

A CONTAMINAÇÃO (IN)CONSCIENTE DO JULGADOR PELA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL ²²

THE CONTAMINATION (UN)CONSCIOUS OF THE CRIMINAL JUDGE

CRISTINE OSTERNACK COSTA

Advogada. Egressa do UNICURITIBA. Mestranda em Direito na Universidade de Lisboa.

Sumário: Introdução; 1 Valoração probatória dos atos de investigação; 1.1 Distinção entre atos de investigação e atos de prova; 1.2 Valor probatório da investigação; 1.2.1 Valor das provas repetíveis; 1.2.2 Valor ds provas irrepetíveis; 2 A contaminação (in)consciente do julgador; 2.1 A livre convicção probatória motivada: mais limitada do que livre; 2.2 A proibição de valoração de provas e a leitura permitida de autos e declarações; 2.3 Crítica à (tentativa de) solução do ordenamento jurídico brasileiro; 2.4 A solução do ordenamento jurídico italiano: a exclusão física de peças do inquérito; 3 A finalidade da invetigação criminal; 3.1 O fundamento do processo penal e a finalidade da investigação criminal; 3.2 Falácia do sistema bifásico: a insuficiência da separação das funções; 3.3 Breve crítica ao princípio da investigação; Conclusão.

²² Relatório apresentado no Curso de Pós-Graduação em Direito da Investigação Criminal e da Prova da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

RESUMO

Trata-se de um ensaio, cujo escopo é questionar a incoerência de se manter o juiz do julgamento afastado da investigação criminal e, depois, permitir que ele se aproxime das informações produzidas nesta fase. Com efeito, mantém-se o risco de contaminação, ainda que inconsciente, da convicção do órgão julgador pelos atos realizados na inquisitória fase da investigação criminal. O crivo do problema é a falta de originalidade do material probatório, pois muitas vezes a fase do julgamento não passa de uma fraudulenta repetição da fase da investigação. Para isso, analisaremos o instituto da prova, em especial, a valoração probatória, com a finalidade de saber quais atos são passíveis de avaliação em juízo para serem valorados como atos de prova, e quais deveriam ser isolados – excluído fisicamente dos autos – por se qualificarem como atos de investigação, já que estes não cumprem a estrutura dialética do processo acusatório.

Palavras-chave: valor probatório, investigação criminal, processo acusatório

ABSTRACT

The purpose of this essay is to question the incoherence of keeping the trial judge away from the criminal investigation, but later bring him in to assess the evidence previously produced. Indeed, there remains a risk for evidence contamination, albeit unconscious, biasing the magistrate towards evidence produced in the inquisitorial stage of the criminal investigation. The riddle of the problem is the lack of original evidence presented at trial, making the trial phase nothing more than a repetition of the fraudulent investigation phase. Therefore, we shall analyze the law of evidence, and, in particular, the probative value in order to find out which evidence can be admitted in court as legitimate, and which should be isolated - physically removed from the docket - as they qualify as investigative actions, not meeting the dialectical structure of the accusatory criminal procedure.

Keywords: probative value, criminal investigation, accusatory procedure

INTRODUÇÃO

No processo penal tudo tende à prova. É o material probatório recolhido ao longo de todo o processo, através da recolha de vestígios que possibilitam a reconstrução de um fato pretérito – o crime – que permite comprovar ou extinguir a suspeita recaída sobre o arguido. Primeiramente, os indícios fundamentam a eventual decisão de acusar no final do inquérito e de pronunciar no final da instrução – sendo essa a finalidade da investigação criminal –, e depois, servem, quando corroborados judicialmente, para auxiliar a livre convicção do juiz sobre a sua decisão de condenar ou absolver o arguido.

Contudo, o material probatório não pode e não deve ser valorado igualmente. É preciso distinguir atos de investigação de atos de prova, sob pena de se condenar o arguido com base em atos realizados sem quaisquer garantias constitucionais e processuais penais, em especial o contraditório ainda inconvicto durante a investigação. Com isso, apesar de haver previsão legal expressa de que não valem no julgamento, para efeito de formação e convicção do tribunal, as provas não produzidas judicialmente ou os atos de investigação não examinados em audiência, é permitido, incoerentemente, ao órgão julgador manusear o material colhido durante a investigação.

Considerando isso, a presente pesquisa pretende questionar se, ainda que haja restrição quanto à utilização dos atos investigatórios para fundamentar a decisão, há contaminação por esses elementos da liberdade de convicção probatória do órgão julgador. Com efeito, tal acarreta a falta de originalidade do material probatório produzido em juízo, o que não deixa de ser uma fraude: a mera reprodução no julgamento do material colhido na inquisitória fase da investigação. Se confirmado, não resta dúvidas de que as condenações se fundam em elementos colhidos inquisitorialmente, indo plenamente contra o que se pretende num processo acusatório.

Ressalte-se que, tendo em consideração a complexidade da fase da investigação criminal, este trabalho tem, em especial, o seu enfoque no inquérito, e não na fase (facultativa) da instrução. Ainda, cumpre informar que este trabalho foi produzido com base no sistema processual penal português, inclusive faz referência ao Código de Processo Penal português, apesar de por vezes abordar o sistema brasileiro.

1 VALORAÇÃO PROBATÓRIA DOS ATOS DE INVESTIGAÇÃO

Considera-se objetos de prova todos os fatos juridicamente relevantes para se verificar a existência de um crime, a punibilidade do arguido e a medida da pena (art. 124, n.º 1, do Código de Processo Penal). É permitido aos sujeitos envolvidos no processo desenvolverem atividades de convencimento da (ir)responsabilidade criminal do arguido. Desta forma, a produção de prova visa fundamentalmente convencer alguém, no caso o juiz, o qual, por sua vez, possui ampla liberdade para apreciar as provas apresentadas.

Admite-se todas as provas que não são proibidas por lei (arts. 125 e 126 do Código de Processo Penal), o que implica que a legalidade da prova significa o inverso da sua tipicidade²³. Do mesmo modo, o valor da prova também não está tipificado legalmente. Com efeito, tendencialmente todas as provas têm, salvo disposição legal em contrário, o mesmo valor e são apreciadas segundo as regras de experiência e a livre convicção do órgão julgador (art. 127 do Código de Processo Penal).

Entretanto, a valoração probatória pode ser vista como problemática quando os meros atos de investigação são equiparados a atos de prova. A prova produzida durante a investigação, via de regra, não é definitiva, mas necessária, já que, considerando a importância jurídica da investigação criminal, verifica-se que os atos praticados durante o inquérito ou a instrução servem para justificar ou não o prosseguimento do processo a partir da acusação. Entretanto, há quem considere que os elementos probatórios recolhidos na investigação devem valer até prova em contrário e que, por conta disso, podem ser utilizados na fase de julgamento, ou até mesmo, para os mais extremistas, para fundamentar uma eventual condenação.

A fundamentação desta equivocada presunção dá-se por conta de disposições como a do art. 275, n.º 3, do Código de Processo Penal, o qual – na mesma linha do art. 12 do Código de Processo Penal brasileiro²⁴ – determina que “concluído o inquérito, o auto fica à guarda do Ministério Público ou é remetido ao

²³ De acordo com BELEZA, Teresa Pizarro, *Apontamentos de direito processual penal*, vol. II, Lisboa: AAFDL, 1992-1993, pp. 147-148, no art. 126 do Código de Processo Penal, a “*legalidade tem um sentido diferente de tipicidade – significa de alguma forma, o seu contrário: não há, no direito processual português, um catálogo fechado de meios de prova admissíveis*”.

²⁴ Art. 12 do CPP brasileiro: O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra.

tribunal competente para a instrução ou para o julgamento”. Isto basicamente significa que o material colhido no inquérito por servir de base à acusação segue fazendo parte do processo até o julgamento.

Com isso, é fácil deduzir que o esteio para estas disposições é atribuir valor probatório aos atos de investigação. Todavia, a intenção é justamente a contrária. Por inicialmente os atos de investigação não terem valor de prova, devem ser corroborados em juízo, quando assim entendido necessário. Logo, a ideologia segundo a qual “os atos valem até prova em contrário”²⁵ significa o oposto: os atos de investigação só valem como prova se considerados judicialmente. Isto porque o acompanhamento da acusação pela investigação criminal tem por finalidade apenas fundamentar o juízo de pré-admissibilidade da acusação. Nada mais²⁶.

Ultrapassada a fase preparatória da investigação, os atos desta devem auxiliar na formação probatória sobre a qual a sentença se deve fundamentar e, não, formar o seu conteúdo probatório. Tal equivale por dizer que o inquérito não deve servir, *v. g.*, para informar o órgão julgador do que foi dito por uma testemunha durante o inquérito, mas sim que testemunha merece ser ouvida em juízo como meio de prova, por ter apontado informações úteis. Assim, a investigação criminal cumpre a sua função de filtrar e apontar fontes de informação relevantes.

Qualquer utilização diversa dos atos de investigação podem gerar efeitos contrários à própria natureza e razão de existir da investigação criminal, fulminando o seu carácter instrumental e sumário, e indo contra as garantias processuais do arguido. Entretanto, antes de realizarmos qualquer análise sobre a possibilidade ou não da utilização de atos de investigação na fase de julgamento, é preciso distingui-los bem dos atos de prova.

²⁵ Esta doutrina imperou no Brasil por muito tempo, por conta de alguns antigos códigos estaduais, gerando um vício que, apesar de não contemplado no Código de Processo Penal de 1941, por muito tempo assolou a doutrina e a jurisprudência.

²⁶ Neste sentido, LOPES JR., Aury Celso Lima, LOPES JR., Aury, *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, vol. I, 3 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 278-279, o qual sublinha “em síntese, o Código de Processo Penal não atribui nenhuma presunção de veracidade aos atos do IP [inquérito policial]. Todo o contrário, atendendo a sua natureza jurídica e estrutura, esses atos praticados e os elementos obtidos na fase pré-processual devem acompanhar a ação penal apenas para justificar o recebimento ou não da acusação. É patente a função endoprocedimental dos atos de investigação. Na sentença, só podem ser valorados os atos praticados no curso do processo penal, com plena observância de todas as garantias”.

1.1 Distinção entre atos de investigação e atos de prova

Uma mesma prova ou meio de prova pode ter natureza jurídica diversa e ser valorada juridicamente de formas distintas. Deve, pois, distinguir-se os atos de investigação dos atos de prova.

Como explica Aury Lopes Jr.²⁷, os atos de investigação – não os especificaremos em atos de inquérito ou de instrução – referem-se a uma hipótese, já que estão a serviço de uma fase preliminar: a investigação criminal. Com isso, os atos de investigação formam um juízo de probabilidade e não de certeza, motivo pelo qual estão legitimados a agir sem observância de garantias constitucionais e processuais penais, como a publicidade, o contraditório e a imediação.

Seguindo a finalidade da investigação criminal, estes atos servem para formar a *opinio delicti* relativamente ao acusado, pelo que não se destinam à sentença, mas apenas a demonstrar o *fumus commissi delicti* e, assim, justificar a acusação ou o arquivamento. Também podem servir para fundamentar decisões interlocutórias e para adoptar medidas cautelares pessoais, reais ou outras restrições de carácter provisório.

Em função da competência para a sua prática, os atos de investigação podem classificar-se em atos do Ministério Público, do juiz de instrução, da polícia judiciária realizados sob ordens daqueles²⁸, ou dos demais sujeitos processuais²⁹.

Substancialmente contrários, os atos de prova referem-se a uma afirmação, por estarem a serviço da fase de julgamento. Com o objetivo de convencer o juiz da verdade, os atos de prova formam um juízo de certeza, abandonando o carácter de probabilidade e exigindo a observância de todas as garantias do devido processo legal. Já demonstrado o *fumus commissi delicti*, importa agora fundamentar a condenação ou a absolvição. Por conta disso, os atos de prova servem à sentença, devendo ser praticados pelo juiz ou corroborados por ele na audiência de julgamento.

²⁷ Vide LOPES JR., Aury Celso Lima, LOPES JR., Aury, *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, ob. cit., pp. 279-280.

²⁸ No Brasil tal submissão não ocorre, porque a direção do inquérito pertence à autoridade policial, motivo pelo qual a polícia realiza atos de investigação de ofício.

²⁹ Neste sentido, SILVA, Germano Marques da, *Curso de processo penal*, vol. III, Lisboa: Verbo, 1994, p. 80, o qual explica que, em razão da competência para a sua prática, podem ainda ser classificados em simples ou complexos, sendo “atos simples aqueles que são praticados por um só sujeito processual e atos complexos aqueles que exigem a intervenção de mais um sujeito processual”.

Feita esta distinção, é manifesto que a investigação criminal, seja no inquérito, seja na instrução, somente gera atos de investigação, tendo um limitado valor probatório, já que não cumpre com preceitos do devido processo legal³⁰.

1.2 Valor probatório da investigação

Dado o juízo de probabilidade, os atos de investigação são meros elementos informativos e não devem (ou pelo menos não deveriam) ser tratados como prova – talvez pudéssemos considerá-los uma expectativa de prova –, porque esta serve à sentença, e os atos investigatórios apenas servem para fundamentar a acusação ou o arquivamento, e as eventuais medidas cautelares.

O inquérito somente pode gerar atos de investigação por ser praticado, via de regra, com base numa estrutura processual inquisitiva, caracterizada pela forma escrita, pela ausência de publicidade e do contraditório. Por conta disso, não pode gerar elementos de convicção valoráveis na sentença para justificar uma condenação, pois, em princípio, não passa pelo crivo do órgão jurisdicional.

O problema é: como evitar que as condenações sejam baseadas em atos de investigação? Está fora de questão trazer à investigação a estrutura dialética do processo e as suas garantias, até porque isso seria inviável. Entretanto, é possível valorar adequadamente os atos de investigação, concedendo-lhes diferentes níveis de eficácia³¹. Em regra, a prova deve ser repetida em juízo, porém, havendo tal impossibilidade, deve-se antecipar a sua produção com observância dos preceitos

³⁰ Explana LOPES JR., Aury Celso Lima, *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, ob. cit., p. 280, que “seria um contrassenso outorgar maior valor a uma atividade realizada por um órgão administrativo [atenção que no Brasil a investigação é realizada pela polícia judiciária, a qual se submete ao Poder Executivo, enquanto em Portugal é levada a cabo pelo Ministério Público, um órgão judicial, sem poderes jurisdicionais, sendo, portanto, válida a crítica do autor também para o ordenamento jurídico português], muitas vezes sem nenhum contraditório ou possibilidade de defesa e ainda sob o manto do segredo”.

³¹ O autor italiano VIGLIETTA, Gianfranco, *Indagini preliminari: attività della polizia giudiziaria e del pubblico ministero*, in *Contributi allo studio del nuovo codice di procedura penale*, Milano: Giuffrè, 1989, pp. 19-23, ao discorrer sobre a eficácia e a formação probatória nas *indagini preliminari* que ocorrem no sistema italiano, classificou a eficácia da prova em: a) temporária, quando a eficácia é assumida pelos atos do Ministério Público em caso de rejeição do pedido de arquivamento; b) imediata e definitiva, quando não ocorre uma nova assunção daquela prova, podendo haver ainda uma atribuição do valor probatório por consenso da defesa do imputado, bem como nos casos em que há atos irrepetíveis, como por exemplo, em caso de interceptação telefônica; c) eventual e indireta, quando uma prova é inesperada, como nos casos em que a testemunha aparece espontaneamente e sem defensor para prestar declarações; e, por fim, a eficácia probatória d) eventual e direta, quando o ato pode provar a verdade dos fatos que representa, mas concorrentemente na medida que se forma regularmente a prova do debate.

exigidos na fase do julgamento. Agora, sim, vale a transferência da estrutura dialética do processo até a fase da investigação.

1.2.1 Valor das provas repetíveis

Consideram-se provas repetíveis todas aquelas que são passíveis de renovação. Por advirem de uma fase inquisitória do processo, as provas repetíveis dos atos de investigação têm valor meramente informativo. Logo, não podem subsidiar qualquer veredicto condenatório. Nada impede, porém, que auxiliem a decisão absolutória. O que faz todo o sentido dentro da estrutura penal garantista.

As provas renováveis mais comuns são: a testemunhal, as acareações e os reconhecimentos. Para ingressarem no processo como atos de prova e serem valoradas na sentença, necessitam de ser produzidas na fase de julgamento, na presença do juiz, da defesa e da acusação. Só assim se cumprem os preceitos que regem a produção da prova no processo penal.

Quem discursa a favor da utilização do material investigatório no julgamento advoga que visa combater a impunidade e que a sua não-utilização inviabiliza a luta da repressão contra a criminalidade. Contudo, a contra-argumentação é facilmente alcançável, pois não alega que os atos de investigação não devem ser utilizados. Argui-se apenas que o seu aproveitamento na sentença deve depender da corroboração em juízo para que cumpra os preceitos do devido processo legal.

Há uma tênue diferença, cuja consequência jurídica é notável na prática penal, entre repetição e reprodução. A repetição de que tratamos implica o retorno da testemunha para que, perante o juiz, realize uma nova declaração sobre algo que já disse ou fez. Já a reprodução significa a mera leitura das declarações antes realizadas para que sejam confirmadas em juízo – ato que mitiga o princípio da imediação. Infelizmente, a reprodução é muito presente na prática dos fóruns criminais. Não poucas vezes o magistrado, a fim de poupar o escasso tempo que possui, realiza a leitura das declarações apresentadas pela testemunha perante à polícia ou ao *parquet* e questiona se a testemunha tem algo a acrescentar³².

³² Nas palavras de LOPES JR., Aury Celso Lima, *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, ob. cit., p. 281: “o simples fato de dizer “ratifico o anteriormente alegado” é, em síntese, um nada jurídico e uma reprovável negação de jurisdição. Ou seja, o juiz que assim precede não faz jus ao poder que lhe foi outorgado”.

O objetivo da repetição deve ser buscar uma certa originalidade no material produzido em juízo. Obviamente que a originalidade pode pôr em causa detalhes esquecidos por conta do tempo transcorrido entre o fato delituoso e o julgamento. Entretanto, tal argumento é insuficiente para impedir a repetição de declarações se ponderadas as garantias processuais em nome das quais a repetição é (deve ser) exigida.

Apesar disso, há casos em que as provas não podem verdadeiramente serem repetidas, tornando-se irrepitíveis ou não-renováveis. Quando isso ocorre, é possível recorrer ao incidente de produção antecipada da prova realizado pelo juiz de instrução, sendo esta a única reprodução processualmente válida.

1.2.2 Valor das provas irrepitíveis

Provas irrepitíveis são aquelas que pela sua própria natureza não podem ser confirmadas posteriormente em juízo, sob pena de perecimento ou impossibilidade, devendo, por isso, ser realizadas no instante do seu descobrimento através de um incidente probatório (as declarações para memória futura e a aplicação de medidas de coação ou de garantia patrimonial).

A maioria das provas não-renováveis são as provas técnicas, cuja repetição é impossível em iguais condições (art. 158 do Código de Processo Penal). Destacam-se também as declarações de testemunhas, do assistente e das partes civis, de peritos e de consultores técnicos e as acareações (art. 271 e 294 do Código de Processo Penal). Em caso de doença grave ou de deslocação para o estrangeiro que impeça o indivíduo de prestar novamente as declarações na fase do julgamento, também é permitido a produção probatória antecipada.

Uma vez não renováveis em juízo, os atos irrepitíveis são considerados provas definitivas ainda que produzidas durante a investigação, motivo pelo qual devem ser colhidas sob a égide da ampla defesa, *maxime* da defesa técnica (art. 271, n.º3 e 327, do Código de Processo Penal). Ainda mais no caso das provas periciais, as quais se presumem subtraídas à livre apreciação do julgador (art. 163, n.º 1, do Código de Processo Penal), o que as torna, via de regra, incriminatórias. Logo, a defesa técnica é essencial para rebater a perícia, formular questões aos peritos, etc.

Com a produção antecipada da prova pelo juiz de instrução, os elementos que seriam meros atos de investigação para serem posteriormente repetidos em juízo, passam a ter imediatamente *status* de atos de prova e, por isso, podem ser valorados na sentença. É necessário, para tanto, que sejam observados requisitos de excepcionalidade na prova: ser de conteúdo imprescindível e relevante à sentença, e de impossível repetição na fase de julgamento por mostrar indícios razoáveis de provável perecimento.

A valoração das provas irrepitíveis é concedida porque não deixa de haver a jurisdicionalização necessária, já que deve haver na produção antecipada estrita observância do contraditório e do direito de defesa. É preciso que estejam presentes todos os requisitos formais que estariam presentes no desenvolvimento da prova produzida normalmente em juízo. O que implica que deve ser respeitado o mesmo grau de intervenção das partes, as quais devem obrigatoriamente estar presentes juntamente com o órgão julgador. Assim, a prática antecipada da prova não pressupõe qualquer prejuízo às partes³³.

2 A CONTAMINAÇÃO (IN)CONSCIENTE DO JULGADOR

A contaminação inconsciente do juiz, ou até mesmo consciente por conta do utilitarismo judicial, acontece porque os atos de investigação muitas vezes adquirem uma transcendência valorativa incompatível com a sua natureza. Na prática, ocorre muitas vezes que os magistrados munidos³⁴ da sua livre convicção probatória fazem uso de atos de investigação para fundamentar suas decisões.

A possibilidade disso acontecer deve-se ao fato de o inquérito acompanhar o processo até à fase de julgamento. Como vimos, nos termos do art. 275, n.º 3, do Código de Processo Penal, o auto de inquérito deve ser remetido para o tribunal competente quando houver instrução ou julgamento. O auto deve ser todo remetido,

³³ Neste sentido, LOPES JR., Aury Celso Lima, *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, ob. cit., pp. 283 e ss.

³⁴ Munidos porque, como explica COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, *O papel do novo juiz no processo penal*, in *Crítica à teoria geral do direito processual penal*, coord. COUTINHO, Nelson de Miranda Coutinho, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 6, “*basta a imunização da sentença com requisitos retóricos bem trabalhados e o magistrado decide da forma que quiser, sempre em nome da “segurança jurídica”, da “verdade” e tantos outros conceitos substancialmente vagos*”.

não podendo permanecer qualquer peça do processo³⁵ em posse do Ministério Público – o qual não tem poder de escolha. Este seguimento do inquérito com a acusação acaba por influenciar direta ou indiretamente a convicção do juiz.

A fim de expormos a situação em que se encontra o problema, convém discorrer sobre os princípios que circundam esta questão: a livre convicção motivada do juiz e a livre apreciação da prova.

2.1 A livre convicção probatória motivada: mais limitada do que livre

No contemporâneo³⁶ sistema da prova livre, contrariamente ao sistema de prova legal³⁷, o juiz possui liberdade de convicção probatória para formar, segundo as regras da experiência³⁸ e da livre convicção (art. 127 do Código de Processo Penal), a sua certeza sobre a existência ou inexistência dos fatos e situações relevantes para a sentença. A liberdade de convicção consiste na independência de interesses políticos e económicos, bem como na ausência de um sistema de prova tarifada, tendo todas as provas, em princípio, o mesmo valor.

Sucedem que há exceções previstas na lei, relativas a alguns meios de prova que têm valor especial, as quais podem condicionar a liberdade de convicção do julgador.

A confissão do arguido tem previsão legal específica. O art. 344 do Código de Processo Penal estipula a observância, sob pena de nulidade, de uma série de

³⁵ Neste sentido, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do código de processo penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3 ed., atual., Lisboa: Universidade Católica, 2008, na anotação n.º 6 do art. 275.

³⁶ De acordo com MENDES, Paulo de Sousa, *A prova penal e as regras da experiência*, in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, org. Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa, Coimbra: Coimbra Editora, 2009-2010, p. 1000, o espírito moderno do sistema da prova livre se verifica por duas características: “a abertura à experiência e a autonomia do observador (neste caso o julgador)”.

³⁷ Segundo CASTANHEIRA NEVES, António, *Sumários de processo criminal (1967-1968)*, Coimbra: s. ed. (datilografados por João Abrantes e policopiados), 1968, p. 47, no sistema de prova legal “a conclusão probatória é pré-fixada legalmente, mediante interferências probatórias prescritas pela lei em abstrato relativamente a cada meio de prova e ao modo processual da sua utilização, e de aplicação formal e obrigatória pelo juiz”. Ainda, explica-nos DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito processual penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1974 (reimpressão em 2004), p. 200, que por motivos históricos que remontam à reformas legislativas do processo penal consequentes à Revolução Francesa, “o valor e a força dos meios de prova não podem ser corretamente aferidos a priori, com o carácter de generalidade próprio dos critérios legais, mas só o devem ser com especial atenção às circunstâncias concretas do caso”.

³⁸ Vide MENDES, Paulo de Sousa, *A prova penal e as regras da experiência*, ob. cit., 2009-2010.

orientações³⁹ – ser prestada em juízo e sem qualquer coação, ser integral em todos os fatos imputados pela acusação e sem reservas excludentes – para que a confissão possa ser valorada como prova. Isso porque essa admissão implica consequências processuais particulares: renuncia-se à produção da prova relativa aos fatos imputados por serem tomados como provados e passa-se de imediato às alegações orais e à determinação da sanção aplicável, além de haver redução da taxa da justiça.

A perícia, como já vimos, presume-se subtraída à livre apreciação do julgador (art. 163, n.º 1, do Código de Processo Penal). Isto porque a regra da experiência diz: “os peritos sabem melhor do que ninguém emitir juízos de fato no âmbito das respectivas especialidades”⁴⁰, motivo pelo qual o juiz, em princípio, não refuta esta prova durante o seu livre convencimento.

A última condição legal determina que se consideram provados os fatos materiais constantes de documentos autênticos e autenticados, até prova em contrário (art. 169 do Código de Processo Penal). O legislador entendeu que, em princípio, merecem crédito os fatos testemunhados por uma entidade credenciada. É o que ocorre com o auto de notícia, cuja entidade testemunhal é a autoridade policial.

Contudo, observa-se que, apesar das determinações legais existentes quanto à valorização especial dessas provas, elas não são consideradas provas plenas, pois todas podem ser fundamentadamente refutadas pelo órgão julgador⁴¹. A confissão é posta em causa se o juiz suspeitar do seu carácter livre, nomeadamente por dúvidas sobre a imputabilidade plena do arguido ou da veracidade dos fatos confessados (art. 344, n.º 3, *b*), do Código de Processo Penal). A presunção da prova pericial, diferentemente do que ocorre no processo civil, também é elidível na medida em que pode ser fundamentadamente afastada quando divergir da convicção do juiz, sem a necessidade de contra perícia (art. 163, n.º 2, do Código de Processo Penal). Da mesma forma, a prova por documento autêntico ou autenticado pode ser posta em causa se fundamentada a decisão (art. 169 do Código de Processo Penal), não sendo sequer preciso fazer prova de falsidade.

³⁹ Neste sentido, BELEZA, Teresa Pizarro, *Apontamentos de direito processual penal*, ob. cit., pp. 152 e ss.

⁴⁰ Neste sentido, MENDES, Paulo de Sousa, *A prova penal e as regras da experiência*, ob. cit., p. 1008.

⁴¹ Neste sentido, MENDES, Paulo de Sousa, *A prova penal e as regras da experiência*, ob. cit., p. 1009.

Com efeito, é nítida a importância, nas palavras de Castanheira Neves, da “liberdade para a objetividade”⁴², cujo fim é fazer triunfar a verdade objetiva. Isso não implica que o juiz deva ser neutro. Quando se leva em consideração a condição humana do julgador, fica evidente que o discurso da neutralidade não se sustenta, já que o juiz está sujeito ao contexto em que vive. Percebe-se isso na valoração da prova feita pelo juiz e na própria interpretação axiológica que se faz da norma em cada caso⁴³. Isto significa, em síntese, que o juiz deve mover-se por uma intenção de objetividade, porém ciente da, e levando em consideração a, sua carga ideológica. Defender o oposto é ignorar a subjetividade humana.

De tal sorte, essa convicção para ser objetiva precisa de ser fundamentada, sob pena de promover a arbitrariedade das decisões, implicando a ligação dos princípios da livre apreciação da prova e da livre convicção motivado do juiz⁴⁴. Com efeito, explica Figueiredo Dias que a liberdade de apreciação da prova deve ser uma “liberdade de acordo com um dever – o dever de perseguir a chamada ‘verdade material’”⁴⁵, ou melhor, verdade prático-jurídica⁴⁶.

⁴² CASTANHEIRA NEVES, António, *Sumários de processo criminal* (1967-1968), ob. cit., p. 50, ao afirmar que “a liberdade de que aqui se fala não é, nem deve implicar nunca o arbítrio, ou sequer a decisão irracional, puramente impressionista-emocional que se furte, num incondicional subjetivismo, à fundamentação e à comunicação. Trata-se antes de uma liberdade para a objetividade – não aquela que permita uma “intime conviction”, meramente intuitiva, mas aquela que se determina por uma intenção de objetividade, aquela que se concede e que se assume em ordem a fazer triunfar a verdade objetiva, isto é, uma verdade que transcenda a pura subjetividade e que se comunique e imponha aos outros – que tal só pode ser a verdade do direito e para o direito”.

⁴³ De acordo com COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, *O papel do novo juiz no processo penal*, ob. cit., pp. 15 e 48, “é preciso que fique claro que não há imparcialidade, neutralidade e, de consequência, perfeição na figura do juiz, que é um homem normal e, como todos os outros, sujeito à história de sua sociedade e à sua própria história. (...) Exige-se não mais a neutralidade, mas a clara assunção de uma postura ideológica, isto é, que sejam retiradas as máscaras hipócritas dos discursos neutros, o que começa pelo domínio da dogmática, apreendida e construída na base da transdisciplinaridade”.

⁴⁴ Neste sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 01.10.2008 (SIMÕES RAPOSO), proferido no processo n.º 3/07.4GAVGS.C2, disponível em www.dgsi.pt: “(...) O julgador é livre, ao apreciar as provas, embora tal apreciação seja “vinculada aos princípios em que se consubstancia o direito probatório e às normas da experiência comum, da lógica, regras de natureza científica que se devem incluir no âmbito do direito probatório”. A livre convicção não pode confundir-se com a íntima convicção do julgador, impondo-lhe a lei que extraia das provas um convencimento lógico e motivado, avaliadas as provas com sentido da responsabilidade e bom senso, e valoradas segundo parâmetros da lógica do homem médio e as regras da experiência”.

⁴⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito processual penal*, ob. cit., pp. 202-203. Segundo o autor, pp. 193-194, “em processo penal está em causa, não a “verdade formal”, mas a “verdade material”, que há-de ser tomada em duplo sentido: no sentido de uma verdade subtraída à influência que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; mas também no sentido de uma verdade que, não sendo “absoluta” ou “ontológica”, há-de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço mas processualmente válida”.

⁴⁶ Para DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito processual penal*, ob. cit., pp. 204-205, “se a verdade que se procura é, como já dissemos, uma verdade prático-jurídica, e se, por outro lado, uma das funções

As decisões precisam de ser suficientemente motivadas, sob pena de nulidade (art. 374, n.º 2, e 379, do Código de Processo Penal). Isto porque é a fundamentação que permite avaliar se a racionalidade do órgão julgador predominou sobre o poder – premissa fundante de um processo penal democrático⁴⁷. É a partir da decisão (sentença ou decisões interlocutórias) devidamente motivada que se possibilita o contraditório e a ampla defesa, pois só conhecendo o processo de formação da convicção do julgador é possível avaliar a sua legalidade e, em caso de recurso, rebater os fundamentos expostos. Desta maneira, a motivação serve como controlo por parte da coletividade e ainda para o controlo de poder – dentro do modelo ideal de jurisdição de poder “nulo” desenvolvido por Montesquieu –, pois, assim, controla-se a racionalidade da decisão judicial⁴⁸.

Pelo exposto, tem-se que a livre convicção do juiz é, portanto, muito mais limitada do que livre. E assim deve ser. Pois, uma vez que se trata de um poder (concedido ao juiz) e na medida em que todo poder tende a ser abusivo, deve ser controlado. Ainda mais quando se trata de um processo democrático⁴⁹.

2.2 A proibição de valoração de provas e a leitura permitida de autos e declarações

Vigora no sistema processual penal português uma regra básica do sistema acusatório⁵⁰: em princípio, para formação e convicção do tribunal, só valem as

primaciais de toda a sentença (máxime da penal) é a de convencer os interessados do bom fundamento da decisão, a convicção do juiz há-de ser, é certo, uma convicção pessoal – até porque nela desempenha um papel de relevo não só a atividade puramente cognitiva mas também elementos racionalmente não explicáveis (v. g. a credibilidade que se concede a um certo meio de prova) e mesmo puramente emocionais –, mas em todo o caso, também ela uma convicção objetivável e motivável, portanto capaz de impor-se aos outros. Uma tal convicção existirá quando e só quando – parece-nos um critério crítico adequado, de que se tem servido com êxito a jurisprudência anglo-americana – o tribunal tenha logrado convencer da verdade dos fatos para além de toda a dúvida razoável”.

⁴⁷ Neste sentido, LOPES JR., Aury Celso Lima, *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*, 4 ed., rev. atual. ampl., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 263 e ss.

⁴⁸ Em suma, LOPES JR., Aury Celso Lima, *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*, ob. cit., p. 267, afirma que “a fundamentação das decisões é instrumento de controlo da racionalidade e do sentire do julgador, num assumido anticartesianismo. Mas também serve para controlar o poder, e nisso reside o núcleo da garantia”.

⁴⁹ Neste sentido, LOPES JR., Aury Celso Lima, *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*, ob. cit., p. 289.

⁵⁰ Para ILLUMINATI, Giulio, *El sistema acusatorio en Italia*, in *Proceso penal y sistemas acusatorios*, coord. Lorena Bachmaier Winter, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 150, “el sistema acusatorio puede

provas diretamente produzidas ou examinadas em juízo. Esta regra está prevista no art. 355 do Código de Processo Penal, sede do princípio da imediação no processo penal português, que gera efeitos de inutilização das provas não produzidas ou corroboradas na fase de julgamento.

Como princípio instrumental da investigação, o princípio da imediação surge na medida em que só haverá pleno esclarecimento do juiz sobre os fatos com os quais ele tiver contato, isto é, se o juiz puder perceber por si mesmo as provas, especialmente as declarações que há-de valorar. Isto porque, como afirma Figueiredo Dias, só é possível alcançar a compreensão do fato sujeito a julgamento “se, por um lado, ele [o juiz] não estiver ligado ao conteúdo de autos e protocolos escritos e se, por outro lado, puder adquirir uma impressão pessoal do arguido e dos meios de prova”⁵¹.

A imediação procura oferecer ao juiz uma oportunidade de retirar as suas próprias impressões pessoais de quem presta declarações, o que só é possível com observância da oralidade⁵² presente nos processos caracteristicamente acusatórios. Enfim, a maneira hábil de uma prova ser valorada na sentença é disponibilizar o acesso ao magistrado e às partes, mediante um contato direto com a pessoa e o conteúdo de suas declarações. Assim, a decisão judicial, para ser legítima, precisa de se fundamentar em atos de prova produzidos na audiência de julgamento, com observância do princípio da jurisdicionalidade e respeito do contraditório e da ampla defesa, sob pena de nulidade e, portanto, de imprestabilidade motivacional.

Excetuam-se as provas contidas em atos processuais cuja leitura, visualização ou audição em audiência sejam permitidas (art. 355 do Código de Processo Penal). O art. 356 prevê um extenso rol de leituras permitidas de autos e declarações. Não é nossa pretensão esgotar o tratamento de cada uma delas. Contudo, pode-se afirmar que, basicamente, só é permitida a leitura de declarações do arguido, do assistente, das partes civis ou das testemunhas, se prestadas no incidente probatório de declarações para memória futura, se as partes estiverem de acordo na sua leitura, ou em caso de cartas precatórias ou rogatórias.

definirse como aquél en el cual sólo las pruebas practicadas (formate) en el juicio oral, con garantía del principio contradictorio, pueden ser utilizadas para fundar la sentencia judicial”.

⁵¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito processual penal*, ob. cit., p. 198.

⁵² Neste sentido, LOPES JR., Aury Celso Lima, *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, ob. cit., p. 281, “a oralidade garante a imediação e ilumina o julgador, que, com o contato direto, dispõe de todo um campo de reações físicas imprescindíveis para o atos de valorar e julgar”.

Além disso, é expressamente proibida a leitura do depoimento prestado na investigação por testemunha que se tenha recusado a depor em audiência. Por força do princípio *nemo tenetur se detegere*⁵³ o órgão julgador não pode aproveitar-se do direito ao silêncio, por conta da presunção de inocência (art. 32, n.º 2, da Constituição).

Destarte, a leitura de declarações anteriores do arguido só é permitida quando o próprio as solicita. Por ser uma faculdade do arguido⁵⁴, o juiz não pode substituir a sua vontade ainda que as declarações anteriores lhe sejam favoráveis. Ainda, é permitida quando as declarações, tendo sido prestadas perante um juiz, apresentarem contradições e discrepâncias que justifiquem a sua leitura (art. 357 do Código de Processo Penal).

2.3 Crítica à (tentativa de) solução do ordenamento jurídico brasileiro

A disposição referente à convicção do juiz pela livre apreciação da prova (art. 155) no Código de Processo Penal brasileiro, foi alterado com a reforma pontual ocorrida com o advento da Lei n.º 11. 690/08, de 9 de Junho. O artigo expressa que a decisão deve ter por base a prova produzida em contraditório. A novidade fica por conta da imposição de que o fundamento da decisão do juiz não pode ser “exclusivamente” formado por elementos informativos colhidos na investigação, ficando ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Se a intenção foi boa, o resultado nem tanto. Nas palavras de Aury Lopes Jr., “perdeu-se uma grande oportunidade de acabar com as condenações disfarçadas”, as quais, embora aleguem um ou outro ato de prova, se fundamentam basicamente em atos de investigação⁵⁵. Apesar de o objetivo ter sido sanar a longa discussão

⁵³ Apesar de o princípio *nemo tenetur se detegere* não estar expresso na Constituição portuguesa, é unânime na doutrina e na jurisprudência a sua natureza constitucional implícita (arts. 1º, 20, n.º 4, e 32º, n.º 1, da Constituição). Ademais, o princípio está consagrado na norma processual penal, no seu corolário do direito ao silêncio (arts. 61, n.º 1, *al. d*), 132, n.º 2, 141, n.º 4, *al. a*), e 343, n.º 1, do Código de Processo Penal). Para mais *vide* a obra de DIAS, Augusto Silva/ RAMOS, Vânia Costa, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

⁵⁴ Neste sentido, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do código de processo penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, ob. cit., p. 892.

⁵⁵ A fim de evitar a contaminação dos atos de investigação, curiosamente, já existiu no Brasil, no Código do Distrito Federal de 1924, um dispositivo determinando a exclusão do inquirido. Vale a transcrição do art. 243, *in verbis*: “os autos da inquirição, apensos aos de investigação, nos termos dos arts. 241 e 242, servirão apenas de esclarecimentos ao Ministério Público, não se juntarão ao

doutrinária e jurisprudencial sobre a utilização (exclusiva) ou não de atos de investigação na decisão, os efeitos não ficaram longe do que já acontecia, pois fechou-se a porta, mas manteve-se aberta a janela que permite ao julgador ter acesso e fazer uso da investigação criminal⁵⁶.

Não obstante se alegue que a condenação é fundamentada com base na prova judicial cotejada com a do inquérito, é notório que muitas vezes a condenação é baseada (quase que exclusivamente) em atos de investigação, com a invocação de apenas alguns elementos probatórios realizados judicialmente. Esta prática comum nos tribunais⁵⁷ brasileiros torna evidente que muitas das decisões condenatórias não possuem prova suficiente para as sustentar, sendo preciso recorrer à fase prévia da investigação para não se absolver *in dubio pro reo* (critério pragmático), mitigando-se a presunção de inocência. É a perigosa busca pela verdade real (material) a todo o custo.

2.4 A solução do ordenamento jurídico italiano: a exclusão física de peças do inquérito

Exposta a situação portuguesa e brasileira, e identificado o problema comum que circunda ambos os ordenamentos jurídicos, somos quase que “obrigados” a defender como solução uma reforma processual penal que determine a exclusão

processo, quer original, quer por certidão, e serão entregues, após a denúncia, pelo representante do Ministério Público ao cartório, em invólucro lacrado e rubricado para serem arquivados”.

⁵⁶ Nas críticas palavras de LOPES JR., Aury Celso Lima, *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, ob. cit., p. 286: “manteve-se, assim, a autorização legal para que os juízes e tribunais sigam utilizando a versão dissimulada, que anda muito em voga, de “condenar com base na prova judicial cotejada com a do inquérito”. Na verdade, essa fórmula jurídica deve ser lida da seguinte forma: não existe prova no processo para sustentar a condenação, de modo que vou me socorrer do que está no inquérito”.

⁵⁷ A situação do Tribunal do Júri no Brasil é ainda mais grave. Embora a Lei n.º 11.690/08, de 9 de Junho, tenha determinado que o juiz não pode se utilizar exclusivamente de atos de investigação na fundamentação de suas decisões, observa-se que nada foi dito quanto à livre convicção dos jurados. Desta forma, de acordo com LOPES JR., Aury Celso Lima, *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, ob. cit., p. 287, “os jurados julgam por livre convencimento [imotivado], com base em qualquer elemento contido nos autos de processo (incluindo-se nele o inquérito), sem distinguir entre ato de investigação e ato de prova”. Desta forma, ignora-se a importância de se valorar no julgamento apenas atos de prova, devidamente judicializados e em atenção ao contraditório e à ampla defesa. Ainda salienta o autor que, “a situação é mais preocupante se considerarmos que na maioria dos julgamentos não é produzida prova em plenário [com exceção do interrogatório que é considerado também e prevalentemente ato de defesa], mas apenas é realizada a mera leitura de peças”. Isto leva à total ausência de originalidade do processo que repete os atos de investigação. Para piorar a decisão dos jurados é completamente ilegítima, pois carece de motivação, fazendo com que o livre convencimento torne-se íntima convicção.

física dos atos de investigação do processo. Os autos de inquérito, e até os de instrução, acabam por influenciar direta ou indiretamente a convicção do juiz⁵⁸, portanto, somente através da sua exclusão é possível evitar a condenação baseada em meros atos de investigação. É o que já acontece em outros sistemas, como *v. g.* o italiano.

Na Itália, tal como em Portugal, na fase da investigação devem ser recolhidos os elementos úteis à determinação do fato e da autoria que formam o *fascicolo delle indagini*. Este fascículo é formado por atos levados a efeito pelo Ministério Público e pela polícia, tal como no ordenamento português, qualificados como atos de investigação e que, portanto, não têm *status* de prova⁵⁹. Por isso, o seu valor probatório fica limitado, em grau de probabilidade, para justificar a necessidade ou não do recebimento da acusação na *udienza preliminare*, ou até para fundamentar eventuais medidas cautelares.

⁵⁸ Colateralmente a exclusão do inquérito e da instrução esquivaria uma das principais críticas à fase da instrução: a condenação prévia. O próprio DIAS, Jorge de Figueiredo, *O problema penal português: problemas e perspectivas*, in *Que futuro para o processo penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos de Código de Processo Penal português*, coord. Mário Ferreira Monte, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 808, há tempos defende a extinção da fase da instrução como fase processual autónoma, na medida em que serve “*como simples comprovação por um juiz de instrução da decisão do Ministério Público de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito*”. Pois isto, de acordo com o autor, causa “*um simulacro de julgamento, antecipado e provisório, inadmissível à luz dos princípios gerais e de um mínimo de eficiência, jurídica e socialmente exigíveis, do processo penal*”. E continua afirmando que a dúvida deve ser sobre como tal fase será substituída, se à maneira alemã, na qual o tribunal de julgamento decide se abre audiência ou se arquiva, ou se à maneira da *preliminary hearing* norte-americana, em que se admite um debate introdutório – aqui cumpre informar que de forma semelhante ocorre no sistema italiano com a audiência preliminar (art. 416 do Código de Processo Penal italiano), na qual ocorre o debate contraditório, admitindo-se inclusive uma sumária produção de provas. Por fim, o autor ressalta que sua posição de extinguir a fase da instrução não abrange “*os atos de inquérito que contendam diretamente com os direitos, liberdade e garantias das pessoas*”, pelo contrário, ele defende a expansão dos atos praticados pelo juiz de instrução, contidos nos art. 268 e 269 do Código de Processo Penal. Uma solução às críticas apresentadas é trazida por RODRIGUES, Anabela Miranda, *O inquérito no novo Código de Processo Penal*, in *Jornadas de direito processual penal: O novo Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra: Almedina, 1997, p. 66, quando a autora afirma que “*se se pretende continuar a falar, a seu respeito de uma magistratura autónoma [o Ministério Público] e se se obriga, ao mesmo tempo, a exercer a ação penal em função de uma investigação efetuada pelo juiz de instrução, a única solução coerente seria colocar este na completa dependência do Ministério Público: ao juiz de instrução pertenceria efetuar a instrução, mas ao Ministério Público caberia decidir, em último termo e independentemente da posição assumida pelo juiz no fim da instrução, se acusaria ou não e em que termos*”. Certamente é uma boa solução na medida em que impõe o Ministério Público como efetivo *dominus* da ação penal, mas ainda assim, não cessa a problemática da condenação prévia em caso de decisão de pronúncia, mantendo-se o ataque ao princípio da presunção de inocência do arguido.

⁵⁹ Neste sentido, PERRODET, Antoinette, *O sistema italiano*, in *Processos penais da Europa*, org. Mireille Delmas-Marty, trad. Fauzi Hassan Choukr, colab. Ana Cláudia Ferigato Choukr, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 387.

Assim, por força do princípio da oralidade e da imediação, há uma restrição dos elementos colhidos durante a investigação. Esta restrição leva à duplicação dos autos das *indagini preliminari*, seguindo para a fase de julgamento apenas parte do conteúdo dos autos originais. Salva-se o corpo de delito, as provas técnicas e as provas antecipadamente produzidas em incidente probatório – procedimento que, como vimos, tem como objetivo garantir a produção de uma prova que pode perecer⁶⁰ até a fase do julgamento.

Ocorrida a audiência preliminar e recebida a acusação, o juiz ordena que se proceda ao julgamento. Feito isso, a secretaria da Tribunal compila o *fascicolo per il dibattimento* – que são os autos a ser usados no julgamento – o qual deve conter: (a) as etapas formais para o início da persecução; (b) a constituição da parte civil; (c) os relatório das medidas que são irrepetíveis; (d) as provas antecipadamente produzidas em incidente probatório; (e) os autos elaborados pela defesa; (f) as informações úteis que assegurem o carácter do acusado; (g) o corpo de delito e os objetos com ele relacionados (art. 431 do *Codice di Procedura Penale*). Todas as demais informações são juntadas no *fascicolo del Pubblico Ministero* que é arquivado na secretaria do Ministério Público para eventuais esclarecimentos deste e da defesa (art. 433 do *Codice di Procedura Penale* e Lei n.º 397/2000, de 07 de Dezembro).

Somente o que constar dos autos do julgamento pode ser valorado como prova, mas é preciso haver uma corroboração judicial que se dá por meio do sistema de leituras realizado na audiência (art. 511, n.º 5, do *Codice di Procedura Penale*). As declarações escritas e os relatórios periciais só podem ser lidos após, respectivamente, a verificação da pessoa que prestou tais declarações e a oitiva do perito. As partes podem requerer a leitura de atos de investigação quando for impossível repetir a medida investigatória (art. 512 do *Codice di Procedura Penale*). A leitura de declarações⁶¹ e outras medidas realizadas pela polícia que se

⁶⁰ Neste sentido, PERRODET, Antoinette, *O sistema italiano*, ob. cit., pp. 392-393.

⁶¹ Informa-nos ILLUMINATI, Giulio, *El sistema acusatorio en Italia*, ob. cit., p. 153, que, excepcionalmente, “en el juicio oral, el contenido de los autos de la instrucción solo podrán ser invocados para contrastar las declaraciones prestadas en el curso del interrogatorio de los testigos, con el fin de poner de manifiesto contradicciones o variaciones respecto a lo afirmado previamente en la fase de instrucción. El juez podrá tomarlo en cuenta con el fin de valorar la credibilidad del testimonio, pero no puede conferir valor probatorio a lo declarado fuera del juicio oral, aunque haya tenido conocimiento de ello”.

encontram nos *fascicolo del Pubblico Ministero* são vetadas (art. 514, n.º 2, do *Codice di Procedura Penale*)⁶².

Com isso, podemos afirmar que a coleta de provas fica reservada à fase do *giudice del dibattimento*, na qual a atividade de investigação é realizada por via de oposição dialética⁶³ entre as partes. Reconhece-se o contraditório como meio de obtenção da verdade material⁶⁴, já que o debate em audiência é considerado o meio natural de produção das provas. A valoração das provas no ordenamento italiano também segue a livre convicção, a qual é uma regra fundamental implícita, cabendo ao julgador sopesar cada prova. E também, o fundamento da sua decisão deve ser devidamente motivado (art. 191, n.º 1, do *Codice di Procedura Penale*).

O objetivo da exclusão é conferir originalidade ao processo, tendo como consequência a não contaminação do juiz pelos elementos obtidos na investigação. Enquanto nos demais ordenamentos jurídicos a medida de exclusão dos autos e investigação – salvo as provas irrepetíveis – não ocorrer, os atos de investigação, por possuírem uma limitada eficácia probatória, não devem ser valorados na sentença e tampouco devem servir de base para a condenação, ainda que sob o manto falacioso do “cotejando com a prova judicial”⁶⁵.

Diante do exposto, passamos a investigar o fundamento do processo penal e a finalidade da investigação criminal, os quais evidenciam a necessidade da exclusão física dos autos de inquérito.

⁶² Neste sentido, PERRODET, Antoinette, *O sistema italiano*, ob. cit., pp. 396-397.

⁶³ Para ILLUMINATI, Giulio, *El sistema acusatorio en Italia*, ob. cit., pp. 150-151, “*la dialéctica entre las partes representa, al menos en el presente, un elemento esencial de la jurisdicción, al igual que la posición del juez como tercero ajeno a la controversia (terzietà). Es más, se puede afirmar que esa dialéctica sirve precisamente para garantizar la equidistancia del juez entre los intereses opuestos*”.

⁶⁴ De acordo com FERNANDES, Fernando, *O processo penal como instrumento de política criminal*, Coimbra: Almedina, 2001, p. 278, na Itália, não obstante esteja previsto que o juiz pode determinar a produção de novas provas quando encerrada a instrução, não há previsão legal expressa do dever do juiz de investigar a verdade material, exceto em casos de absoluta necessidade (art. 507 do *Codice di Procedura Penale*).

⁶⁵ Neste sentido, LOPES JR., Aury Celso Lima, *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, ob. cit., p. 288.

3 A FINALIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

3.1 O fundamento do processo penal e a finalidade da investigação criminal

Partindo dos postulados do direito penal – quais sejam, tornar viável a justiça corretiva e aplicar a pena, bem como servir de instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais a fim de evitar abusos do poder punitivo estatal, – o processo penal possui um duplo fundamento: a instrumentalidade e o garantismo⁶⁶. Estes não são esteios antagônicos, pelo contrário, são complementares, sendo na fusão de ambos que se encontra o verdadeiro fundamento da existência do processo penal: a famigerada instrumentalidade garantista.

Uma vez que o processo penal não tem como objetivo fazer justiça, mas, sim, garantir o eficaz funcionamento da justiça⁶⁷, o mesmo é considerado um instrumento. Esta instrumentalidade relacionada com o direito penal, pois este perde a sua eficácia sem a pena e esta sem processo é inconcebível, motivo pelo qual a relação entre ambos é patente⁶⁸, especialmente entre o direito penal mínimo e o processo penal garantista. Ademais, além da satisfação de uma pretensão acusatória, a instrumentalidade do processo consiste no fim constitucional-garantidor da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, pautados no valor da dignidade da pessoa humana.

O “motor de arranque”⁶⁹ do processo penal é a investigação criminal, fase preparatória na qual se reúnem os elementos necessários para se justificar ou não a

⁶⁶ Sobre o garantismo penal, vide a obra de FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid: Editorial Trotta, 1995.

⁶⁷ Neste sentido, LOPES JR., Aury Celso Lima, *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, ob. cit., p. 212; e VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Dos órgãos de polícia criminal: natureza, intervenção e cooperação*, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 96-97, ao afirmar que “a função instrumental do processo visa no fundo a realização da justiça, que pressupõe a descoberta da verdade material e o restabelecimento da paz jurídica, incidindo esta tanto no plano individual, do arguido e da vítima, como no plano mais amplo da comunidade jurídica”.

⁶⁸ Para um substantivo aprofundamento sobre a relação entre o direito penal material e seu respectivo direito processual, vide FERNANDES, Fernando, *O processo penal como instrumento de política criminal*, ob. cit., pp. 36 e ss.

⁶⁹ Expressão de VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Dos órgãos de polícia criminal: natureza, intervenção e cooperação*, ob. cit., p. 98, segundo o qual a investigação criminal pode ser considerada “um motor de arranque do processo penal, caso falhe ao iniciar a marcha poderá pôr em causa todos os direitos, liberdade e garantias do arguido, destronando o princípio da dignidade da pessoa humana, que deverá presidir qualquer processo crime”.

acusação⁷⁰, assegurando-se, assim, o não julgamento imediato⁷¹. Desta forma, na medida em que o processo serve para provar se há ou não culpabilidade, a investigação serve para provar se há ou não base para a acusação, servindo de filtro processual, já que evita acusações infundadas⁷². Isso implica que o objetivo da investigação é cumprido tanto quando se produz a acusação como quando não se produz.

Outrossim, a investigação criminal, *maxime* o inquérito, tem por finalidade comprovar “a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas”, no âmbito do processo (art. 1º da LOIC⁷³), em ordem à decisão sobre a acusação (art. 262, n.º 1, do Código de Processo Penal)⁷⁴. Significa que visa acumular elementos que indiquem a ocorrência da infracção penal e os seus autores, usualmente denominados indícios de materialidade e autoria, para formar a *opinio delicti* e fundamentar a acusação ou o arquivamento. Para além disso, toda a vez que na investigação houver a necessidade da prática de atos que violem ou ameacem direitos, liberdades e garantias, estes atos devem ser praticados ou autorizados pelo juiz de instrução, o qual verifica a legalidade e determina os limites da medida de natureza cautelar.

⁷⁰ Assumindo esta posição, CORDERO, Franco, *Procedura penale*, 7 ed., Milano: Giuffrè, 2003, ao afirmar que “*le operazioni dell’indagante servono alle scelte sul punto se agire o no*”.

⁷¹ Neste sentido, MESQUITA, Paulo Dá, *Direção do inquérito penal e garantia judiciária*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 79, defende que, se tradicionalmente a investigação criminal visava a comprovação da existência de um crime, a recolha de material probatório e a determinação de seu agente, atualmente, pretende-se a busca de elementos cruciais que possam indicar a possibilidade de arquivamento do inquérito, em caso de dispensa ou isenção de pena, a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo (arts. 280, 281 e 392 e ss, todos do Código de Processo Penal), promovendo o princípio da oportunidade.

⁷² De acordo com MOURA, José Souto de, *Inquérito e instrução*, in Jornadas de direito processual penal: O novo Código de Processo Penal, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra: Almedina, 1997, p. 84, “*a decisão de submeter ou não alguém a julgamento [também] funciona como filtro de seleção que impedirá o asoberbamento dos tribunais com casos inviáveis*”.

⁷³ Lei n. 49/2008, de 27 de Agosto – Lei de Organização de Investigação Criminal.

⁷⁴ Os dois dispositivos possuem uma redação muito semelhante, tendo o art. 1º da LOIC, o qual conceitua investigação criminal, sido praticamente copiado do art. 262, n.º 1, do Código de Processo Penal, o qual, por sua vez, defini inquérito. A diferença consiste na substituição do termo ‘inquérito’ por ‘investigação criminal’ e ‘em ordem à decisão sobre acusação’ por ‘no âmbito do processo penal’. Críticas a este fato, e outras cópias presentes na LOIC que descontextualizam os dispositivos da norma processual penal, vide MESQUITA, Paulo Dá, *Notas sobre inquérito penal, polícias e Estado de direito democrático (suscitadas por uma proposta de lei dita de organização da investigação criminal)*, in Revista do Ministério Público, ano 21, n. 82, Abr.-Jun., 2000, pp. 139 e ss. De fato, em Portugal, o conceito de investigação criminal e inquérito realmente se confundem, haja vista a complexidade da investigação criminal, já que consiste em atos de inquérito e atos de instrução. Advogamos que, apesar da estreita semelhança, o inquérito é espécie do género investigação, motivo pelo qual era merecida uma definição mais apurada por parte da LOIC.

Destarte, a investigação criminal é necessária para a proteção social, pois aponta aquele contra qual pesam as evidências do ilícito criminal, elucida os fatos circundantes, preserva provas que se perderiam com o tempo, restabelece a ordem abalada pela infracção mediante medidas assecuratórias, e ainda, preserva o investigado, uma vez que evita a repercussão negativa de um longo e demorado processo penal.

3.2 Falácia do sistema bifásico: a insuficiência da separação das funções

É sabido que as tendências do processo penal⁷⁵ moderno apontam para uma estrutura que afirma o princípio da acusação, haja vista ser o modelo acusatório⁷⁶ o que mais abarca as garantias de proteção dos direitos fundamentais do arguido. Nesta esteira, o sistema processual português⁷⁷, seguindo a regra do modelo europeu continental⁷⁸, é constitucionalmente classificado como acusatório, apesar

⁷⁵ Vide a interessante a proposta de superação da tradicional dicotomia inquisitório-acusatório trazida por WINTER, Lorena Bachmaier, *Acusatorio versus inquisitivo: reflexiones acerca del proceso penal*, in *Proceso penal y sistemas acusatorios*, coord. Lorena Bachmaier Winter, Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 11-48. Para a autora (p. 15), a tendência de “*anclar el análisis del proceso penal en la defensa del “acusatorio” quizás no contribuya a identificar con precisión cada uno de los problemas que afectan a las garantías del proceso y al funcionamiento de la justicia penal*”.

⁷⁶ De acordo com LOPES JR., Aury, *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, ob. cit., p. 58, atualmente, um sistema acusatório é um imperativo do processo penal moderno, frente à estrutura social e política do Estado. Implica num processo com evidente separação entre acusador e julgador, pertencendo a iniciativa probatória às partes, as quais têm igualdade de oportunidades no processo; o juiz é imparcial e sem qualquer atividade de investigação; os procedimentos são, via de regra, orais e com plena publicidade, com respeito ao contraditório e à ampla defesa; a sentença baseia-se no livre convencimento motivado do juiz, com respeito à coisa julgada e atendendo a critérios de segurança jurídica (e social), e ainda com possibilidade de impugnar as decisões e observância do duplo grau de jurisdição. Desta forma, garante-se que o órgão julgador não se contamine com as provas produzidas durante a investigação.

⁷⁷ De acordo com DELMAS-MARTY, Mireille, *A caminho de um modelo europeu de processo penal*, in *Revista portuguesa de ciência criminal*, ano 9, n. 2, Abr.-Jun., 1999, p. 231, Portugal foi um dos países que soube quebrar a oposição entre acusatório e inquisitório, “*ao instaurar um sistema que afirma o princípio acusatório mas que não é puramente acusatório e que também se distanciou da tradição inquisitória*”.

⁷⁸ Conforme DIAS, Jorge de Figueiredo, *O problema penal português: problemas e perspectivas*, ob. cit., p. 807, o modelo europeu continental “*possui uma estrutura basicamente acusatória integrada por um princípio subsidiário e supletivo de investigação*”, e carrega, de acordo com o autor, “*o estigma de um “inquisitório mitigado”, que lhe advém sobretudo da existência de um acusador público*” limitado aos princípios da legalidade e da objetividade, ainda que cada vez mais aceite o princípio da oportunidade do exercício da ação penal. Ainda, há o modelo proveniente dos países anglo-saxónicos, de estrutura estritamente acusatória, com o juiz no papel de árbitro de um combate entre partes com igualdade de armas e que possuem ampla disponibilidade sobre o objeto do processo, que vem admitindo cada vez mais a figura do Ministério Público autónomo e processualmente objetivo, como se observa com o *Crown Prosecution Service*.

de carregar resquícios do princípio do inquisitivo⁷⁹, entre os quais: o seguimento do inquérito com a acusação.

A separação das funções de acusar e julgar⁸⁰ foi possivelmente o traço primordial do sistema acusatório às voltas da Revolução Francesa⁸¹. Sem esta separação, seria possível o acusador pré-constituir o ato de investigação em ato de prova, função atribuída ao juiz⁸². Essa divisão de funções toma um relevo ainda maior quando tratamos do sistema de livre valoração da prova e torna-se essencial para garantir a imparcialidade do julgador⁸³.

Porém, não obstante a separação das funções seja um importante critério definidor de um ou outro sistema (acusatório ou inquisitório), atualmente, é preciso

⁷⁹ Vide VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Regime jurídico da investigação criminal*, ob. cit., pp. 27 e ss.

⁸⁰ Saliente-se que a separação se obriga entre órgão acusador e julgador. Nas palavras de DIAS, Jorge de Figueiredo, *Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal*, in *Jornadas de Direito Processual Penal: O novo Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra: Almedina, 1993, p. 23: “a estrutura acusatória que o processo penal assume por imperativo constitucional se realiza por divisão de funções processuais entre o juiz ou tribunal, de um lado, e o Ministério Público, do outro, e não por qualquer outra forma, nomeadamente por divisão entre o juiz do julgamento e o juiz de instrução”.

⁸¹ A partir desta importante revolução, deu-se início à Idade Contemporânea, marcada pelo novo sistema de acusação. Neste houve uma segregação do órgão que acusava daquele que julgava, sendo necessária a partir de então, por meio de uma investigação preliminar, uma acusação prévia – fundamental no desenvolvimento do Ministério Público. É certo que os sistemas jurídicos atuais mais evoluídos não mais adotam esses sistemas (acusatório e inquisitivo) em sentido estrito, mesclando suas características e resultando num *sistema misto*. Entretanto, até mesmo esta classificação já foi minada. Ensina-nos COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*, in *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, ano 30, n.º 30, 1998, p. 167, que não existe um sistema misto, pois “não há mais sistema processual puro [já que são modelos históricos, sem correspondência com os sistemas atuais], razão pela qual tem-se todos, como sistemas mistos. Não obstante, não é preciso grande esforço para entender que não há – e nem pode haver – um princípio misto, o que, por evidente, desfigura o dito sistema. Assim, para entendê-lo, faz mister observar o fato de que, ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro”. Ressalte-se que, de acordo com LOPES JR., Aury, *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, ob. cit., p. 60, e também RODRIGUES, Anabela Miranda, *As relações entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução criminal ou a matriz de um processo penal europeu*, in *Que futuro para o processo penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias*, por ocasião dos 20 anos de Código de Processo Penal português, coord. Mário Ferreira Monte, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 720, deve ser ressalvado o direito canônico, o qual permanece em seu estado inquisitório puro, pois assenta no intervencionismo de um “funcionário” encarregado de descobrir a verdade dos fatos que reúne para si a tarefa de investigar, acusar e julgar.

⁸² Para ILLUMINATI, Giulio, *El sistema acusatorio en Italia*, ob. cit., p. 153, “sin esa separación entre las fases de instrucción y de enjuiciamiento, el acusador se situaría en una posición en la cual podría, al margen del contradictorio, pre constituir por su cuneta la prueba que serviría para fundamentar la sentencia, transformando así la actividad dirigida a la preparación del ejercicio de la acción penal, en una actividad de determinación de los hechos, función que viene exclusivamente atribuida al juez”. No mesmo sentido, WINTER, Lorena Bachmaier, *Acusatorio versus inquisitivo: reflexiones acerca del proceso penal*, ob. cit., pp. 21 e ss.

⁸³ Neste sentido, WINTER, Lorena Bachmaier, *Acusatorio versus inquisitivo: reflexiones acerca del proceso penal*, ob. cit., p. 24.

muito mais do que a mera separação das funções para classificar um sistema processual penal. É mister analisar outras características, tais como: a iniciativa probatória, a publicidade, a oralidade, a legalidade, a motivação das decisões, a igualdade de oportunidades, etc. Especial atenção deve ser dada ao contraditório⁸⁴, já que há uma tendência para considerá-lo fundamental para a própria existência do processo enquanto estrutura dialética⁸⁵.

A história do processo penal está estreitamente relacionada com a história da redistribuição dos poderes do juiz, que inicialmente monopolizava a tramitação processual⁸⁶. Em virtude disso, Jacinto Miranda Coutinho⁸⁷ defende a necessidade de identificar o princípio unificador do sistema em apreço através da gestão da prova. Isso significa que aquele que administra a prova é que caracterizará o sistema, pois, se o processo tem como objetivo a reconstrução de um fato pretérito – o crime – por meio da recolha de provas, é a instrução probatória que determinará se o sistema é essencialmente acusatório ou inquisitório. Com isso, a gestão da prova torna-se a “espinha dorsal”⁸⁸ do processo penal.

Com efeito, no sistema inquisitório, orientado pelo princípio do inquisitivo, a gestão da prova concentra-se nas mãos do órgão julgador, que age como um juiz ator, enquanto o acusador é mero objeto de investigação. Já no sistema acusatório, regido pelo princípio do dispositivo, a gestão da prova está confiada às partes, sendo o magistrado, desta vez, mero juiz espectador, ficando garantida (e visível) a imparcialidade, a dialeticidade e a igualdade de oportunidades. Longe da colheita de

⁸⁴ Verifica-se a tendente importância a ser dada ao contraditório nas palavras de DELMAS-MARTY, Mireille, *A caminho de um modelo europeu de processo penal*, ob. cit., p. 241, ao discorrer sobre o pretense modelo europeu de processo penal: “a ideia é de que as provas serão tanto mais fortes e a verdade judicial tanto menos discutível, quanto mais lugar se tenha dado a um verdadeiro debate contraditório, arbitrado por um juiz neutro, independente e imparcial. Isto é uma razão para renunciar ao juiz de instrução e para introduzir o debate desde a fase preparatória”.

⁸⁵ De acordo com LOPES JR., Aury, *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, ob. cit., p. 76, espera-se da estrutura dialética um ambiente em que ocorra o debate com transparência e igualdade de oportunidades.

⁸⁶ Neste sentido, RODRIGUES, Anabela Miranda, *As relações entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução criminal ou a matriz de um processo penal europeu*, ob. cit., pp. 717 e ss, em especial quando a autora afirma (p. 718) que “é este núcleo transnacional da função de juiz – de garante das liberdades – que é hoje possível identificar em todas as fases do processo, mas sobretudo nas fases que antecedem o julgamento (na fase de investigação), já que aqui são susceptíveis de se verificar os mais graves ataques às liberdades das pessoas”.

⁸⁷ Vide COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*, ob. cit., pp. 165 e ss, e também o mesmo autor em *O papel do novo juiz no processo penal*, ob. cit., pp. 16 e ss.

⁸⁸ Expressão de LOPES JR., Aury, *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, ob. cit., p. 70.

provas⁸⁹, realizada pelas partes, o juiz limita-se a analisá-las, dentro da livre convicção, para aplicar o direito ao caso concreto.

Ocorre que com a importação do inquérito para o julgamento, o juiz não se mantém longe da colheita de provas. Antes pelo contrário. Logo, confunde-se com – e algumas vezes sendo, inclusive, permitido que seja – o gestor da prova, por conta do princípio da investigação, e aproximando-se do abominável sistema inquisitório. Por isso, se efetivamente se busca um processo com essência acusatória (garantista), no crivo do contraditório, é indispensável que o juiz se mantenha afastado dos elementos da investigação, sob pena de se perpetuar o sistema inquisitório e as suas mazelas, e, conseqüentemente, a democracia processual nunca ser alcançada⁹⁰.

3.3 Breve crítica ao princípio da investigação

Outra característica inquisitiva do processo penal português é a atividade de investigação realizada pelo órgão julgador, o que evidentemente não garante que o juiz não se contamine com as provas produzidas durante a investigação. Ao final do processo basta o simples discurso legitimador do julgador para imunizar a decisão, já que o juiz é o “senhor da prova”⁹¹, que busca pistas a partir da versão já pré-estabelecida que tem (ou faz) dos fatos para a construção da verdade. Contrariamente ao princípio do dispositivo, de contradição ou discussão⁹², ou da

⁸⁹ Importante ressaltar que, diferentemente do ocorrido no acusatório puro, o fato do juiz se manter afastado não implica uma inércia das partes, pois agora há uma instituição responsável pela acusação e que deve obediência ao princípio da legalidade (e oportunidade), o Ministério Público.

⁹⁰ Para COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, *O papel do novo juiz no processo penal*, ob. cit., p. 31, “enquanto as pessoas não se derem conta que a democracia processual só será alcançada (ou pelo menos estará mais próxima), quando for ele superado, avançando-se em direção da efetivação plena do contraditório, em um processo de partes que cubra toda a persecução penal e, portanto, veja excluído, no nosso caso, o inquérito policial”.

⁹¹ Expressão do COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, *O papel do novo juiz no processo penal*, ob. cit., p. 24.

⁹² De acordo com DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito processual penal*, ob. cit., pp. 188 e ss, o princípio de contradição de maneira alguma pode ser confundido com o princípio do contraditório. O processo presidido por este princípio será “antes de tudo, discussão sobre a existência ou inexistência de uma pretensão feita valer judicialmente pelo autor”. Neste tipo de processo, o juiz só pode ter em conta os fatos alegados pelas partes e o material probatório produzido por elas, sendo que só elas têm esta competência (“*judex judicare debet secundum allegata et probata partium*”). O que estiver para além disso, só pode servir para esclarecimento de um fato alegado ou para avaliação da consistência de uma prova produzida, mas nunca como fundamento autônomo de uma decisão (“*quod non est in actis non est in mundo*”). A consequência lógica disso, segundo o autor, é “recair sobre as partes todo o risco da condução do processo”, conforme o princípio da auto-responsabilidade probatória das partes.

verdade formal, predominante no processo civil, há o princípio da investigação, instrutório, inquisitório⁹³ ou da verdade material. O princípio da investigação⁹⁴ significa que recai, em última instância, ao juiz o encargo de investigar e esclarecer oficiosamente o fato delituoso⁹⁵. Trata-se, sobretudo, de posicionar o juiz perante o caso sujeito a julgamento, bem como diante das provas que por ele podem ser utilizadas na decisão. Isto porque, diferentemente do processo regido pelo dispositivo, é sobre o juiz que recai o ónus de investigar oficiosamente o fato submetido a julgamento⁹⁶.

Desta forma, no processo penal português, não há necessidade de o juiz se limitar a esperar que o convençam. Por conta dos princípios da investigação judicial e da verdade material, quer na fase de instrução, quer na de julgamento, o juiz tem poderes autónomos de investigação (arts. 289, 290 e ss e 340 do Código de Processo Penal)⁹⁷.

Todavia, o princípio da investigação remete a gestão probatória ao juiz (juiz ator), característica essencial do sistema inquisitório e que patentemente compromete a imparcialidade do juiz. Logo, a estrutura dialética do processo

⁹³ Segundo DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito processual penal*, ob. cit., pp. 192 e 196, um processo com a presença do princípio da investigação/inquisitório não implica dizer que tenham uma estrutura (necessariamente) inquisitória, como representado pelo sistema histórico. Isto “*em nada se opõe ao princípio da acusação nem sequer a uma estrutura basicamente acusatória do processo penal (...). O princípio da acusação só pode conceber-se como limite do princípio da investigação quando este se veja integrado em uma estrutura nalguma medida inquisitória do processo penal, mas já não quando, como aqui, ele se repute princípio integrante de uma estrutura basicamente acusatória e predominantemente referido à matéria das provas*”. Contrariamente, CASTANHEIRA NEVES, António, *Sumários de processo criminal (1967-1968)*, ob. cit., pp. 44-45, entende que o princípio do acusatório é uma limitação ao princípio da investigação, bem como a legalidade dos meios de prova e a exclusão do conhecimento privado do juiz.

⁹⁴ Ainda que tratando sobre o princípio do inquisitório, CASTANHEIRA NEVES, António, *Sumários de processo criminal (1967-1968)*, ob. cit., pp. 42-43, salienta que, quando se abrange com este princípio a iniciativa do Ministério Público, ele quase se confunde com o princípio da legalidade. A diferença é que enquanto “*um se refere à iniciativa relativamente ao processo em si, o outro refere-se à iniciativa relativamente ao conteúdo do processo*”.

⁹⁵ Neste sentido, SILVA, Germano Marques da, *Curso de processo penal*, vol. II, 4 ed., rev. e atual., Lisboa: Verbo, 2008, p. 127.

⁹⁶ Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito processual penal*, ob. cit., p. 192, “*a adução e o esclarecimento do material de fato não pertence aqui exclusivamente às partes, mas em último termo ao juiz: é sobre ele que recai o ónus de investigar e esclarecer oficiosamente – sc., independentemente das contribuições das partes – o fato submetido a julgamento*”.

⁹⁷ No Brasil, o juiz possui poderes instrutórios/investigatórios por conta do art. 156 do Código de Processo Penal, o qual, apesar de alterado na reforma da Lei n.º 11. 690/08, de 9 de Junho, foi substancialmente mantido (inc. II). Acrescentou-se, entretanto, a possibilidade do juiz ordenar, de ofício, “a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida” (inc. I), já no inquérito, enquanto antes só permitida durante a fase judicial. Manteve-se, assim, o debate já antigo na doutrina sobre a violação ao princípio da inércia e da iniciativa das partes, já que o juiz não deveria ser autorizado a agir sem provocação das partes.

acusatório fica ameaçada, pois os postulados do sistema acusatório implicam justamente a inatividade do juiz e a responsabilidade das partes de investigar e provar os fatos. Só assim, se cumpre o contraditório, a igualdade de oportunidades, e a imparcialidade – princípio supremo do processo⁹⁸.

A incansável busca pela verdade tem levantado grandes discussões sobre a concepção de verdade real (material) e processual (formal). O processualista Aury Lopes Jr.⁹⁹ defende que a verdade real é um mito forjado do sistema inquisitório, e que a sentença judicial não é (necessariamente) reveladora da verdade mas, sim, o ato de convicção (de crença) do juiz sobre a história do delito. Com efeito, no sistema acusatório, o juiz não precisa de buscar a verdade – motivo pelo qual não deveria ter atividade probatória de ofício –, mas apenas expor na sentença o desfecho do seu convencimento, resultante da apreciação das provas trazidas pelas partes.

Se há nos poderes autónomos de investigação do juiz um lado positivo, qual seja a possibilidade do juiz investigar a favor da defesa, na busca da melhor prestação da tutela jurisdicional – o que não ocorre no sistema acusatório anglo-saxónico –, há outros negativos. Admitindo-se o princípio da investigação, confundem-se as funções de investigação e jurisdicionais do juiz. Desta forma, regressa-se ao inquisitivo por afastar o juiz da posição de mero árbitro, sendo, por isso, constantemente afirmado que o sistema português é do tipo acusatório temperado pelo princípio de investigação.

Posicionamo-nos – ainda que sem maiores aprofundamentos – contra os poderes de investigação do juiz por tal comprometer, em nome da perigosa verdade material, a sua imparcialidade, tanto na produção probatória a favor como contra o arguido. Esta função deve ser da defesa e, principalmente, do Ministério Público, o qual deve investigar *à charge et à décharge*, já que é um órgão unicamente interessado na justa aplicação do direito e na averiguação da verdade – o que refuta o argumento de que o juiz deve ter tais poderes por ser a defesa a parte mais fraca na relação processual. Se, finda a produção de provas num processo, o juiz, em

⁹⁸ Neste sentido, LOPES JR., Aury Celso Lima, *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*, ob. cit., pp. 88 e ss.

⁹⁹ Vide LOPES JR., Aury Celso Lima, *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*, ob. cit., pp. 272 e ss.

dúvida, continuar procurando novas provas, haverá, ainda, mitigação do princípio constitucional do *in dubio pro reo* (art. 32, n.º 2, da Constituição).

CONCLUSÃO

A investigação criminal é indubitavelmente de extrema relevância para o processo penal. Ainda que não seja geradora de prova, gera atos investigatórios que servem para justificar a acusação ou o arquivamento, bem como eventuais medidas de natureza cautelar. A prova, por sua vez, deve ser produzida na fase do julgamento com a observância do devido processo legal. Ocorre que muitas vezes estes atos de investigação são utilizados para fundamentar, ainda que não exclusivamente, decisões judiciais. Isto por conta do princípio da livre convicção motivada, inerente ao sistema da prova livre, o qual permite que o órgão julgador decida com base em regras da experiência e na sua livre convicção, bastando apenas que fundamente a sua decisão.

Essa importação dos atos de investigação para o processo insurge numa fraude: a classificação de acusatório de um processo essencialmente inquisitivo, já que os seus elementos foram colhidos na inquisição do inquérito, o que causa evidentemente a contaminação das provas que serão produzidas na fase do julgamento. Entretanto, um processo acusatório, que efetivamente segue o princípio da acusação, exige mais do que a mera separação de funções. É imprescindível que se leve a cabo a finalidade da separação destas funções, qual seja, a de não contaminar as provas produzidas em juízo com os atos decorrentes da investigação.

Não se vislumbra outra possibilidade que não seja a da determinação expressa de não contato do órgão julgador com o inquisitório, porém essencial, instrumento da investigação, os autos de inquérito. Por isso, advogamos que a melhor solução para evitar a contaminação seja a exclusão física dos autos de investigação, tal como já ocorre no sistema italiano. Apenas esta medida é capaz de garantir a originalidade do material probatório – uma das principais conquistas do processo acusatório –, já que assim se garante que a convicção do órgão julgador não será formada com base em provas não judicializadas. Pois, em caso de insuficiência de prova no processo para condenar, deve-se proceder à absolvição

por *in dubio pro reo*, sob pena de as garantias do arguido serem atropeladas pela gananciosa verdade real.

É evidente que não deve haver exclusão das provas técnicas e das irrepetíveis produzidas em incidente probatório que observou os preceitos mínimos do contraditório e da defesa técnica. O que deve ser combatido são as sentenças condenatórias baseadas em elementos (atos de investigação) da fase inquisitória.

Concluimos que o sistema processual penal português, apesar de não isolar o inquérito, possui óbices contra alguns atos de investigação, especialmente as declarações, cujas leituras em audiência são proibidas. Podemos afirmar que tal medida já é um grande passo, ainda não presente no sistema brasileiro, onde a expressão “cotejando as provas do inquérito” é frequente nas decisões judiciais.

Por fim, cumpre informar que o tema merece uma pesquisa mais aprofundada, motivo pelo qual deixamos aqui apenas notas de um ensaio introdutório.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do código de processo penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3 ed., atual., Lisboa: Universidade Católica, 2008.

BELEZA, Teresa Pizarro, *Apontamentos de direito processual penal*, vol. II, Lisboa: AAFDL, 1992-1993.

CASTANHEIRA NEVES, António, *Sumários de processo criminal (1967-1968)*, Coimbra: s. ed. (datilografados por João Abrantes e policopiados), 1968.

CORDERO, Franco, *Procedura Penale*, 7 ed., Milano: Giuffrè, 2003.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, *O papel do novo juiz no processo penal*, in *Crítica à teoria geral do direito processual penal*, coord. COUTINHO, Nelson de Miranda Coutinho, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 3-55.

_____, *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*, in *Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba*, ano 30, n. 30, 1998, pp. 163-198.

DELMAS-MARTY, Mireille, *A caminho de um modelo europeu de processo penal*, in *Revista portuguesa de ciência criminal*, ano 9, n. 2, Abr.-Jun., 1999, pp. 229-243.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *O problema penal português: problemas e perspectivas*, in *Que futuro para o processo penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias*, por ocasião dos 20 anos de código de processo penal português, coord. Mário Ferreira Monte, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 805-819.

_____, *Direito processual penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1974 (reimpressão em 2004).

_____, *Sobre os sujeitos processuais no novo código de processo penal*, in *Jornadas de Direito Processual Penal: o novo código de processo penal*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra: Almedina, 1993, pp. 3-34.

FERNANDES, Fernando, *O processo penal como instrumento de política criminal*, Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid: Editorial Trotta, 1995.

ILLUMINATI, Giulio, *El sistema acusatorio en Italia*, in *Proceso penal y sistemas acusatorios*, coord. Lorena Bachmaier Winter, Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 136-160.

LOPES JR., Aury Celso Lima, *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, vol. I, 3 ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

_____, *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*, 4 ed., rev. atual. ampl., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MENDES, Paulo de Sousa, *A prova penal e as regras da experiência*, in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, org. Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa, Coimbra: Coimbra Editora, 2009-2010, pp. 997-1011.

MESQUITA, Paulo Dá, *Direção do inquérito penal e garantia judiciária*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____, *Notas sobre inquérito penal, polícias e Estado de direito democrático (suscitadas por uma proposta de lei dita de organização da investigação criminal)*, in Revista do Ministério Público, ano 21, n. 82, Abr.-Jun., 2000, pp. 137-149.

MOURA, José Souto de, *Inquérito e instrução*, in Jornadas de direito processual penal: o novo código de processo penal, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra: Almedina, 1997, pp. 83-145.

PERRODET, Antoinette, *O sistema italiano*, in Processos penais da Europa, org. Mireille Delmas-Marty, trad. Fauzi Hassan Choukr, colab. Ana Cláudia Ferigato Choukr, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RODRIGUES, Anabela Miranda, *As relações entre o Ministério Público e o juiz de instrução criminal ou a matriz de um processo penal europeu*, in Que futuro para o processo penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos de código de processo penal português, coord. Mário Ferreira Monte, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 709-724.

_____, *O inquérito no novo código de processo penal*, in Jornadas de direito processual penal: o novo código de processo penal, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra: Almedina, 1997, pp. 61-79.

SILVA DIAS, Augusto/ COSTA RAMOS, Vânia, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SILVA, Germano Marques da, *Curso de processo penal*, vol. II, 4 ed., rev. atual., Lisboa: Verbo, 2008.

_____, *Curso de processo penal*, vol. III, Lisboa: Verbo, 1994.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Dos órgãos de polícia criminal: natureza, intervenção e cooperação*, Coimbra: Almedina, 2004.

VIGLIETTA, Gianfranco, *Indagini preliminari: attività della polizia giudiziaria e del pubblico ministero*, in *Contributi allo studio del nuovo codice di procedura penale*, Milano: Giuffrè, 1989.

WINTER, Lorena Bachmaier, *Acusatorio versus inquisitivo: reflexiones acerca del proceso penal*, in *Proceso penal y sistemas acusatorios*, coord. Lorena Bachmaier Winter, Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 11-48.