

FACULDADE DOCTUM DE VITÓRIA
CURSO DE DIREITO

DERICK CERILLO CORREIA

A VALORAÇÃO DA PROVA PENAL PRODUZIDA NA FASE POLICIAL

**VITÓRIA – ES
2017**

FACULDADE DOCTUM DE VITÓRIA
CURSO DE DIREITO

DERICK CERILLO CORREIA

A VALORAÇÃO DA PROVA PENAL PRODUZIDA NA FASE POLICIAL

Artigo apresentado ao curso de Direito da Faculdade Doctum de Vitória, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Processual Penal
Orientador: Prof. Alexsandro Camargo Silveiras

VITÓRIA – ES
2017

A VALORAÇÃO DA PROVA PENAL PRODUZIDA NA FASE POLICIAL

Derick Cerillo Correia¹

Prof. Orientador de Conteúdo e Metodologia: Alexsandro Camargo Silveiras²

Prof. Orientador de Metodologia: Marianne Rios³

RESUMO

O Artigo visou analisar o valor dos atos de investigação produzidos na fase inicial do processo penal que corresponde à investigação policial. Onde discutiu-se a hipótese da contaminação do processo pela utilização das peças produzidas durante a investigação policial pelo juiz, tornando inquisitória a fase judicial que por essência é exclusivamente acusatória. Há controvérsias no âmbito doutrinário com relação a essa questão. Dessa forma, questiona-se o não cumprimento das garantias fundamentais do contraditório, da ampla defesa, da publicidade, da oralidade. O Direito Penal e o Direito Processual Penal são os textos legais para alicerçar o *persecutio criminis* para o qual as provas são elemento fundamental para a promoção da justiça.

Palavras-chave: Direito Penal. Direito Processual Penal. Garantias Fundamentais. Inquérito Policial. Valor Probatório.

ABSTRACT

The article aimed to analyze the value of the acts of investigation produced in the initial phase of the criminal process that corresponds to the police investigation. Where the hypothesis of the contamination of the process by the use of the pieces produced during the police investigation by the judge was discussed, making inquisitory the judicial phase that by its nature is exclusively accusatory. There is controversy at the doctrinal level regarding this issue. In this way, we question the non-fulfillment of the fundamental guarantees of the contradictory, the ample defense, publicity, or orality. Criminal Law and Criminal Procedural Law are the legal texts to support *persecutio criminis* for which evidence is a fundamental element for the promotion of justice.

Keywords: Criminal Law. Criminal Procedure Law. Fundamental guarantees. Police Inquiry. Evidentiary value.

¹ Acadêmico do 10º Período do Curso de Direito da Faculdade Doctum de Vitória - ES. Email:derick_cerillo@gmail.com

² Advogado, Pós-Graduação na área de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho e Pós-graduado em Direito Previdenciário, pela Faculdade Estácio de Sá. Professor Universitário. Email:alexcsilveiras@hotmail.com

³ Advogada, Mestre em Direito e Garantias Fundamentais pela FDV. Professora Universitária. Email:mriosmartins@terra.com.br

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	4
2 DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL	5
2.1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS	9
2.2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS: INQUISITÓRIO, ACUSATÓRIO E MISTO	12
2.2.1 DO SISTEMA INQUISITÓRIO.....	12
2.2.2 DO SISTEMA ACUSATÓRIO.....	13
2.2.3 DO SISTEMA MISTO.....	14
3 REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	14
3.1 VALOR PROBATÓRIO DO DEPOIMENTO NO INQUÉRITO POLICIAL.....	18
4 TEORIA DA PROVA.....	19
4.1 QUESTÕES POLÊMICAS SOBRE A VALIDADE DAS PROVAS.....	21
4.1.1 VALIDADE OU INVALIDADE DA PROVA ORAL.....	22
CONCLUSÃO	25
REFERÊNCIAS.....	26

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade abordar o valor da prova na fase inquisitorial, tema esse que traz instrução especial ao Estatuto da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil); instrução dos advogados na prática. Para o desenvolvimento dessa pesquisa foi utilizada a pesquisa bibliográfica baseada no método indutivo.

O Direito Penal e o Direito Processual Penal trazem os textos da lei para avaliar todos os detalhes de um *persecutio criminis* onde todos os detalhes da investigação criminal realizada antes do julgamento (até mesmo para definir a necessidade de sua realização ou arquivamento do processo por provas inconsistentes ou ausência delas) são importantes para decidir sobre o destino do acusado sob suspeição da realização de crimes.

A Lei nº 11.690 de 9 de Junho de 2008 trouxe mudanças ao Código de Processo Penal e o artigo 155, dispondo sobre o uso das peças do processo inquisitório pelo juiz cuja redação gera muitas polêmicas sobre a essência do sistema processual adotado no Brasil, se acusatório, inquisitório ou misto. O inquérito policial foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 2033, de 22 de novembro de 1871 é constantemente questionado quanto ao valor das provas penais colhidas durante essa primeira fase da persecução penal, pois se o seu caráter é administrativo inviabilizaria o contraditório que é uma garantia fundamental, portanto, constitucional.

Como problema de pesquisa, parte-se da seguinte questão: Qual a valoração da prova penal produzida na fase inicial do processo penal a cargo da polícia, com a mudança do art. 155 do CPP em 2008?

O objetivo geral dessa pesquisa é investigar sobre o valor dos atos de investigação produzidos na fase inicial do processo penal que corresponde à investigação policial. Quanto aos objetivos específicos, temos os seguintes: investigar sobre os riscos de contaminação do julgador pela investigação criminal; pesquisar sobre as mudanças no código processual penal no que se refere às provas e peças produzidas durante

a fase de investigação policial. A hipótese sobre a qual procuraremos evidências durante a pesquisa é a que a essência do sistema processual brasileiro é comprometida pela utilização pelo magistrado das peças produzidas durante a investigação policial que é inquisitória e contamina a fase judicial que deveria ser exclusivamente acusatória seguindo as garantias fundamentais do contraditório, da ampla defesa, da publicidade, da oralidade. Da forma como ocorre o processo, o sistema processual tende ao inquisitório que é oposto à prática do Direito Democrático.

Assim, daremos especial atenção ao art. 155 do Código de Processo Penal que foi alterado quando da reforma do CPP ocorrida pela Lei nº 11.690, de 9 de Junho de 2008.

A divisão do trabalho está em três capítulos, sendo que o primeiro capítulo denominado Direito Penal e Direito Processual Penal trata dos Princípios Constitucionais Penais e dos Sistemas Processuais Penais: Inquisitório, Acusatório e Misto. O segundo capítulo denominado teoria da prova traz os seguintes itens: falibilidade da prova testemunhal; questões polêmicas sobre a validade das provas e validade ou invalidade da prova oral. O terceiro capítulo foi reservado à polêmica sobre a reforma do Código de Processo Penal, tratando do valor probatório do depoimento no inquérito policial.

2 DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL

A escolha do direito penal para o desempenho da tarefa de tranquilizador social não se dá ao acaso. Em que pese o advento do risco e da sensação de insegurança possam vir a conduzir à expansão de outros mecanismos sociais, tais opções ou são insuficientes ou inexistentes ou ainda desprestigiadas. (SILVA, 2011, p. 21)

Coltro (2007, p. 15) destaca o papel do direito como provedor do bem comum, do interesse comum, onde os interesses da sociedade são garantidos, seguindo os princípios éticos acima de tudo.

Na história da civilização, a sociedade de várias localidades, em épocas distintas relutou em penalizar os infratores com a privação da liberdade em regime prisional. Houve épocas em que os inimigos de guerra passaram a servir como escravos dos vencedores; houve a instituição da pena de morte ou da mutilação para punir criminosos. É certo também que a ideologia dominante tem poder de decisão quanto aos critérios para a sanção penal e para definir, atualmente, o tipo de prisões que se quer para a sociedade, mas a utilização da prisão como sanção penal foi algo, digamos recente, com a Igreja na Idade Média.

Modernamente tem-se buscado o fundamento da pena na prevenção geral positiva, ou seja, na manutenção da confiança institucional na prevalência do Direito. (SILVA, 2011, p. 22)

No âmbito das Ciências Penais, “pena” e “prisão” estão de tal forma entrelaçados que parecem originar-se de um mesmo conceito. A pena, apesar de utilizada até hoje, é uma instituição antiga, cuja aplicação iniciou-se logo que surgiu a civilização; em cada época da história, apesar de suas peculiaridades, cada povo com sua cultura teve sempre presente “a problemática do crime, da pena e das prisões”. (LIMA, 2005. p. 1)

Segundo Montefusco (2005, p. 11), a pena é o recurso com que conta o Estado, sempre que necessário, para possibilitar a convivência entre os homens em uma sociedade. A ocorrência de delitos e violência marcam todas as sociedades, de tal forma que não se concebe uma sociedade sem eles, razão pela qual Durkheim considera-os como elemento de coesão da sociedade até determinados patamares.

Para Rosa (2002, p. 2), nota-se que há a intenção do legislador, tanto na história passada quanto nos dias atuais em substituir a sanção detentiva por outras, prioritariamente aos criminosos de nível mínimo ou médio, procurando atingir um bem valorizado e sua supressão será o conteúdo de sacrifício imposto, que por outro lado, tem também o objetivo preventivo, qual seja a coação psicológica.

O art. 21 da Lei n. 9.605/98 estabeleceu as penas para as pessoas jurídicas: multa, restritivas de direitos e prestação de serviços à comunidade.

Em matéria de criminalidade econômica, entretanto, há muito a avançar na legislação penal e, aí, outras penas alternativas à prisão para criminosos — pessoas físicas — poderão ser cogitadas, tais como a interdição de estabelecimento ou da parcela do mesmo utilizada ilicitamente. Para essa criminalidade, incluídas as pessoas jurídicas, é possível pensar-se em multa acionária para o caso de inadimplência. Ou de propaganda contrária, em que se divulguem as atividades delitivas com a publicação da sentença. (ROSA, 2002, p. 3).

A alteração dos arts. 43, 44, 45, 46, 47 e 55, todos do Código Penal brasileiro, de 1940, dada pela Lei n. 9.714/98, ampliou o leque de possibilidades de aplicação das “penas restritivas de direito”, em substituição à pena privativa de liberdade.

Possibilitando a substituição das penas corporais até 4 anos, verifica-se um aumento dos condenados beneficiados com as novas normas, inclusive no que pertine à prestação de serviços.

Satisfeitos os requisitos para a substituição, o condenado poderá prestar serviços à comunidade, ter interditados alguns de seus direitos, ter limitado o seu fim de semana, efetuar prestação pecuniária, perder bens e valores, ou efetuar o pagamento de pena pecuniária.

Além disso, não se pode olvidar que, nas condenações em que a pena privativa de liberdade não exceda 2 anos, desde que satisfeitos os pressupostos do art. 77 do Código Penal, o condenado tem direito ao *sursis*, que, em sua modalidade simples, também determina a prestação de serviços à comunidade no primeiro ano do período de prova (art. 78, § 1º). (VIZENTINI, 2003, p. 1)

Segundo Oliveira e Lima (2009, p. 2), a sanção penal brasileira tem por finalidade punir o indivíduo por meio da retribuição pela prática delituosa e a prevenção, para evitar o cometimento de novos crimes. Nesta aceção, a pena equivale a um castigo, uma intimidação ou reafirmação do Direito Penal, ou quando o crime é grave, recolhe-se o indivíduo, privando-o da liberdade com vistas à sua ressocialização. Pois de acordo com o preceito da Lei de Execução Penal, em seu artigo 10, “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”.

A pena é a sanção do Estado, valendo-se do devido processo legal, cuja finalidade é a repressão ao crime e a prevenção a novos delitos, objetivando reeducar o delinquente, retirá-lo do convívio social enquanto for necessário, bem como reafirmar os valores protegidos pelo Direito Penal e intimidar a sociedade para que o crime seja evitado.

A doutrina diverge quanto à concepção do que realmente seria a sanção penal para o delinquente:

Sanção penal de caráter aflagrante, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade (OLIVEIRA; LIMA, 2009, p. 3)

As características próprias pelas quais a pena é regida são: a legalidade⁴, a anterioridade, a personalidade, a individualidade, a inderrogabilidade, a proporcionalidade e a humanidade, porque mesmo sendo punido, o delinquente tem que ser respeitado nos seus direitos, portanto haverá o cumprimento digno da pena, levando em conta o que versa a Lei quanto a agravantes e atenuantes. (SILVA, 2011, p. 22)

Fernando José Ferreira da Silva argui que quando vamos buscar os fundamentos da pena na filosofia e na sociologia, encontramos, como citado acima, um bom número de pensadores que tratam da liberdade e da privação dela; da ética e da imposição do que é certo. As teorias que alicerçam a sociedade são buscadas nos pensadores de várias épocas, que vivenciando situações ou divagando sobre elas, têm muitos contributos a nos legar. (SILVA, 2011, p. 24)

A sanção penal tem por finalidade primordial penalizar o indivíduo que incorreu em delitos, como forma dele pagar pelo que fez, pelo que lesou a sociedade. Dependendo da gravidade, as penas são proporcionais ao crime ou delito cometido, portanto os legisladores elencaram espécies penais para serem aplicadas proporcionalmente ao que foi praticado.

As espécies penais são as seguintes: as penas privativas de liberdade, as penas restritivas de direito e a pena pecuniária. As penas privativas de

⁴ O princípio da legalidade, consagrado no inciso XXXIX do artigo 5º do texto constitucional e no artigo 1º do Código Penal, desdobra-se em três aspectos, quais sejam, o da anterioridade da lei, o da reserva legal e o da taxatividade. A contrariedade ao princípio constitucional da legalidade na hipótese sob exame reside no desrespeito à taxatividade, que exige que as normas penais sejam estritas no que diz respeito ao sentido empregado, sem que dêem margem à imprecisão. Assim, a vagueza que permeia as penas indeterminadas, bem como as condições igualmente indeterminadas para o cumprimento das penas, são incongruentes com a imprescindibilidade da observância da taxatividade. (SPOSATO, 2006, p. 2)

liberdade dividem-se em três: a reclusão, a detenção e a prisão simples. Essa espécie penal priva o indivíduo do direito de ir e vir, assegurado pela Constituição Federal e é utilizada para crimes de maior grau ofensivo, já que o delinquente ficará resguardado em local apropriado. (OLIVEIRA; LIMA, 2009, p. 4)

Para o eminente doutrinador Guilherme Nucci, “a pena de prisão simples é destinada às contravenções penais, significando que não pode ser cumprida em regime fechado, comportando apenas o regime semiaberto e o aberto (...) não se pode inserir o contraventor condenado no mesmo lugar onde se encontrem os criminosos”. (NUCCI, 2007, p. 381).

As penas de reclusão e de detenção possuem suas peculiaridades, pois na própria descrição do tipo de pena no Código Penal, é vista sua determinação pela gravidade do crime praticado. Crimes mais graves são encaminhados para pena de reclusão e de menor potencial ofensivo, são enquadrados como detenção.

Na realidade, na ótica do legislador de 1940, foram criadas duas penas restritivas de liberdade. Para crimes mais graves, a reclusão, de no máximo 30 anos. (...) A detenção, de no máximo três anos, foi concebida para crimes de menor impacto: os detentos deveriam estar separados dos reclusos e poderiam escolher o próprio trabalho, desde que de caráter educativo. (NUCCI, 2007, p. 381).

No item seguinte, apresentaremos o texto da Constituição Federal de 1988, no qual dá-se grande relevância ao Direito à Vida como princípio constitucional.

2.1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

Os Princípios Constitucionais Processuais Penais têm origem na Constituição Federal do Brasil, têm seu fundamento legal no texto legal e decorrências no Código Penal.

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, *caput*, estabelece entre outros, o direito à vida como princípio constitucional, dessa forma, é parte essencial para alicerçar um Estado Democrático de Direito. O artigo citado *in verbis*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos

brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade privada. (BRASIL, 1988)

O direito à vida é que alicerça todos os outros direitos; ele é primordial, pois sem ele os outros perderiam a razão de ser. O que parecia mesmo ser óbvio – que a vida da pessoa tem que ser assegurada – deve estar protegido constitucionalmente como um direito individual pelo qual o ser humano tem o direito a manter-se vivo, vivendo de maneira digna, satisfazendo os valores e as necessidades relativas a todos.

A autora reafirma a antecipação do direito à vida a todos os outros direitos, pois é um direito prévio, que se antecipou a todo ordenamento jurídico, originado do direito natural para sua autopreservação”. Portanto, “não há que se condicionar esse direito a qualquer outro que esteja sob a égide natural, mas é preciso que esta vida esteja vinculada aos direitos da integridade e da dignidade da pessoa humana. (ROMMINGER, 2011, p. 3)

Há um regime de exceção que não é o objetivo desse trabalho, mas que é importante fazer menção que é com relação à teoria do Direito Penal do Inimigo que se aplicada *ipsis litteris* retira do acusado a possibilidade do direito de defesa, do direito ao contraditório, da ampla defesa e pode até admitir adquirir provas por meio de tortura. Desse modo, haveria uma expansão do Direito Penal embalada pela globalização, que encontra na sociedade muitos oponentes a isso. (SILVA, 2011, p. 22)

Segundo Fabiana Marion, antes da existência do Estado organizado, quando surgia uma lide (conflito de interesses) o próprio particular resolvia as questões decorrentes dos conflitos com outros indivíduos (solução privada dos conflitos) em um terreno de barbárie, onde a lei do mais forte prevalecia. (SPENGLER, 2007, p. 34)

O estado era desorganizado e não interferia na vida das pessoas, mas quando o Estado começou a organizar-se, criou um ente superior dotado de poder político, encarregado de solucionar as lides surgidas entre os cidadãos; o que denominamos Estado Democrático de Direito composto pelo povo, pelo território e pelas leis que vão reger o estado e os cidadãos. (SPENGLER, 2007, p. 34)

O Direito Penal do Cidadão é empregado sob uma visão tradicional garantista, na qual seriam observados todos os princípios constitucionais e penais limitadores do *jus puniendi*, haja vista que o autor do delito ainda mantém a sua qualidade de pessoa. (MISAKA, 2009, p. 2)

No âmbito processual penal são conhecidas as penas e os regimes de detenção em determinadas situações preventivas para manter o sigilo do processo, para evitar fuga de informações, para impedir a comunicação ou interceptá-la no caso de presos perigosos, assim, podemos destacar:

1) a prisão cautelar, medida utilizada no curso de um processo, funda-se no combate a um perigo (de fuga, de cometimento de outros crimes, de alteração das provas etc.), não sendo considerada uma restrição a liberdade de caráter excepcional, em muitos casos tornando-se excepcional a sua não utilização. 2) medidas processuais restritivas de liberdades fundamentais, como a intercetação das comunicações telefônicas, tais medidas são realizadas de forma rápida e pouco burocrática, tornando quebras de sigilos cotidianas no curso da investigação. 3) possibilidade de decretação da incomunicabilidade de presos perigosos etc. (SILVA, 2011)

Luis Regis Prado assevera que para que o Processo Penal decorra de forma a atender aos princípios constitucionais, o Direito Penal do cidadão traz as devidas sanções aos delitos cometidos por pessoas incidentalmente. São delitos que não deixam de representar abuso nas relações sociais nas quais estão inseridos, mas por meio de prova pericial poderão ser esclarecidas a situação e as circunstâncias em que o delito foi cometido. (PRADO, 2009)

Segundo Edir Josias Silveira Beck, nessas situações, o cidadão é punido sem perder seus direitos como pessoa que precisa ser reinserida na sociedade após o cumprimento da pena, que pode ser em regime de detenção ou penas restritivas, mas no segundo caso, o inimigo nem seria considerado pessoa, portanto estaria fora do garantismo do Estado. (BECK, 2009, p. 54)

Os indivíduos quando cometem delitos, demonstram que suas condutas estão afastando-se do que é estabelecido como normal e ao descumprirem suas obrigações como cidadãos, terão que ser afastados da sociedade para repararem seus males e depois serem reintegrados para dar continuidade ao seu trajeto como

cidadãos. “Assim, o indivíduo infrator é chamado, enquanto cidadão, a restaurar o equilíbrio da vigência normativa, o que se dá por meio da submissão a uma sanção penal”. (PUPO, 2011, p. 2)

2.2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS: INQUISITÓRIO, ACUSATÓRIO E MISTO

A adoção de um determinado sistema processual está ligado ao sistema político adotado pelo país, sendo que os países mais democráticos aproximam-se ou são essencialmente praticantes do sistema processual acusatório. Dessa forma, é importante discriminar cada um dos sistemas processuais existentes.

2.2.1 Do Sistema Inquisitório

A origem etimológica do termo inquisitório está ligada ao Tribunal da Santa Inquisição⁵ que atuou durante a Idade Média com o intuito de identificar, investigar e punir hereges e indivíduos contrários ao catolicismo. Neste sistema, o juiz detém autoridade que agrega as seguintes funções: de acusar, de julgar e de defender o investigado considerado mero objeto do processo; o juiz é o gestor das provas, porque produz e conduz as provas. (GONÇALVES, 2011, p. 48)

Todo o processo corre à revelia do público, em sigilo; é um sistema não aderente ao contraditório, à ampla defesa, ao devido processo legal e por isso não cumpre as garantias fundamentais. Neste contexto, a confissão é a mais requerida das provas (prova legal e tarifação das provas) e sobreleva-se também a presunção de culpa, porque o réu é culpado até que se prove o contrário. Agindo com subjetividade, o julgador atua para “arrancar” uma confissão proferida pelo réu de modo que o possa

⁵ A primeira Inquisição foi aberta em 1233 em Toulouse e a segunda, cinco anos após em Aragón, mas rapidamente esse movimento foi se ampliando e difundindo. Os inquisidores itinerantes normalmente eram nomeados dentre os dominicanos e os franciscanos, cuja tarefa inicial era a de ouvir as denúncias e investigá-las. A Inquisição Católica foi mais fortemente implantada na Alemanha, na França, na Espanha e no território romano. É de Inocêncio IV a publicação da Bula “Ad extirpanda” em 2 de maio de 1252. Por ela, os magistrados civis ficavam autorizados a fazerem uso da tortura como instrumento para combater a heresia, equiparada, na época, ao homicídio e aos roubos. Preferentemente, caberia aos leigos e não aos membros do clero participarem dos atos de imposição de tormentos. O suplício foi introduzido explicitamente com a finalidade de extrair uma confissão. (GONÇALVES, 2011, p. 40)

condenar sumariamente e tal confissão pode ser obtida mediante o uso da tortura física e psicológica. Vale aqui a máxima maquiavélica de que os fins justificam os meios, pois o juiz objetiva uma confissão e usa de quaisquer meios para obtê-la. (GONÇALVES, 2011, p. 48)

2.2.2 Do Sistema Acusatório

No sistema acusatório, as funções de julgar e de acusar estão separadas e tanto a acusação quanto a defesa “devem possuir a disponibilidade exclusiva dos meios de prova, a fim de se assegurar a neutralidade, ou *terzietà* do juiz”. Neste sistema deve haver “rigorosa observação dos princípios fundamentais como a presunção de inocência, o contraditório e a ampla defesa, a publicidade, a oralidade e a excepcionalidade das prisões provisórias”. (GONÇALVES, 2011, p. 56)

Os princípios que regem o sistema acusatório são os seguintes: o magistrado tem o poder de decidir (órgão estatal); o poder de iniciativa da ação penal, de acusar, cabe a um Órgão diverso do juiz; o processo penal só pode ser iniciado havendo uma acusação, sendo que o Órgão estatal não pode intervir sem que haja a acusação privada; após a acusação, o magistrado não se condiciona à vontade ou à iniciativa do acusador; o juiz se restringe ao exame das provas produzidas pela acusação sem poder por sua vontade pesquisar e investigar fora desses limites, o processo se desenvolve com observância dos princípios da oralidade, da publicidade e do contraditório.

Considera-se que o sistema processual brasileiro, por um lado, é acusatório por haver um programa ou promessa constitucional, mas por outro lado, deve ser considerado eminentemente inquisitório, ao permitir que o juiz tenha autoridade para gerir a prova. (GONÇALVES, 2011, p. 56)

2.2.3 Do Sistema Misto

O sistema processual misto compõe-se de fases inquisitória e acusatória; encontra sua origem no Código Napoleônico de 1808. Na primeira fase processa-se a investigação preliminar com nítidas características de sistema inquisitório quando o juiz colhe provas, indícios ele está gerindo as provas para embasar sua acusação ao Juízo competente.

O Brasil durante a Ditadura Militar de 1964 a 1984 foi marcado pela tortura para conseguir a confissão de crimes políticos, denotando um sistema processual inquisitório que causou muitas mortes, prisões e exílios. O sistema processual adotado está intrinsecamente ligado ao regime político praticado pela Nação, pois quanto mais democrática, maiores são as garantias constitucionais e o modelo acusatório é o mais adotado.

3 REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O eixo da discussão acerca da valoração da prova penal produzida na fase investigatória, quando há a ação de peritos da polícia está muito relacionada à mudança do código, especificamente com relação ao art. 155. Segundo Moreira (2008, p. 331), a Lei nº. 11.690/2008⁶ alterou alguns dispositivos do Código de Processo Penal de 1941, no que tange à prova, no entanto, mantendo o sistema do livre convencimento fundamentado, conforme a redação do novo art. 155, *in verbis*:

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. (MOREIRA, 2008, p. 333)

A utilização do advérbio “exclusivamente” no texto do artigo 155 do novo CPP é causadora de uma extensa polêmica sobre assegurar as garantias constitucionais ao acusado como podemos observar na argumentação de Marcos Alexandre Coelho Zilli que encarou a reforma do Código de Processo Penas da seguinte forma:

⁶ Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências.

[...] a coesão das de um modelo processual de partes foi comprometida. Isso porque a proibição total de inserção dos elementos informativos no campo cognitivo, desenhada pela proposta original da Comissão de Reforma, foi sensivelmente abrandada. Pela versão aprovada, fica o juiz autorizado a buscar naqueles elementos o reforço para certas provas produzidas em contraditório, confirmando assim a veracidade de uma das teses. Mais lógico seria que o conflito resultante de provas divergentes, não superável pela possibilidade de obtenção de novas provas, levasse à absolvição do acusado e não à invocação de elementos colhidos unilateralmente. (ZILLI, 2008, p.2)

A contaminação inquisitória da convicção do julgador pelas peças do inquérito policial pode ser evitada, excluindo-se fisicamente tais peças dos autos do processo penal atendendo ao disposto no art. 155 do CPP, pois, segundo Gonçalves (2011, p. 73).

Essa proposta é muito interessante porque, algumas vezes, nas fundamentações das sentenças penais condenatórias, as provas judiciais acabam sendo confrontadas com aquelas produzidas no inquérito, especialmente no que diz respeito às declarações de testemunhas e à eventual confissão realizada pelo acusado no curso do inquérito.

Fauzi Hassan Choukr assevera que a utilização dos atos de investigação no processo judicial destoa com as garantias fundamentais e, por isso, não devem ser usados pelo juiz uma vez que sustentariam a condenação. (CHOUKR, 2006, p. 98) Interpretação distinta do art. 155 tem André Augusto Mendes Machado que critica a mudança da Lei nº 11.690/08 por ser contrária às garantias constitucionais do processo legal, do contraditório e da ampla defesa ao permitir a utilização das peças do processo investigatório no processo, como explica o autor:

O legislador desvirtuou o sentido do Projeto de Lei nº 4.205/01, que resultou no diploma legal em comento. Tal Projeto vedava, completamente, a interferência da persecução prévia na formação do convencimento judicial, evitando a sua contaminação com os dados obtidos na fase investigatória. (MACHADO, 2009, p. 44)

Esclarece Moreira (2008, p. 334) que prova irrepetível tem a característica de não poder mais ser reproduzida em Juízo, porque ela mesma já não pode ser recolhida novamente, como é o caso de vestígios do crime que já não existem mais e não poderão ser objeto de novo exame de corpo de delito⁷. Outro exemplo da

⁷ Ressalvando-se, como dito, a possibilidade de contestação do laudo pericial realizado, mesmo porque, segundo o art. 182 do Código de Processo Penal, não se trata de um meio de prova de idoneidade absoluta. (MOREIRA, 2008, p. 333)

irrepetibilidade da prova é quando ocorre a morte da vítima no decorrer do processo, entre a época do inquérito policial e a da data da instrução criminal.

O Parágrafo único desse artigo tem a seguinte redação: “Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”. (BRASIL, 2008)

Moreira (2008, p. 335) lamenta, profundamente, que o legislador tenha acrescentado o termo “exclusivamente” ao texto do anteprojeto da Comissão, que foi redigido sob a presidência de Ada Pellegrini Grinover e que deu origem ao Projeto de Lei nº. 4.205/2001, que foi entregue ao Ministério da Justiça para as alterações ao Código de Processo Penal – Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Foram estas as demais alterações: *in verbis*:

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

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

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (BRASIL, 2008)

O Artigo 156 determina que apesar da prova da alegação incumbir a quem a faça, o juiz de ofício pode exigir que se produzam, antecipadamente, as provas que considerar de urgência e relevantes ou ainda determinar a ocorrência de diligências para esclarecer questões sobre matéria onde repouse dúvida. (BRASIL, 2008)

Segundo Brasil (2008), o artigo 157 renega a utilização das provas ilícitas, que não podem compor o processo, pois são aquelas cuja obtenção violam normas constitucionais, como por exemplo: provas obtidas sob tortura, violando o direito da liberdade ou com invasão de domicílio (sem autorização judicial), ferindo o direito de propriedade privada. Complementam o artigo 157, os seguintes parágrafos, *in verbis*:

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os

trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (BRASIL, 2008)

Ferreira (2008, p. 3) adverte que com relação à investigação criminal, seu principal objetivo é colher informações sobre fatos típicos e sobre seus autores por meio de inquérito policial, geralmente, que sofrerão análise posterior do MP, que interporá ação penal ao Judiciário caso constate ou avenge a presença dos requisitos para eventual pretensão punitiva. Por meio da investigação, busca o Estado responder rapidamente os desejos da sociedade quanto à segurança e combate à criminalidade.

O procedimento pré-processual, porquanto, dada a sua natureza inquisitória, deveria funcionar como um instrumento mais célere que o processo criminal, cumprindo o desiderato de preparar o terreno para a fase judicial da persecução penal, mas também possibilitar a coleta de elementos preliminares suficientes para subsidiar eventuais pleitos e respectivos deferimentos de medidas cautelares prévias, acaso as circunstâncias indiquem essa necessidade. O modelo, em uma análise teórica, facilitaria uma célere repressão aos delitos. (FERREIRA, 2008)

Moreira (2008, p. 336) esclarece que durante a fase investigatória, que é inquisitiva, não é permitido exercer plenamente o contraditório nem a ampla defesa “o que macula qualquer decisão tomada com base em elementos colhidos naquela fase anterior. Assim, salvo as ressalvas feitas pela lei (*as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas*), os atos investigatórios produzidos na peça informativa devem ser repetidos para que valham como meios de prova idôneos para o julgador”. O inquérito policial possui caráter inquisitório por ser sigiloso e por requerer a confissão do autor. (GONÇALVES, 2011, p. 34)

Nesse contexto, surge a hipótese do próprio Ministério Público envolver-se na investigação diretamente. Ferreira (2008) alerta: “(...) os membros do MP passaram a realizar investigações, em atividade semelhante à de polícia judiciária, a despeito de autorização legal expressa nesse sentido, coletando elementos que são utilizados em momento posterior como provas em processos judiciais”.

No Brasil, é comum verificar através da perícia as marcas digitais, a direção dos objetos, da arma, da vítima ou do autor, este método científico permite aos humanos descobrir algo que jamais poderia ser visto sem o auxílio de objetos especializados, sem o estudo minucioso dos especialistas, conceituados como peritos. (BARBOSA, 2007, p. 35)

Sobre a perícia, reza o Artigo 159 que ela deve ser realizada por especialistas para dar credibilidade à prova quanto à idoneidade e quanto à precisão dos materiais coletados e analisados devidamente. Dessa forma, dispõe a Lei nº. 11.690/2008, *in verbis*:

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

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

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

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

§ 4º O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão. (BRASIL, 2008)

Segundo Dias (2010, p. 35), as partes poderão ainda “indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência”, conforme o Inciso I do § 5º.

3.1 VALOR PROBATÓRIO DO DEPOIMENTO NO INQUÉRITO POLICIAL

No decurso do processo judicial, a lei determina que as partes podem reivindicar, quanto à perícia, a oitiva dos peritos, buscando em seus depoimentos, esclarecimentos sobre a prova ou sobre quesitos, antecedendo o pedido em dez dias; os depoimentos colhidos poderão compor o laudo complementar.

Mediante o requerimento das partes, deverá o material probatório tomado por base para a realização da perícia ser disponibilizado no ambiente do órgão oficial, sob sua guarda e com a presença obrigatória de um perito oficial, permitindo o exame pelos assistentes quando a sua conservação assim permitir. Caso se trate de uma perícia complexa que exija a atuação de peritos de outras áreas de conhecimento, poderão ser designados mais de um perito oficial, e a parte interessada indicar também mais de um assistente técnico.

Segundo Dias (2010, p. 36), há, pelo menos, duas evidências da utilização de novas Tecnologias da Informação e da Comunicação no processo penal, quanto ao tratamento do ofendido, tanto para sua segurança quanto para assegurar que tenha ciência das datas em que deva apresentar-se às autoridades: a primeira encontra-se no § 3º quando o correio eletrônico (*e-mail*) pode ser utilizado (a pedido do ofendido) para ser comunicado e outra circunstância é, no sentido, de preservar a segurança do ofendido e não obrigá-lo a estar no mesmo ambiente do ofensor é a utilização de vídeo-conferência, conforme o texto do Artigo 217, *in verbis*:

Art. 217 Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. (BRASIL, 2010)

O Capítulo V da Lei Nº 11.690/2008 denominado “Do Ofendido”, no seu Art. 201 dispõe: “Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações”. Caso seja intimado e não comparecer por motivo injustificado, a autoridade poderá requerer sua presença. No parágrafo está explícito que será o ofendido comunicado “dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem”. (BRASIL, 2008)

4 TEORIA DA PROVA

Quanto à origem etimológica da palavra prova a mesma é de origem latina - *probatio* – que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dessa palavra se origina o verbo provar – *probare* – significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar.

No que tange ao conceito de prova, analisemos o apresentado por Guilherme de Souza Nucci:

(...) no plano jurídico cuida-se particularmente, da demonstração evidente da veracidade ou autenticidade de algo. Vincula-se por óbvio, à ação de provar, cujo objetivo é tornar claro e nítido ao juiz a realidade de um fato, de um acontecimento ou de um “episódio. (NUCCI, 2011, p. 15).

Nas palavras de Federico Marques temos que “a prova é, assim, elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz, e o meio de que este se serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações”. (MARQUES, 2000, p. 330).

Dessa forma, a produção de provas no Processo seja Civil ou Penal, muitas vezes, ou quase sempre não levará à comprovação da verdade do fato ou episódio que realmente ocorreu no mundo naturalístico. Tal fato se dá por duas razões basicamente: pela enorme dificuldade ou até impossibilidade de se comprovar um determinado fato; pelo advento da verdade subjetiva, ou seja, o problema de se provar algo que é verdade apenas na mente da parte e não no mundo dos fatos. A título de exemplo, poderemos verificar a dificuldade da acusação em se provar que a ação do réu era dolosa, para a pessoa do promotor ele pode ter a convicção íntima plena (verdade subjetiva) que aquele sujeito agiu com dolo. (MARQUES, 2000, p. 330).

Para tanto, ele deverá angariar o máximo de provas para comprovar sua verdade subjetiva, verdade essa que muitas vezes não corresponde à verdade naturalística. Entretanto, no processo a função principal das provas não é trazer a comprovação do que ocorreu no mundo naturalístico e sim proporcionar o convencimento íntimo do juiz. Dessa forma, podemos ter uma prova bem-feita comprovando um fato que não ocorreu no mundo dos fatos, derrubando a tese da outra parte a qual defendia a tese de algo que realmente ocorreu no mundo natural desde que esta última não consiga trazer ou produzir provas de sua tese. Essa possibilidade de se produzir uma comprovação processual penal que não ocorreu no mundo dos fatos será um dos temas a ser tratado no objeto do presente trabalho mostrando a facilidade de apenar por um fato que não ocorreu. (MARQUES, 2000, p. 330).

Em resumo, pela teoria da prova judicial, a prova é a ferramenta processual da parte que é usada para confirmar uma informação, fato ou episódio alegado pela parte

que para ela é uma verdade não importando que tal verdade esteja ou não contida no mundo real. Com ressalva apenas no sentido de que muitas vezes há também a possibilidade de haver produção de provas pela parte com intuito de comprovar algo que ela mesma no seu íntimo sabe que não ocorreu. Nesse ponto, entramos na linha tênue entre a possibilidade justa de se produzir quaisquer provas admitidas em direito e a litigância de má fé.

E quanto ao momento de produção a lei penal não estipula com rigor quando as provas devem ser produzidas, mas a oportunidade mais adequada é durante o processo criminal, daí a dificuldade do réu produzir contraprovas em se tratando do caso do objeto de estudo do presente trabalho que mais adiante será tratado.

Enfim, a melhor prova é a que for mais robusta para o convencimento íntimo do juiz ou do júri durante a instrução criminal, independente se tal prova trás a baila fato que ocorridos ou não no mundo dos fatos. (MARQUES, 2000, p. 333).

4.1 QUESTÕES POLÊMICAS SOBRE A VALIDADE DAS PROVAS

Com o aumento da criminalidade, a eficácia do sistema penal tem sido questionada quanto à sua capacidade de resposta às demandas sociais relacionadas à minimização da violência e dos crimes. Dessa forma, assiste-se, atualmente, uma movimentação legislativa no sentido de buscar elementos para compor um sistema punitivo que responda com mais eficiência os anseios de uma sociedade que clama pelo enfrentamento da criminalidade. “Nesta seara, o Estado tem lançado mão, dentre outras alternativas, de institutos que procurem facilitar o trabalho da máquina investigativa e apuratória dos fatos ilícitos penais”. (GOMES, 2006, p. 3)

A delação premiada passa a integrar a legislação brasileira em um momento crítico para o sistema judiciário que procura de todas as formas diminuir os índices de criminalidade e a exemplo de outros países como “Estados Unidos (*bargain*), França, Inglaterra, Espanha, Itália (*patteggiamento*)” optou por incluir a delação premiada em seu ordenamento jurídico. (GOMES, 2006, p. 3)

Segundo Gomes (2006, p. 4), a delação premiada é a afirmativa feita (delação) por um acusado no corpo de um inquérito policial ou processo judicial, admitindo seu próprio envolvimento com a autoria de uma infração penal, mas esclarece quem mais participou com ele como co-autor, movido pelo fundamento do estímulo à verdade processual e o recebimento de recompensa (diminuição da pena) pela “colaboração espontânea”, que é a expressão utilizada no texto da Lei Nº 9.034/95, que trata das organizações criminosas.

O objetivo desenhado no sistema jurídico penal para a utilização de tal instituto, diz respeito à descoberta da verdade processual, para elucidação de crimes, como se percebe na utilização de institutos outros, a exemplo da confissão espontânea prevista no art. 65, III, "d" (circunstância atenuante). (GOMES, 2006, p. 3)

A natureza jurídica da matéria delação premiada tem sido classificada como “prova anômala”, integrada no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo gerando muitas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, com relação à suposta “violação do princípio do contraditório”. (GOMES, 2006, p. 5)

Segundo Pereira (2009, p. 30), pode-se depreender daí que há certa polêmica quanto à delação premiada, mas podemos dizer que as declarações do colaborador poderão ter algum efeito probatório, pois a ordem jurídica pátria tem optado por vezes, em diversos dispositivos legais, em “atribuir importância probatória à delação premiada, o que por certo não se resume à atribuição de simples efeito de *notitia criminis*”.

Seria um real paradoxo exigir comprovação dos depoimentos do delator por meio de provas ao estilo tradicional, porque se há como recolher provas suficientes pelos meios tradicionais, então perde a importância a delação, que seria totalmente desnecessária e redundante neste caso.

4.1.1 Validade ou Invalidade da Prova Oral

O processo penal, na prática, apesar da obrigatoriedade de se apresentar provas robustas, muitas vezes, tem utilizado prova oral (com exclusividade) em decisões condenatórias fundamentadas, baseada propriamente na palavra da vítima, quando

o caso é integrado por infração sem vestígios, como é o exemplo de delitos de “atentado violento ao pudor, sem falar nas condenações motivadas no cotejo entre a prova oral colhida na fase processual e na fase pré-processual, totalmente despida de contraditório e de ampla defesa”, argumentam Lopes; Di Gesu (2007, p. 5) que dão como exemplo a Apelação Criminal nº 70017367020⁸, transcrita *in verbis*:

Neste caso, as acusações de abuso sexual começaram quando a menina de 8 anos, na época do fato, assistia juntamente com sua mãe o programa *Globo Repórter*, que abordava a questão do abuso sexual contra as crianças. A vítima ficou impressionada com a história do pai que havia engravidado a própria filha e vivia maritalmente com ela. Diante disso, questionou sua mãe se beijar na boca podia engravidar. A mãe ficou nervosa e procurou esclarecer a questão, ao mesmo tempo em que procurou imputar a prática do delito a alguém. Não incriminou o pai, mas sim o padrinho da menor. Como a genitora não conseguia falar sobre o assunto com a filha, pediu para que esta escrevesse em bilhete contando o que havia ocorrido. Em um pedaço de papel, a menina descreveu uma experiência, com conotação sexual, contudo, ocorrida na creche onde estudava. Lá, as meninas teriam se beijado na boca e mostrado a “bunda” umas para as outras. Além disso, também teriam chamado os meninos para pegarem no “tico” deles. No bilhete não sabia expressar se gostava ou não daquilo. Esse fato não foi explorado na investigação, somente o foi em juízo. Associado a tudo isso, ainda salienta-se que a ofendida também beijava o irmão na boca, tinha visto acidentalmente um filme pornográfico na televisão a cabo, bem como seu pai costumava andar nu pela casa. O contexto em que ocorreu a acusação foi totalmente propício para a ocorrência das falsas memórias, por indução da própria mãe da vítima, a partir de uma experiência sexual vivenciada na escola. (LOPES; DI GESU, 2007, p. 5).

Para combater a ingenuidade da “verdade processual” e da verdade real que tem como objetivo fundar um sistema inquisitório, Lopes e Di Gesu (2007, p. 5) alegam que o processo penal “é uma máquina retrospectiva, onde, através do seu ritual, busca-se desenvolver uma atividade *recognitiva* dirigida ao julgador. A atividade processual gira em torno da busca pelo convencimento do julgador”, onde pode ser detectada a “*função persuasiva* da prova”, que tem o intuito de obter a “captura psíquica do juiz” (LOPES; DI GESU, 2007, p. 3).

Lopes e Di Gesu (2007, p. 5) comparam a memória da testemunha como a reconstrução de um fato histórico que consideram sempre minimalista e carente de perfeição, pois reconstrói em um tempo presente o ocorrido no passado. Os autores valendo-se de uma figura de linguagem expõem o seguinte: “Se imaginarmos a

⁸ Julgada pela Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (27/12/2006), onde se manteve a absolvição do réu, padrinho da suposta vítima, por atentado violento ao pudor.

testemunha (e sua memória) como um pintor, encontramos em Merleau Ponty a lição magistral de que *'faltam ao olho condições de ver o mundo e faltam ao quadro condições de representar o mundo'*.

Antônio Damásio (*apud* LOPES; DI GESU, 2007, p. 5) não aceita que a memória seja, em essência reconstrutiva, mas entende que ao evocar a memória, o ser humano realiza uma "representação aproximativa". Já Izquierdo (*apud* LOPES; DI GESU, 2007) classifica a memória em dois grandes compartimentos: *memória procedural* que diz respeito aos atos mecânicos do indivíduo (mais práticos, orgânicos, físicos), que podemos exemplificar com os atos de aprender a digitar no computador, andar de bicicleta, e o outro compartimento é o da *memória declarativa* que armazena e processa a memória de fatos, de eventos, de rostos, de pessoas, de conceitos e ideias.

É importante realçar que no processo penal tudo tende à prova, pois o material probatório é recolhido durante todo o processo por meio da recolha de vestígios que serão utilizados na reconstrução de um crime que é um fato pretérito. Tal reconstrução permitirá a comprovação ou a extinção da suspeita que recaiu sobre o arguido. (COSTA, 2010, p. 45)

Enquanto os atos de prova observam as garantias fundamentais da publicidade, do contraditório e da ampla defesa, os atos de investigação não o fazem e, por isso, não se prestam a amparar a sentença. Assim, os atos de investigação são meramente informativos e não têm status de prova como assevera Machado (2009, p. 17):

[...] os primeiros são obtidos na fase investigatória, sem a participação dialética das partes. Prestam-se para a fundamentação das medidas cautelares e também para a estruturação de uma acusação. As provas, por sua vez, têm o seu regime jurídico ligado ao contraditório judicial. São aquelas produzidas com a participação do acusador e do acusado e mediante a direta e a constante supervisão do julgador.

A fase de investigação evita produzir acusações apressadas e imotivadas, no entanto, os elementos que são recolhidos durante esta fase são utilizados como fundamentos para a acusação, mas não podem ser utilizados para embasar um decreto condenatório, porque de outro modo, corre o risco de estar ferindo algum

princípio constitucional relacionado à ampla defesa ou ao contraditório. (MACHADO, 2009, p. 17)

CONCLUSÃO

Espera-se que a presente pesquisa sobre a valoração da prova no processo penal produzida na fase do inquérito policial tenha trazido algumas contribuições para a classe acadêmica, para os profissionais da polícia e da justiça bem como para a comunidade em geral.

A escalada da criminalidade no Brasil é muito preocupante e podemos afirmar que o processo penal, de maneira figurada, é o túnel por onde passam todos os acusados pela realização de crimes, bifurcando-se para saídas várias: a inocentação por inconsistência de provas ou comprovação da inocência; a detenção para aguardo do julgamento, com a consequente prisão, cumprimento da pena em semi-liberdade, penas alternativas.

Este tema é um fenômeno que ainda carece de reflexão, porque encontra-se envolto em muitas polêmicas nas várias áreas da sociedade, desde a Universidade, passando por doutrinadores, defensores dos Direitos Humanos e das garantias fundamentais apregoadas pela Constituição Federal.

Os infratores têm que pagar pelos delitos cometidos, mas continuam sendo pessoas e como tal deve ser oportunizada um julgamento sem vícios de processo, com as garantias fundamentais atendidas.

Outros temas polêmicos foram discutidos no decorrer dessa pesquisa a exemplo da necessidade de aparatar a polícia com equipamentos e conhecimentos suficientes para realizar investigações consistentes de forma ágil e condizente com o processo penal; a cultura da prova testemunhal presente no processo penal brasileiro é positiva ou negativa dependendo do compromisso com a verdade e do poder da memória em reeditar os fatos com isenção; a necessidade de otimizar as investigações policiais auxiliadas pelas ferramentas das novas tecnologias da

informação e da comunicação, bem como de novas técnicas de investigação. A tecnologia poderá minimizar os danos advindos da má qualidade da prova produzida, que onera, atrasa e compromete a conclusão dos processos.

A classificação do sistema processual brasileiro não encontra consenso entre os doutrinadores, mas com relação à fase inicial, ou seja, da investigação policial entende-se que pelo fato de ser administrativa e correr em sigilo é essencialmente inquisitória e portanto, surgem as dúvidas sobre uma maior valoração das provas colhidas nessa fase, pois a polícia brasileira guarda resquícios do período da ditadura militar encerrada há cerca de 30 anos.

REFERÊNCIAS

BARBOSA. Márcia Cristina Tremura. **Cartas Psicografadas como prova no processo penal**. Monografia de conclusão de curso (graduação em direito). Itamaraju/BA: CESEB/FACISA, 2007. 36p.

BECK, Edir Josias Silveira. O Decreto nº 5.144/04 e o abate de aviões sob suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2322, 9 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13809>>. Acesso em: 23 Set. 2017.

BRASIL. **Decreto Lei 2848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília/DF: Planalto, 1940.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei Nº 11.690, de 9 de Junho de 2008**. Brasília: Planalto, 2008.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Planalto, 1988.

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

COLTRO, Mariana de Lima. **Bem jurídico penal e pesquisa com células-tronco embrionárias**. Porto Alegre: PUCRS, 2007. p. 1-23.

COSTA, Cristine Osternack. **A Contaminação (In)Consciente do Julgador pela Investigação Criminal**. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2010. p. 37-69.

DIAS, Fábio Coelho. A prova pericial no Direito Processual Penal brasileiro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8452>. Acesso em: 20 Set. 2017.

FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. **O novo artigo 157 do CPP e as provas originadas em investigação criminal presidida pelo Parquet**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1989, 11 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12067>>. Acesso em: 20 Set. 2017.

GOMES, Geder Luiz Rocha. **A delação premiada em sede de execução penal**. Ministério Público da Bahia. 2006. p. 1-8.

GONÇALVES, Vanessa Chiari. **A tortura como violência instituída e instrumento para a simulação do réu confesso**. 2011. 272 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. 2011.

LIMA, Suzann Flávia Cordeiro de. Arquitetura Penitenciária: a evolução do espaço inimigo. **Revista Arquitectos**. 05, apr 2005. Disponível em: <<http://www.vitruvius.com.br/revistas/read/arquitectos/05.059/480>>. Acesso em: 21 Set. 2017.

LOPES JR, Aury; DI GESU, Cristina Carla. Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 15, n. 175, p. 14-16, jun. 2007.

MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. 2009. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2º edi Rio de Janeiro / São Paulo: Forense, 1965; vol. 1 e 2.

MISAKA, Marcelo Yukio. **Lei do Abate, Direito Penal do Inimigo e Constituição Federal**. 08 Junho de 2009. Disponível em: <<http://marcelomisaka.wordpress.com/2009/06/08/lei-do-abate-direito-penal-do-inimigo-e-constituicao-federal/>>. Acesso em: 23 Set. 2017.

MONTEFUSCO, Roberto. **Penas restritivas de direitos**: uma abordagem sobre a aplicação efetuada pelos juízes das varas criminais do Recife. Revista *Argumentum*. 2005.

MOREIRA, Rômulo de Andrade (Org.). **Leituras Complementares de Direito Processual Penal: A Reforma do Código de Processo Penal – Provas**. 2008. São Paulo: Saraiva, 2008. 494p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Gleick Meira; LIMA, Rebecca Rocha. Do Direito Pena Brasileiro: das penas e da pena de morte. **Âmbito Jurídico**. 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9101>. Acesso em: 19 Set. 2017.

PEREIRA, Frederico Valdez. Valor Probatório. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIII, n. 44, p. 25-35, jan./mar. 2009.

PRADO, Luiz Regis. Direito Penal do Inimigo. **Jornal Carta Forense**. Entrevista. 3 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.carteforense.com.br/Materia.aspx?id=3624>>. Acesso em: 20 Set. 2017.

PUPO, Matheus Silveira. **Direito Penal do Inimigo X Direitos Humanos**. 2011. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/matheuspupo/2011/12/05/direito-penal-do-inimigo-x-direitos-humanos/>>. Acesso em: 23 Set. 2017.

ROMMINGER, Christiane Helena Lopes Campião. **Como as pesquisas com células-tronco embrionárias influenciam no direito à vida e a dignidade da pessoa humana**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 93, 01/10/2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10391>. Acesso em: 20 Set. 2017.

ROSA, Fábio Bittencourt da. **A humanização das penas**. 2002. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero7/artigo2.htm>>. Acesso em: 25 Set. 2017.

SILVA, Eduardo Alves. **Teoria Geral da Pena**. 2011. Disponível em: <<http://civilex.vilabol.uol.com.br/pagina41.htm>>. Acesso em: 18 Set. 2017.

SILVA, Fernando José Ferreira da. **O inimigo no âmbito do Direito Penal e os direitos fundamentais: o enfoque sobre a questão terrorista**. Dissertação (Mestrado em Direito). Piracicaba/SP: UNIMEP, 2011. 135p.

SPENGLER, Fabiana Marion. A crise do Estado e a crise da jurisdição: (in)eficiência face à conflituosidade social. **Revista Brasileira de Direito**, IMED, Vol. 7, nº 1, jan-jun 2011.

SPOSATO, Karyna Batista (Coord.) ILANUD - Instituto latino americano das Nações Unidas para prevenção do delito e tratamento do delinquente. **Levantamento nacional sobre execução de penas alternativas**. Relatório final de pesquisa. 2006.

VIZENTINI, Flávio Fagundes. Penas Restritivas de Direito. **R. CEJ**, Brasília, n. 22, p. 93-97, jul./set. 2003.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O Pomar e as Pragas. In **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências**, nº 188, julho/2008. p. 2-3.