defesa na colheita delas.

Como exemplo de prova irrepitível Lopes Jr. aduz:

A prova testemunhal (bem como acareações e reconhecimentos) pode ser repetida em juízo e, na prática, é em torno desse tipo de prova que gira a instrução definitiva. Excepcionalmente, frente ao risco de perecimento e o grave prejuízo que significa a perda irreparável de algum dos elementos recolhidos no inquérito policial, o processo penal instrumentaliza uma forma de colher antecipadamente essa prova, através de um incidente: produção antecipada de prova (LOPES. JR., p. 160, 2015).

No exemplo, a prova sempre é realizada novamente em juízo, para confirmar a colhida em sede de inquérito policial. Porém, por vezes, a mesma, por sua natureza de perecer, não pode ser realizada novamente em juízo, devendo ser realizada de imediato, como é o caso de uma pessoa em estado terminal.

Bonfim trata principalmente as provas periciais, de difícil ou impossível repetição em juízo como não repetível. Segundo o autor:

Essas provas, segundo os argumentos dos autores que defendem sua aceitabilidade, estariam sujeitas a um contraditório diferido, uma vez que o réu, no curso do processo penal, terá oportunidade de examiná-las e impugná-las como se houvesse sido produzida no curso do processo. Assim, há uma importante classificação das provas, quanto à possibilidade de se repetirem em juízo, em repetíveis ou irrepetíveis (BONFIM, p. 139, 2009).

Como Bonfim descreveu, as provas irrepetíveis estão sujeitas a um contraditório diferido, estando as partes autorizadas a se manifestarem no procedimento administrativo a respeito das mesmas. Dessa forma, a ação penal poderia se tornar inútil se não colhida essa prova não-repetível.

Ademais, para produção dessas provas, conforme Lopes Jr. (p. 161, 2015), somente pode ser admitido em casos extremos, em que se demonstra a fundada probabilidade de que será inviável a posterior repetição na fase processual da prova.

Para Capez a prova tem valor probatório, embora relativo, haja vista que os elementos de informação não são colhidos sob a égide do contraditório e da ampla defesa, nem tampouco na presença do juiz de direito (CAPEZ, p. 75, 2009). Dessa forma, a natureza da prova irrepetível significa que é colhida de forma excepcional, não podendo mais ser realizada em momento posterior.

Quando o juiz prolata sua sentença com base na prova não repetível Ana Flávia MESSA argumenta que:

O juiz firma sua convicção pela livre-apreciação da prova, sendo-lhe vedado utilizar-se de fundamentação exclusiva nos elementos do inquérito, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Não há hierarquia entre as provas. Sua decisão deve ser fundamentada. No caso do Tribunal do Júri, os jurados decidem de acordo com sua íntima convicção (MESSA, p. 85, 2014).

No mesmo sentido preceitua o artigo 155 do Código de Processo Penal:

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 (BRASIL, 1941).

Segundo Aury Lopes Jr. (p. 157, 2015), os elementos fornecidos no inquérito policial, têm valor de meros atos de investigação, não servindo para justificar um juízo condenatório. Nesse sentido o mesmo autor argumenta:

É absolutamente inconcebível que os atos praticados por uma autoridade administrativa, sem a intervenção do órgão jurisdicional, tenham valor probatório na sentença. Não só não foram praticados ante o juiz, senão que simbolizam a inquisição do acusado, pois o contraditório é apenas aparente e muitas vezes absolutamente inexistente. Da mesma forma, a igualdade sequer é um ideal pretendido, muito pelo contrário, de todas as formas se busca acentuar a vantagem do acusado público (LOPES JR., p. 157, 2015).

Assim, o inquérito policial tem conteúdo informativo, tendo por finalidade fornecer ao Ministério Público ou ao ofendido, conforme a natureza da infração, os elementos necessários para a propositura da ação penal (CAPEZ, p. 75, 2009). Dessa forma, não poderia ser unicamente a prova do inquérito policial ensejadora da condenação do acusado.

Concluindo, a produção antecipada da prova não repetível deve ser considerada uma medida excepcional, justificada por sua relevância e impossibilidade de repetição em juízo (LOPES JR., p. 162, 2015). Portanto, ela deve ficar adstrita a requisitos mínimos para ter eficácia de prova penal, tanto quando realizada até quando valorada.

Feita a análise da prova não repetível se faz necessário adentrar nos tipos de valoração de prova para verificar qual a sistemática adota pelo direito brasileiro. Do modo de validação das provas vale buscar o posicionamento dos Tribunais Superiores sobre a temática das provas não repetíveis.

3 VALOR ATRIBUÍDO ÀS PROVAS NÃO REPETÍVEIS

O presente capítulo visa demonstrar quais os sistemas que vigoraram sobre a valoração da prova penal. O estudo é necessário a fim de se verificar a evolução e a imprescindibilidade de outros sistemas que serviram de nortes para chegar ao que vige atualmente. Também, se analisará como o atual sistema adotado no Brasil se comporta com relação a prova não repetível.

Ainda, serão apresentadas decisões dos tribunais superiores, a fim de verificar de que maneira as provas não repetíveis vêm sendo valoradas processualmente, qual o peso que as provas não repetíveis estão tendo, se elas são aceitas para a fundamentação de uma decisão condenatório/absolutória. Cabe verificar também, se tal prova não está violando o princípio do contraditório e ampla defesa, e se as decisões estão no mesmo sentido da doutrina trazida na pesquisa.

3.1 TIPOS DE VALORAÇÃO DE PROVAS E A SISTEMÁTICA ADOTADA PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Para o juiz atribuir valor à prova penal ele deve seguir regras que a legislação impõe. No decorrer dos tempos, vários foram os sistemas que vigoraram instruindo o juiz a agir de acordo com o que a legislação o conferia. Logo, se faz agora análise desses sistemas e do que a legislação brasileira adota em seu ordenamento jurídico.

Um dos sistemas mais relevantes de apreciação de provas foi o ordálico ou dos ordálios, nesse sentido Bonfim conceitua:

Os ordálios ou juízos de Deus se baseavam na crença de que o ente divino intercedia no julgamento, demonstrando a inocência do acusado que conseguisse superar a prova imposta: exemplo, o acusado era submetido à prova do ferro em brasa; caso fosse inocente, acreditava-se, não se produziria queimadura. Cabia ao julgador somente a constatação do resultado final. O julgamento, nesse caso, era, em geral, desvinculado da averiguação de quaisquer circunstâncias relativas aos fatos que constituíssem o delito imputado ao acusado (BONFIM, p. 322, 2009).

No mesmo sentido Avena (p. 444, 2012) discorre:

Os ordálios eram chamados de Juízos de Deus, firmando-se na falsa crença de que a divindade intervinha nos julgamentos e que a veracidade dos fatos seria demonstrada com base em sinais externados no mundo terreno a partir da submissão do pretense culpado a determinadas provas corporais dolorosas, v.g, a prova da água fria (lançava-se o suspeito à água, sendo considerado culpado se viesse à tona e inocente caso submergisse), o duelo judicial (realizado a cavalo ou a pé, de acordo com a classe social das partes, por um determinado período de tempo, perdendo o processo quem fosse vencido no duelo).

O sistema ordálico desenvolveu-se e aprimorou-se na Idade Média, entre os europeus. Submetia-se o pretense culpado a uma prova, para se aferir a sua responsabilidade (FILHO, p. 252, 2011). Não por coincidência, portanto, o advento do renascimento, cultural e econômico, dessa região, e o fortalecimento de ideias baseadas na razão e no antropocentrismo, tornaram-no objeto de críticas (BONFIM, p. 323, 2009).

A partir do final do século XII, com a intensificação das relações comerciais e a formação dos primeiros Estados absolutistas, concentrou-se o poder nas mãos de um soberano, abandonando-se o porta-voz da divindade (AVENA, p. 444, 2012). Dessa forma, gradativamente passou-se a reconhecer a importância de averiguar a existência de quaisquer elementos, tais como testemunho de pessoas, ou indícios que apontasse a materialidade e a autoria (BONFIM, p. 323, 2009).

Passando a fase ordálica, coloca-se toda carga avaliativa da prova nas mãos do juiz, estando este unicamente responsável por atribuir seu valor moral na sentença. Assim, surge aqui, o sistema da íntima convicção da certeza moral do juiz.

Conceitua Rangel o sistema da íntima convicção:

Nesse sistema, o legislador impõe ao magistrado toda a responsabilidade pela avaliação da prova, dando a ele liberdade para decidir de acordo, única e exclusivamente, com a sua consciência. O magistrado não está obrigado a fundamentar a sua decisão, pois pode valer-se da experiência pessoal que tem, bem como das provas que estão ou não nos autos do processo. O juiz decide de acordo com sua convicção íntima (RANGEL, p. 516, 2015).

Nesse sistema, o juiz pode amparar-se em elementos que não tenham sido trazidos aos autos e valorar as provas de modo soberano, inexistindo

qualquer obrigação de sua parte, por motivar sua decisão (BONFIM, p. 324, 2009). A lei concede ao juiz ilimitada liberdade para decidir como quiser, não fixando qualquer regra de valoração das provas (CAPEZ, p. 336, 2009).

Tourinho Filho argumenta no mesmo sentido:

De acordo com o sistema da íntima convicção, o julgador não está obrigado a exteriorizar as razões que o levam a proferir a decisão. O Juiz atribui às provas o valor que quiser e bem entender, podendo, inclusive, decidir valendo-se de conhecimento particular a respeito do caso, mesmo não havendo provas nos autos. Ele decide de acordo com a sua convicção íntima, sem necessidade de fundamentar a decisão (FILHO, p. 253, 2011).

O fundamento da sentença é a certeza moral do juiz. O principal argumento da decisão é a convicção do magistrado. É o seu sentimento íntimo, com base em qualquer prova ou experiência pessoal (RANGEL, p. 516, 2015). Neste sistema, o legislador demonstrava inteira e absoluta confiança no juiz (FILHO, p. 253, 2011).

No Brasil, perdura esse sistema nos julgamentos do Tribunal do Júri, cujas decisões, como se sabe, não são motivadas (BONFIM, p. 324, 2009). Aqui, o sistema ainda vigora, com exceção, nas decisões proferidas pelo júri popular, nas quais o jurado profere seu voto, sem necessidade de fundamentação (CAPEZ, p. 336, 2009).

Sobre a exceção que ainda vigora Rangel discorre:

O sistema da íntima convicção, hodiernamente, está previsto no Tribunal do Júri, pois os jurados não são obrigados a fundamentar o seu voto, ou seja, a cédula “sim” ou a cédula “não”, depositada pelos jurados na urna, além de ser secreta, não necessita ser motivada, razão pela qual o legislador estabeleceu o recurso de decisão dos jurados manifestamente contrária a prova dos autos (RANGEL, p.516, 2015).

O sistema da íntima convicção do juiz não vige mais, por dar total arbitrariedade a ele para decidir do modo que lhe achar conveniente, não sendo necessário fundamentar a sua decisão. Porém, a exceção a essa regra, que ainda é amparada pelo ordenamento jurídico, é o Tribunal do Júri, onde os jurados não precisam fundamentar a sua manifestação de condenações ou absolvição.

Com a evolução histórica e do direito, chegou-se ao sistema legal, também conhecido como sistema tarifado, ou, ainda, sistema formal. Nesse sistema, a fim de evitar o autoritarismo dos juízes da época e a discrepância entre os julgamentos, surgiu o sistema da prova legal (BONFIM, p. 323, 2009).

Sobre tal sistema Pacelli pronuncia-se:

Como superação do excesso de poderes atribuídos ao juiz ao tempo do sistema inquisitivo, o que ocorreu de forma mais intensa a partir do século XIII até o século XVII, o sistema das provas legais surgiu com o objetivo declarado de reduzir tais poderes, instituindo um modelo rígido de apreciação da prova, no qual não só se estabeleciam certos meios de prova para determinados delitos, como também se valorava cada prova antes do julgamento. Ou seja, no sistema de provas legais, o legislador é quem procedia à valoração prévia, dando a cada uma delas um valor fixo e imutável (PACELLI, p. 340, 2015).

No mesmo sentido, Capez argumenta:

A lei impõe ao juiz o rigoroso acatamento a regras preestabelecidas, as quais atribuem, de antemão, o valor de cada prova, não deixando para o julgador qualquer margem de discricionariedade para emprestar-lhe maior ou menor importância. Não existe convicção pessoal do magistrado na valoração do contexto probatório, mas obediência estrita ao sistema de pesos e valores imposto por lei. Desse sistema se origina o absurdo brocado *testis unus, tistis nullus*, pelo qual o depoimento de uma só testemunha, por mais detalhado e verossímil que seja, não tem qualquer valor (CAPEZ, p. 336, 2009).

Se, num processo, uma testemunha idônea desse a sua versão e outra inverossímil houvesse sido apresentada por duas testemunhas, esta prova se sobrepuja àquela, sem embargos da sua inverossimilhança (FILHO, p. 252, 2009). Portanto, se vinculava a critérios predefinidos no ordenamento jurídico, ausente, portanto, qualquer liberdade de avaliação da prova (AVENA, p. 445, 2012).

Neste sistema as condições de admissibilidade eram abstratamente preestabelecidas, e se aplicavam a todas as hipóteses que apresentavam aquelas características, independente de outras circunstâncias ou considerações (BONFIM, p.324, 2009). Portanto, o juiz ficava condicionado à forma da lei para valorar a prova.

Nesse sentido argumenta Rangel:

O sistema das regras legais ou da certeza moral do legislador, ou, ainda, chamado de prova tarifada, significa dizer que todas as provas têm seu valor prefixado pela lei, não dando ao magistrado liberdade para decidir naquele caso concreto, se aquela prova era ou não comprovadora dos fatos, objeto do caso penal. Pois, se a Lei dizia que aquela prova valia tanto, o magistrado não poderia dizer que valia menos tanto. Da mesma forma que, se a lei estabelecia que aquele fato somente se poderia provar desta ou daquela forma, o juiz não poderia adotar outro meio de prova se não aquele que era imposto pela lei (RANGEL, p. 518, 2015).

Embora imbuído de bons propósitos, o aludido sistema revelou-se contraditório. Como, para a obtenção da condenação era necessária a obtenção de um certo número de pontos (PACELLI, p. 340, 2015), o juiz era um matemático, pois apenas verificava qual o peso deste ou daquele meio de prova, ou como a Lei mandava provar este ou aquele fato (RANGEL, p. 519, 2015).

Muito embora o sistema de provas legais não esteja mais presente em nosso ordenamento jurídico, ainda há resquícios dele, seja no Código Penal, como também em outras áreas do ordenamento jurídico. Como exemplo tem-se o artigo 62 do CPP, que exige a certidão de óbito como prova da morte (BRASIL, 1941). Outro resquício do sistema de prova legal é a previsão do artigo 232, parágrafo único, do CPP, pois condiciona a validade da fotografia do documento a sua autenticação. Ou seja, é o legislador dizendo o quanto vale fotografia do documento (RANGEL, p. 519, 2015).

Mesmo que esse sistema não tenha vingado, Avena discorre sobre sua contribuição para o direito:

Inobstante a desvantagem deste sistema, na medida em que condicionava a decisão do julgado à autoridade do soberano ou da Igreja, a verdade é que apenas com o seu surgimento é que o direito passou a ter regras específicas de avaliação das provas, pois até então essa análise ocorria de forma aleatória, isto é, à revelia de um critério objetivo de aferição (AVENA, p.445, 2012).

Pode-se verificar que cada sistema contribuiu para a desenvoltura do nosso ordenamento jurídico. Na medida em que a sociedade evoluía se tinha o anseio de um julgamento mais democrático e justo, sem se basear unicamente na lei, bem como apenas na íntima convicção do juiz. Para tanto, na atualidade, o direito brasileiro, o Código de Processo Penal adotou, como regra, o livre convencimento motivado do juiz.

Sobre o sistema do livre convencimento motivado, Capez argumenta:

O juiz tem liberdade para forma a sua convicção, não estando preso a qualquer critério legal de prefixação de valores probatórios. No entanto, essa liberdade não é absoluta, sendo necessária a devida fundamentação. O juiz, portanto, decide livremente de acordo com a sua consciência, devendo, contudo, explicitar motivadamente as razões de sua opção e obedecer a certos balizamentos legais, ainda que flexíveis (CAPEZ, p. 336, 2009).

Nas palavras de Pacelli no sistema do livre convencimento motivado:

O juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que lhe parecer mais convincente. Um único testemunho, por exemplo, poderá ser levado em consideração pelo juiz, ainda que em sentido contrário a dois ou mais testemunhos, desde que em consonância com outras provas (PACELLI, p.340, 2015).

Tal sistema vem regulado no artigo 155, do CPP que dispõe:

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 (BRASIL, 1941)

A apreciação é da prova. Deve haver prova nos autos, seja para condenar, seja para absolver. O juiz não pode se afastar da análise da prova que consta dos autos (RANGEL, p. 521, 2015). Deve, portanto, fundamentar as suas decisões, pautando-as nos elementos que foram carreados aos autos (BONFIM, p. 325, 2009).

No mesmo sentido, não há hierarquia entre as provas, assim destaca Avena:

Outra decorrência do livre convencimento é a de que não estabelece valor prefixado na legislação para cada meio de prova, nada impedindo, portanto, que o juiz venha a conferir maior valor a determinadas provas em detrimento de outras. Poderá, por exemplo, discordar da prova pericial e condenar ou absolver o réu com base, unicamente, em prova testemunhal; e, também, convencer-se quanto à versão apresentada por testemunha não compromissada infirmando o depoimento de outra que tenha sido juramentada. Essa liberdade valorativa do magistrado, entretanto, não é absoluta, encontrando restrições pela Lei e Constituição (AVENA, p. 446, 2012).

Embora seja livre para formar o seu convencimento, o juiz deverá declinar as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova, fazendo-o com base em argumentação racional, para que as partes possam confrontar os argumentos (PACELLI, p.340, 2015). Essa linha de fundamentação serve para que a defesa tenha o acesso ao contraditório e ampla defesa no processo.

Assim, Rangel demonstra que:

Porém, o juiz está obrigado a motivar sua decisão diante dos meios de provas constantes nos autos. Não há a possibilidade de o juiz decidir de acordo com provas que não constam nos autos do processo, pois as partes têm o direito subjetivo constitucional de conhecer as razões de decidir do magistrado para, se assim entenderem, exercerem o direito ao duplo grau de jurisdição (RANGEL, p. 521, 2015).

É assegurado ao juiz a liberdade na apreciação de provas produzidas sob a égide do contraditório, sendo-lhe vedado apoiar-se exclusivamente na prova colhida na fase da investigação, ressalvadas as hipóteses do artigo 155, do CPP (BONFIM, p.325, 2009). Capez (p. 337, 2009), fundamenta que com a reforma do CPP, somente a prova produzida em contraditório judicial poderá servir de fundamento para a sentença condenatória.

A palavra “exclusivamente” contida no artigo 155, do CPP, deixa uma janela aberta, parecendo que os elementos de investigação possam subsidiar a condenação (PACELLI, p. 341, 2015). Pode acontecer de o intérprete instigado entender que a palavra exclusividade significa dizer que o juiz pode sopesar as provas do inquérito desde que em cotejo com as demais provas do processo (RANGEL, p. 522, 2015).

Avena ressalta que tal dispositivo significa que:

Conforme dispõe o art. 155 do CPP, a liberdade de valoração restringe-se à prova produzida sob o contraditório judicial. Ressalte-se, contudo, que o referido dispositivo não proibiu o magistrado de utilizar eventuais provas obtidas na fase extrajudicial como elementos de convicção secundários, restringindo, apenas, a possibilidade de serem estes os fundamentos exclusivos de seu convencimento. E mais: o legislador, com muita propriedade, ressaltou da necessidade do contraditório judicial as provas realizadas em caráter cautelar, antecipadamente e não sujeitas a repetição, assim compreendidas aquelas consideradas urgentes, que exigem produção imediata, antes mesmo de iniciada a ação penal, sob pena de perecimento (AVENA, p. 446, 2012).

Nas palavras de Rangel sobre a motivação do artigo 155, do CPP:

A palavra exclusivamente significa dizer que o juiz não deve levar em consideração, em sua sentença, as informações contidas no inquérito policial, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Não servem nem para cotejá-las com as do processo. Prova de inquérito é para que o MP possa dar o pontapé inicial, oferecendo denúncia (RANGEL, p. 522, 2015)

Portanto, sendo lícitas e legítimas as provas obtidas, poderão elas ser usadas como fundamentos de decisão condenatória, ainda que tenham sido produzidas em fase de investigação criminal e sem as garantias constitucionais (AVENA, p. 447, 2012).

No que se refere as provas não repetíveis, que são colhidas sem o contraditório e a ampla defesa, o juiz pode, de acordo com o que a doutrina vem se posicionando, utilizá-las como meios de condenação/absolvição. Isso porque, quando motiva sua sentença, a lei confere a faculdade para ele usar a prova irrepitível conjuntamente com as demais como forma de construir seu convencimento, dando seu veredicto ao acusado.

Passa-se, assim, a analisar o posicionamento dos tribunais superiores, quanto à valoração da prova não repetível/antecipada, para verificar se as decisões estão em consonância com o que a lei e as doutrinas demonstraram na pesquisa.

3.2 ANÁLISE DE DECISÕES SOBRE A VALORAÇÃO DAS PROVAS NÃO REPETÍVEIS/ANTECIPADAS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

O presente tópico destina-se a analisar quatro decisões judiciais acerca de como os tribunais superiores se posicionam de forma majoritária, acerca da utilização das provas não repetíveis na fundamentação das decisões. Far-se-á uma apreciação do poder judiciário, em especial o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) e do Supremo Tribunal de Justiça (STJ).

O primeiro julgado trata-se de apelação crime nº 70062903844, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado em 03/12/2015, pela terceira câmara criminal, tendo como relator o Desembargador Diogenes Vicente

Hassan Ribeiro. Foi negado provimento ao recurso, mantida a decisão do juiz a quo.

Tal acórdão tem como ementa:

Ementa: APELAÇÃO-CRIME. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA IDOSO. LESÃO CORPORAL LEVE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. Lesão Corporal. Materialidade e autoria restaram devidamente comprovadas pela palavra da vítima, a qual tinha 71 anos à data dos fatos, e narrou com coerência e verossimilhança o ocorrido, encontrando amparo nos demais elementos de prova presentes nos autos, tais como o Auto de Exame de Corpo de Delito e os depoimentos das testemunhas. Salienta-se, ainda, que a vítima foi ouvida somente na fase policial, pois faleceu no curso do processo, resultando em prova irrepetível. Por sua vez, as alegações prestadas pelo réu ao longo do processo, restaram plenamente isoladas no feito, ainda mais que o mesmo sequer lembra-se de agredir sua mãe com um soco, porque estava muito embriagado. Pena. Mantida a originariamente fixada, porque de acordo com as particularidades e especificidades do caso concreto. Ainda, mantida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, consistente na prestação de serviços à comunidade, ante a ausência de recurso da acusação, sob pena de reformatio in pejus. RECURSO DESPROVIDO (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

A decisão de primeiro grau foi apelada, pois a defesa não concordou com a sentença condenatória que se baseou em prova não repetível, sendo ela o depoimento da vítima na fase de inquérito policial. Dessa forma, pleiteou a absolvição do acusado por insuficiência probatória, tendo em vista que os elementos dos autos são apenas indiciários.

Assim, o órgão colegiado da terceira câmara se manifestou em seus votos:

Da análise do conjunto probatório, percebe-se que a palavra da vítima, a qual somente foi ouvida perante da autoridade policial por ter falecido no curso do processo, tornando-se prova irrepetível, encontra pleno amparo nos demais elementos de prova constantes nos autos, mormente no depoimento de todas as testemunhas e no Auto de Exame de Corpo de Delito, o qual constatou lesões corporais compatíveis com aquelas que alega ter sofrido (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Portanto, resta que os depoimentos das testemunhas estão no mesmo sentido do prestado pela vítima já falecida, estando também amparada pelo exame de corpo de delito. A terceira câmara criminal do TJRS não deu provimento ao recurso da defesa, de tal forma que todos os elementos trazidos

aos autos asseguram a sentença condenatória do acusado, não podendo se afastar pela hipótese da prova irrepitível, uma vez que a mesma foi analisada com todo o conjunto probatório.

A tese defensiva não prosperou, visto que a materialidade e a autoria restaram comprovadas nos autos. A materialidade consiste no exame de corpo de delito e a autoria foi comprovada pela prova oral coligida. Essa prova oral foi evidenciada pelo depoimento da vítima (prova não repetível), corroborada pelos depoimentos das testemunhas em juízo, restando em consonância com a doutrina e jurisprudência a decisão do juízo a quo e ad quem.

O segundo julgado é a apelação crime nº 70046555843 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, manejado pela terceira câmara criminal, sendo a relatora a Catarina Rita Krieger Martins. O recurso foi desprovido, mantida a sentença condenatória do juiz singular.

O principal objeto da jurisprudência foi a prova realizada no inquérito policial, contestada pela defesa, conforme ementa:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. LESÕES CORPORAIS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. PROVA DA AUTORIA E MATERIALIDADE. PALAVRA DA VÍTIMA NA FASE POLICIAL. ÓBITO ANTERIOR AO INÍCIO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. FORÇA PROBATÓRIA. Existindo prova da autoria e da materialidade das lesões sofridas pela vítima, não há como afastar o comando condenatório, mesmo que a ofendida não tenha sido ouvida na fase judicial em razão do seu óbito em momento anterior ao início da instrução criminal. O depoimento prestado pela vítima na fase policial tornou-se, pois, prova não repetível. E o teor deste depoimento basta para determinar o prosseguimento da ação penal e condenação do réu. Na espécie, as alegações de defesa não são corroboradas pelo suporte fático probatório. DA PENA. MANUTENÇÃO. As circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal foram analisadas de forma adequada, sendo a reprimenda fixada dentro dos critérios da legalidade e razoabilidade, considerando-se a necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação do crime. É de ser mantida, portanto, a pena aplicada na sentença recorrida. RECURSO DESPROVIDO (RIO GRANDE DO SUL, 2012).

A decisão do juiz a quo foi apelada sendo que a defesa argumenta que o juiz se baseou em prova colhida unicamente no inquérito policial para embasar a sua condenação, qual seja o depoimento da vítima que veio a óbito e não há prestou posteriormente em juízo. Ademais, o conjunto probatório é a favor da vítima, uma vez que testemunhas confirmaram o acontecido e o exame de

corpo de delito foi a favor das palavras da vítima, todos elementos estes coadunam com a decisão.

Como citado pela relatora em trecho da decisão da juíza de primeiro grau, tal prova da vítima se enquadrou como não repetível, nas palavras da Dra. Sandra Regina Moreira, juíza a quo" [...] Importante ressaltar que a vítima não foi ouvida em juízo, visto ter falecido antes do início da instrução criminal, fato que torna a prova não repetível, autorizando da utilização da prova colhida durante a fase inquisitorial para embasar uma decisão" (RIO GRANDE DO SUL, 2012).

Relevante frisar que a materialidade e a autoria se comprovaram, pois analisados em todo contexto probatório, conforme a Excelentíssima relatora "[...] Assim, é de ser mantida a sentença condenatória, pois comprovada a autoria e materialidade delitivas, pelo registro do Boletim de Ocorrência, auto de exame de corpo e de delito e depoimento de testemunha"(RIO GRANDE DO SUL, 2012).

Deste modo, o TJRS confirmou a sentença condenatória do juízo a quo, pois o depoimento da vítima é prova não repetível, que pode embasar a decisão condenatória. E mais, os demais elementos colhidos - prova testemunhal, exame de corpo de delito, Boletim de Ocorrência - corroboraram com o depoimento da vítima, razão pela qual foi confirmada a sentença condenatória.

A terceira jurisprudência trata de uma pronúncia ao Tribunal do Júri, na qual a defesa interpôs recurso em sentido estrito. Alega a defesa, que o único meio de prova que embasou a decisão de pronúncia foi o depoimento da vítima colhido na fase inquisitorial, não sendo o mesmo realizado em fase judicial, em decorrência da morte da vítima, não sendo viável embasar a decisão de pronúncia um único elemento colhido em sede de inquérito policial.

O recurso em sentido estrito nº 70064653793, julgado na data de 04/11/2015 pela primeira câmara criminal, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, atuando como relator o Dr. Julio Cesar Finger, tem como ementa:

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO SIMPLES. PROVA POLICIAL. ADMISSIBILIDADE. ART. 155 DO CPP. VÍTIMA FALECIDA. PROVA NÃO REPETÍVEL. 1. Na

hipótese, o depoimento prestado pela vítima, na polícia, é prova não repetível, em razão do seu falecimento, circunstância que o art. 155, do CPP, ressalva ser possível o juiz fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação. De qualquer forma, segundo entendimento pacífico do STJ, o juízo de pronúncia, por se tratar de verificação da admissibilidade, pode ser pautado nos elementos informativos, devolvendo a causa e análise definitiva sobre as provas ao Tribunal do Júri, órgão constitucionalmente competente. 2. Existindo prova da materialidade e indícios suficientes de autoria que apontem para a possível ocorrência de crime doloso contra vida, impõe-se a pronúncia do réu para julgamento pelo Tribunal do Júri, órgão constitucionalmente competente para analisar os elementos probatórios e proferir o veredicto. RECURSO DEFENSIVO NÃO PROVIDO (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Refere a defesa que a única prova realizada em juízo, que é uma testemunha, afirma que desconhece do autor da infração penal. Nesse sentido, a autoria e materialidade não poderiam ser reconhecidas apenas no depoimento da vítima que foi colhida em fase de inquérito policial.

No entanto, não foi esse o entendimento da primeira câmara criminal nas palavras do relator “[...] A materialidade do delito restou comprovada na ocorrência policial, no auto de exame de corpo de delito, no auto de reconhecimento de e no prontuário médico [...] ” (RIO GRANDE DO SUL, 2015). No mesmo sentido foi a autoria, que o acusado sempre negou a imputação feita, porém a vítima o reconheceu e uma testemunha em fase inquisitorial também o reconheceu, não prestando em juízo seu testemunho pois não foi encontrada.

Dessa forma, conforme o relator Julio Finger “[...] Havendo prova da materialidade e indícios de autoria, ainda que somente indiciários, a análise deve ser efetuada pelo Tribunal do Júri, a quem a Constituição Federal atribuiu competência para o julgamento” (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Logo, não se afasta a pronúncia baseada na prova não repetível, uma vez que o depoimento prestado pela vítima se soma com os elementos que atestam a materialidade e autoria do crime, bem como serve de elemento para embasar a decisão do juiz, com fundamento no artigo 155 do Código de Processo Penal, que ressalva a prova não repetível como base de convicção.

A quarta jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, confirma o julgado da segunda pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. No Habeas

Corpus 360574/RS, julgado pela quinta turma em 02/08/2016, sendo o relator o Excelentíssimo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, tem como ementa:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS . IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. MATERIALIDADE PROVADA. INDÍCIOS DE AUTORIA AFERÍVEIS COM BASE EM ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL. PRONÚNCIA. POSSIBILIDADE. FALECIMENTO DA TESTEMUNHA NO CURSO DA AÇÃO PENAL. PROVA NÃO REPETÍVEL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AFASTADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e as Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, é admissível o uso do inquérito policial como parâmetro de aferição dos indícios de autoria imprescindíveis à pronúncia, sem que isto represente violação ou negativa de vigência ao art. 155 do CPP. Precedentes. 3. Ademais, no caso dos autos, o depoimento colhido na fase policial não pode ser repetido em juízo, diante do falecimento da testemunha no curso da ação penal, o que afasta o apontado constrangimento ilegal. 4. Habeas corpus não conhecido (BRASIL, 2016).

Trata-se de decisão de pronúncia, onde em primeiro grau o juiz despronunciou o acusado, sob o fundamento que não seria possível pronunciar pois a prova era somente fundada em elementos do inquérito policial, sendo apenas uma testemunha ouvida em juízo. Da sentença a defesa recorreu para o TJRS, onde a terceira câmara criminal reformou a sentença, argumentando que pode ser cabível a pronúncia com base nos elementos até ali colhidos em fase de inquérito policial.

A defesa baseou-se que a prova inquisitorial não poderia servir unicamente de objeto de pronúncia, pois violaria o artigo 155 do CPP, bem como a falta de prova judicial feriria o princípio do contraditório a ampla defesa do acusado, pois pronunciou o réu sem observar esses princípios basilares inerentes a ele. A prova realizada em questão foi o depoimento de uma testemunha em sede inquisitorial, posteriormente falecendo, não sendo viável ser realizada novamente em juízo. Porém, no processo judicial uma testemunha confirma o narrado pela que faleceu em sede inquisitorial, se convencendo assim o tribunal da autoria do acusado.

Nesse sentido, a decisão do TJRS confirmada pelo Supremo Tribunal de Justiça afastou a tese da defesa, bem como que ela violaria o artigo 155 do CPP e os princípios do contraditório e ampla defesa. Segundo o Desembargador relator Ingo Wolfgang Sarlet, na decisão do TJRS grifada no acórdão do STJ “[...] Assim, está-se diante de prova irrepitível em virtude de situação imprevisível e independente da vontade humana, cuja ratificação em sede judicial torna-se inviável” (BRASIL, 2016).

Sendo a prova não repetível pela morte da testemunha, não há que se falar em infração ao artigo 155, do CPP, nas palavras do relator, da terceira câmara criminal do TJRS, Ingo Wolfgang Sarlet “[...] não há proibição legal de utilização de elementos colhidos na fase inquisitorial, desde que estes possam ser corroborados por demais provas judicializadas, o que no caso em concreto, ocorreu a confirmação por outra testemunha de acusação” (BRASIL, 2016)..

Assim, conforme o Ilustríssimo Ministro relator Reynaldo Soares da Fonseca “[...] Observa-se que o acórdão proferido pelo Tribunal gaúcho encontra-se em harmonia com a jurisprudência com deste Tribunal superior no sentido de que a decisão de pronúncia pode ser fundamentada em elementos colhidos na fase policial” (BRASIL, 2016). Se afasta a tese de que o juiz não poderia pronunciar o acusado com base na prova não repetível colhida em fase inquisitorial, pois ela foi analisada com todos elementos colhidos no processo.

Conforme as jurisprudências analisadas, se evidencia que a prova não repetível serve como elemento de condenação/absolvição. A jurisprudência foi pacífica que observado todos os elementos trazidos no processo a prova irrepitível é capaz de fundamentar o livre convencimento motivado do juiz, ainda mais se tratando de decisão de pronúncia, que fica a cargo do plenário decidir sobre as imputações ao acusado.

Importante ressaltar, que em todos os julgados analisados a prova irrepitível não foi a única prova que serviu para embasar a decisão do juiz. Ou seja, em todos os acórdãos analisados existiam outras provas que se somaram a essa não repetível para o convencimento do magistrado.

Ademais, prova é um gênero, onde várias espécies podem se dividir, as jurisprudências encontradas são geralmente no sentido de vítimas/testemunhas que vieram a óbito, o que não afasta outras futuras possibilidades que podem vir a acontecer. É evidente que a utilização de prova não repetível como

elemento de convicção coadunando com as demais provas colhidas na persecução criminal, não fere o artigo 155, do CPP, bem como os princípios do contraditório e ampla defesa, pois o artigo mesmo trouxe a ressalva, e a doutrina e a jurisprudência já se posicionaram nesse sentido.

Agora, cabe aos operadores do direito atentarem a esse meio de prova sensível, pois por serem perecíveis são à exceção, e cada caso pode diferir quanto ao seu valor, podendo ser um caso inédito, devendo o juiz e as partes relutarem para a decisão mais justa, observados todo o conjunto probatório e sempre os princípios basilares do acusado.

CONCLUSÃO

A presente monografia analisou a possibilidade de as provas não repetíveis fundamentarem uma sentença absolutória ou condenatória proferida pelo juiz criminal. Para isso, o objetivo foi estudar as teorias das provas à luz dos princípios legais e constitucionais vinculados à produção das provas não repetíveis no inquérito policial, com o fim de analisar se tais provas podem fundamentar o livre convencimento motivado do julgador numa sentença condenatória ou absolutória. A partir disso, se indaga se seria possível que as provas não repetíveis produzidas no inquérito policial possuíssem valor probatório capaz de justificar/fundamentar uma sentença judicial condenatória.

Para tanto, se iniciou com a análise dos princípios que regem o processo penal a fim de se evidenciar que o sistema jurídico confere a todos a garantia desses princípios. Foi realizada uma pesquisa sobre os tipos de provas, para saber qual é a constituição das mesmas e qual o peso da prova não repetível. Por fim, foi feita uma análise do sistema adotado pelo ordenamento jurídico para valoração das provas, e como os tribunais estão se posicionando com relação às provas não repetíveis.

As provas colhidas em sede de inquérito policial não seguem uma regra clara e precisa, por vezes os atos que desencadeiam a persecução criminal se vêem em confronto com a legislação e princípios basilares, como é o caso da prova não repetível. Por ser uma prova que não observa os princípios do contraditório e ampla defesa, o juiz se vê confrontado ao se deparar com essa prova no seu livre convencimento motivado, para atribuir o respectivo valor a ela.

Assim, foi necessário adentrar ao estudo da prova não repetível por ser uma prova que é a exceção, que gera críticas por “violar” princípios constitucionais e penais. Para isso, se fez necessário analisar os princípios basilares das provas, bem como o método que essa prova é colhida, para no final se verificar qual a forma de motivação que o sistema jurídico está usando para valorar essa prova.

Consoante analisado sobre os princípios constitucionais e penais, tem-se que de fato estão sendo mitigados quando colhida a prova não repetível, pois é evidente que se foge da regra do contraditório e da ampla defesa. Ademais, quando coletadas essas provas urgentes, opera-se o contraditório diferido, podendo as partes se manifestarem durante o processo das mesmas. Cabe ressaltar, que as provas por serem urgentes podem perecer, ocasionando a inutilidades delas. Assim, acontece pela urgência, por exemplo no exame de corpo de delito, fazendo-se necessário a realização imediata da prova, por consequência de não realização, a ineficácia dela.

A colheita dessa prova é variável, de acordo com a sua necessidade/possibilidade, por vezes não há que se falar em todo um tramite inquisitorial e judicial para a produção da prova, se faz necessário que ela seja colhida urgentemente para que ela não pereça, seguindo um procedimento diferente. Dessa forma, muito embora a crítica sobre a prova não repetível, ela pode sanar muitas dúvidas do processo, vindo a ser imprescindível na hora de o juiz valorar todo o meio probatório.

Por essa razão que o Código de Processo Penal adotou o sistema do livre convencimento motivado, segundo o qual ao juiz é possibilitado motivar sua decisão com base em todos elementos trazidos ao processo, estando ele amparado pelo referido código quando se trata de provas não repetíveis para fundamentar sua decisão sem que esta prova tenha passado por o crivo do contraditório e ampla defesa.

A hipótese da monografia pretendeu demonstrar que as provas não repetíveis integram o arcabouço de provas que podem servir de base de fundamentação de uma sentença judicial condenatória ou absolutória. Assim, indagou-se se tais provas podem se revestir de elemento de convicção do Juiz se observados os princípios legais e constitucionais norteadores afetos à espécie e se as provas não repetíveis, justamente por serem colhidas na fase inquisitorial não poderão servir como elemento de convicção a autorizar prolação de sentença condenatória.

Diante da indagação, cabe ao juiz, ao prolatar sua sentença condenatória ou absolutória, ponderar essa prova não repetível, motivando sua decisão. Nesse sentido, o juiz deve analisar todas as provas trazidas ao processo conjuntamente, para validar a provas não repetíveis na sua

fundamentação, não podendo se valer unicamente da prova irrepetível como base de condenação ou absolvição. Assim, o juiz pode motivar sua decisão em uma prova não repetível, desde que motivada concomitantemente com as demais provas trazidas ao processo, não violando os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido foram trazidas as decisões dos tribunais superiores, onde as provas não repetíveis tiveram sua valoração somadas às demais provas trazidas aos autos. Não se acolheu as teses de defesa onde se buscava a reforma da decisão, por ter sido colhida uma prova sem o contraditório e ampla defesa, pois a mesma é válida, seguindo a exceção do artigo 155, do Código de Processo Penal.

Portanto, nos moldes em que os tribunais, a jurisprudência e a doutrina seguem, o posicionamento é favorável com a colheita dessa prova e a sua valoração na fase judicial. Ficou evidente que é uma exceção do princípio do contraditório e da ampla defesa, porém é uma ressalva imprescindível ao ponto de que caso não fosse colhida a prova penal não repetível, a mesma pereceria e o julgamento por vezes não seria o mais próximo da verdade real, o que geraria um prejuízo para as partes e para a sociedade.

O tribunal vem mantendo as decisões do juiz a quo, o qual observa todas as diretrizes estudadas e trazidas na monografia. Qualquer forma de reformar as decisões sob o fundamento de que a prova irrepetível não pode servir de elemento de condenação/absolvição foi refutada pelas jurisprudências estudadas, o que se verificou ser o mesmo posicionamento da doutrina. Assim é aceito pelo nosso ordenamento a prova não repetível como meio de prova.

Diante do apurado, deve-se ter uma atenção maior ao colher a prova irrepetível, bem como ao valorar a mesma. É preciso que os operadores do direito busquem trabalhar para que nenhuma garantia constitucional/legal seja violada ao colher a prova e ao usá-la como meio de motivação judicial, para que, a mesma possa ser usada para alcançar a busca da verdade real e dar a jurisdição mais justa possível ao acusado e a sociedade.

Não se pode afastar a prova irrepetível do arcabouço de provas por ela ser colhida sem o devido contraditório e ampla defesa. Muito embora tal característica específica, ela pode ser um elemento importantíssimo na convicção do juiz se usada com os demais elementos colhidos. Por isso que a

doutrina e os tribunais trataram de regular ela de forma exaustiva, devendo a polícia judiciária, ou juiz, as partes sempre respeitar e lutar para que essa prova seja devidamente aplicada conforme o ordenamento jurídico. Agora, cabe aos jurados atentarem a essa prova sempre que se depararem com ela. Por ser uma prova perecível e muito frágil, é fácil que o sistema ignore a mesma quando se tratar de casos inéditos. Provas é um gênero muito grande, onde constantemente com a evolução da humanidade surgem questões novas, devendo os operadores saber ponderar o conhecimento construído até agora sobre a prova não repetível, para aplicar a futuros eventos, observando sempre os princípios basilares.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

AVENA, Norberto Claudio Pâncaro. **Processo Penal Esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Método, 2012.

AVENA, Norberto Claudio Pâncaro. **Processo Penal Esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Método, 2014.

BARBOSA, Emerson Silva. **O Devido Processo Penal e as Garantias do Contraditório e da Ampla Defesa no Inquérito Policial**. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/7942/6416>>. Acesso em: 14 de junho de 2016.

BRASIL. **Código Penal**. Brasília: Senado Federal, 1940.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, 1941.

BRASIL. **Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Brasília: Senado Federal, 1994.

BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Súmula nº 343**. É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar. Disponível em: http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/69-72/sumula_vinculante_n_5_do_stf_e_sumula_n_343_do_stj_consideracoes. Acesso em: 28 de abril de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 5**. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>>. Acesso em: 28 de abril de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 14**. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizados por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 07 de novembro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 523**. No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2729>>. Acesso em: 26 de agosto de 2016.

BRASIL. **Habeas Corpus nº 360574**, Quinta Turma, Supremo Tribunal de Justiça, Relator: Reynaldo Soares da Fonseca, Julgado em 02/08/2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>. Acesso em: 12 out. 2016.

BONFIM. Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMPO, Pedro Franco de. BECHARA, Fábio Ramazzini. **Princípios constitucionais do processo penal: questões polêmicas**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, jan. 2005. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18021-18022-1-PB.pdf>. Acesso em: 28 de abril de 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: 2009.

COSTA JR., Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FILHO, Vicente Greco. **Manual do Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: Teoria, crítica e práxis**. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

LEAL, João José. **Direito Penal Geral**. 3. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEONE, Giovanni. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1963.

LOPES JR., Auri. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Auri. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MESSA, Ana Flávia. **Curso de Direito Processual Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 5. ed. rev. atual. amp. São Paulo: RT, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Anotado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemoteneretur se detegere e suas decorências no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação nº 70062903844**, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 03/12/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 15 out. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação nº 70046555843**, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Julgado em 09/08/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 17 out. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. **Recurso em Sentido Estrito nº 70064653793**, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Julio Cesar Finger, Julgado em 04/11/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 10 out. 2016.

SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal: Entre o Garantismo e a efetividade da Sanção**. 1. ed. São Paulo: RT, 2009.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. **A Atuação do Juiz no Processo Penal Acusatório**. Porto Alegre: Fabris, 2005.

TORRES, Douglas Dias. **O Contraditório no Inquérito Policial**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12465-12466-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 de jun. de 2016.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias individuais no Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.