

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

MARCELA VINOTTI

**A VALORAÇÃO DAS PROVAS COLHIDAS NO INQUÉRITO POLICIAL, A LEI
13.245/2016 E SUA REPERCUSSÃO**

**CURITIBA
2016**

MARCELA VINOTTI

**A VALORAÇÃO DAS PROVAS COLHIDAS NO INQUÉRITO POLICIAL, A LEI
13.245/2016 E SUA REPERCUSSÃO**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Leonardo Bechara

**CURITIBA
2016**

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCELA VINOTTI

A VALORAÇÃO DAS PROVAS COLHIDAS NO INQUÉRITO POLICIAL, A LEI
13.245/2016 E SUA REPERCUSSÃO

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: LEONARDO BECHARA

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2016.

DEDICATÓRIA

Aos mestres desta Escola que conduziram o referido Curso com brilhantismo.

AGRADECIMENTOS

Meu sincero agradecimento a todos que, de algum modo, direta ou indiretamente, contribuíram para que fosse possível a realização dessa pesquisa e a finalização deste curso.

Em especial aos meus pais, meu orientador que me conduziu da melhor maneira possível para realização deste estudo e aos meus colegas.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DOS SISTEMAS PROCESSUAIS: processo penal acusatório e inquisitório...	10
2.1 CARACTERÍSTICAS.....	10
2.2 SISTEMA BRASILEIRO.....	13
3 INQUÉRITO POLICIAL	16
3.1 INSERÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	16
3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	17
3.3 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICAS, CARACTERÍSTICAS E FINALIDADE	19
3.4 FINALIDADE.....	23
4 DAS PROVAS e DA SUA VALORAÇÃO NO INQUÉRITO	24
4.1 CONCEITO DE PROVA.....	24
4.2 PROVAS CAUTELARES, IRREPETÍVEIS E ANTECIPADA.....	28
4.3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS ÀS PROVAS.....	28
4.4 SISTEMAS DE APRECIÇÃO DAS PROVAS.....	31
4.5 DA VALORAÇÃO DAS PROVAS DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL.....	32
5 DAS INOVAÇÕES LEGISLATIVAS QUANTO A VALORAÇÃO PROBATORIA DO IP E SUA UTILIZAÇÃO NA FASE JUDICIAL DO PROCESSO PENAL	36
5.1 LEI N°13.245/16.....	36
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
REFERÊNCIAS	45

RESUMO

Este trabalho discorre acerca da valoração das provas produzidas durante o inquérito policial e sua eventual aplicabilidade na fase judicial do processo penal de modo a fundamentar uma sentença penal. O estudo apresenta uma breve explanação acerca dos sistemas processuais penais, suas características e qual destes prevalece no sistema penal brasileiro. Além disto, passa por uma breve análise do inquérito policial, de suas provas e os princípios que se aplicam a estas. Por fim, este trabalho procura apresentar as principais modificações trazidas pela Lei 13.245/16 ao sistema penal pátrio, impactando diretamente na utilização das provas produzidas durante o inquérito policial e sua possível aplicação para proferir uma sentença criminal. Esta monografia foi elaborada com uma abordagem qualitativa e com método explorativo-descritivo. Durante a preparação deste estudo, emergiram necessidades de contemplar, conceitos, características, categorizações e análise dos posicionamentos doutrinários já existentes no sistema jurídico brasileiro. Através da análise do referencial teórico apresentado insurgiram considerações que levam ao estímulo e à busca do saber confrontar doutrina já sedimentada à luz da nova Lei 13.245/16 introduzida no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Valoração das provas; Inquérito Policial; Lei n.13.245/2016;

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como foco o valor probatório das provas produzidas durante o inquérito policial para eventual sentença condenatória a ser proferida após a instrução processual. Buscou-se, por meio deste, avaliar o impacto das mudanças trazidas pela Lei 13.245/16 que alterou o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, inserindo mais prerrogativas aos advogados durante a fase policial do Processo Penal.

Iniciou-se o trabalho abordando os sistemas processuais penais sendo eles, acusatório – onde se faz a separação das funções de acusar, defender e julgar – inquisitório – onde tais funções concentram-se em uma única pessoa, que é intitulada de juiz inquisitor - e misto, que tem a primeira fase predominantemente inquisitorial, sem contraditório e a segunda fase, com caráter acusatório, onde o acusador, acusa, o réu se defende e o juiz julga.

Após esta explanação entrou-se no estudo do Inquérito Policial propriamente dito, passando por seu conceito, natureza jurídica, características e finalidade, para que embasasse o estudo sequencial das provas que são colhidas durante esta fase processual.

Na quarta parte deste trabalho acadêmico buscou-se uma breve elucidação a respeito das provas processuais, conceituando-as de forma a separa-la em cautelares, irrepetíveis e antecipada que são as que, via de regra, devem ser colhidas sem demora. Na sequencia, buscou-se realizar uma compilação dos princípios aplicáveis às provas, focando nos princípios do contraditório e da ampla defesa, que se relacionam diretamente com a nova legislação em vigor e com a discussão proposta neste trabalho acadêmico.

Ainda, dentro da quarta parte do trabalho cuidou-se de dar especial atenção ao tema da valoração das provas durante o inquérito policial. Para maioria doutrinária as provas produzidas durante a fase policial não podem ser utilizadas para eventual condenação criminal se isoladas e sem confirmação judicial. Contudo, minoria doutrinária entende que tais provas se dotadas de verossimilhança podem e devem conduzir uma sentença penal.

Tal tema, contudo, sofreu recente modificação, com a publicação da Lei 13.245/16, que inseriu no sistema processual penal uma gama maior de

prerrogativas aos advogados durante a fase de investigação policial. A quinta parte deste trabalho se preocupa em apresentar a nova legislação e suas nuances que vem sendo discutidas por juristas.

A discussão central deste trabalho reside na possível aplicabilidade dos princípios do contraditório e ampla defesa durante o processo investigativo, modificando a visão restrita da maioria doutrinária de que as provas produzidas durante a fase do inquérito policial, que antes não estavam sobre o crivo de tais princípios, possam a partir de então ser amplamente utilizadas para proferir uma sentença condenatória sem que sejam confirmadas na fase judicial do processo penal.

2. DOS SISTEMAS PROCESSUAIS

A forma como se estruturou o processo penal variou ao longo dos anos. Historicamente, existiram três grandes sistemas processuais: ACUSATÓRIO, INQUISITÓRIO E MISTO.

O sistema acusatório predominou até meados do século XII, sendo posteriormente substituído pelo sistema inquisitório. O sistema misto, nasceu com o Código Napoleônico de 1808, porém, atualmente predomina o entendimento doutrinário de que o Código Penal é inquisitório, com algumas nuances do sistema acusatório.

2.1 CARACTERÍSTICAS

a) Sistema inquisitório

O sistema inquisitório é aquele em que não há separação nas funções de acusar, defender e julgar, estando concentradas nas mãos de uma única pessoa.

Nas palavras de Aury Lopes Jr.:

é da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios no julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu.¹

Portanto, no sistema inquisitório, não há qualquer participação das partes do processo. O juiz é quem vai determinar de ofício e da forma que melhor entender o caminho que o processo seguirá, finalizando com seu julgamento, que também fica sob o crivo de uma opinião secreta e sem participação externa.

A gestão das provas também é realizada pelo juiz inquisitor, que tem total liberdade para determinar a colheita de determinados elementos informativos,

¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal** . 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 42

podendo ser realizada a qualquer tempo no processo, durante as investigações ou no curso da instrução processual.

Todas estas características do sistema inquisitorial o tornam incompatível com os princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da imparcialidade, já que temos um juiz arbitrário e que segue os próprios preceitos.

b) Sistema acusatório

Já no sistema acusatório, há uma clara distinção entre as pessoas do julgador, do acusador e defensor, ou seja, como assevera Renato Brasileiro de Lima², o processo se caracteriza como *actum trium personarum*.

A iniciativa probatória no processo inquisitivo é das partes e o juiz figura como um terceiro imparcial, deixando de se envolver com a coleta das provas, distanciando-se da fase investigativa. As partes, neste sistema processual penal, se mantêm iguais quanto a oportunidade de manifestação durante o processo.

Portanto, no processo acusatório há plena divisão entre julgador, defensor e acusador. O juiz, aqui, se presta ao papel de sentenciar o processo, que faz conforme o livre convencimento motivado do órgão jurisdicional.

Os princípios do contraditório e ampla defesa, do devido processo legal e da imparcialidade se tornam essenciais e amplamente respeitados, já que o juiz se mantém longe da produção probatória e se volta apenas ao julgamento do processo.

Nas palavras de Aury Lopes Jr.:

o processo penal acusatório, portanto, pela clara separação entre juiz e partes, que assim deve se manter ao longo de todo o processo para garantia da imparcialidade e efetivação do contraditório. A posição do julgador é fundada no *ne procedat iudex ex officio*, cabendo às partes, a iniciativa não apenas inicial, mas ao longo de toda a produção de provas.³

Nas palavras de Frederico Marques⁴:

² LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2015. p. 45.

³ LOPES JR., op. cit., p. 44.

⁴ MARQUES, José Frederico. A investigação Policial. In: _____. **Estudos de Direito Processual Penal**, 2. ed. Campinas: Millenium, 2001, p.70-71.

o que marcar, por outro lado, o sistema acusatório, é a supressão da inquisitividade na relação processual, com a inexistência dos procedimentos secretos, do procedimento *ex officio*, da desigualdade entre acusação e defesa, etc.

E continua, afirmando que o sistema acusatório é o ideal:

os atos de colaboração, entre os interessados no litígio penal e o juiz, estão subordinados a uma forma procedimental em que não se ponha em risco a imparcialidade do órgão jurisdicional e na qual o *jus puniendi* do Estado e o direito de liberdade do réu sejam amplamente focalizados e debatidos. Nisto consiste o procedimento acusatório, único *modus procedendi* compatível com o verdadeiro processo penal.⁵

c) Sistema misto

O sistema misto se caracteriza pela divisão processual: fase pré-processual, de caráter inquisitório e fase processual, de caráter acusatório.

A primeira fase – pré-processual – é caracterizada pela ausência do contraditório, já que a instrução é escrita e secreta, ficando a cargo do presidente da fase investigatória. Nesta primeira fase, a finalidade é apuração da materialidade e autoria do fato delituoso.

A segunda fase – processual – se caracteriza pelo sistema acusatório, onde as tarefas são devidamente divididas, ou seja, o órgão acusador encaminha a acusação, as partes se manifestam e o juiz julga. Nesta fase, portanto, vigoram os princípios da oralidade e da publicidade, respeitando-se o devido processo legal.

Leciona Fernando Capez: o sistema misto caracteriza por ter “uma fase inicial inquisitiva, na qual se procede a uma investigação preliminar e a uma instrução preparatória, e uma fase final, em que se procede ao julgamento com todas as garantias do processo acusatório”.⁶

⁵ MARQUES, op. cit., p.70-71.

⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 46.

2.2 SISTEMA BRASILEIRO

No Brasil, o sistema acusatório foi adotado, explicitamente, no art.129, in I da Constituição de 1988, tornando a propositura da Ação Penal Pública privativa do Ministério Público. Contudo, na doutrina contemporânea tem-se cogitado a existência do sistema misto, predominando o inquisitório na fase pré-processual e acusatório na fase processual.

Alguns poucos autores, como Aury Lopes Jr., sustentam que o sistema predominante no Brasil é o inquisitório. Em suas palavras:

Pensamos que o processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou neoinquisitório se preferirem, para descolar do modelo histórico medieval. Ainda, que se diga que o sistema brasileiro é misto, a fase processual não é acusatória, mas inquisitória ou neoinquisitória, na medida em que o princípio informador é o inquisitivo, pois a gestão da prova está nas mãos do juiz.⁷

Na mesma esteira leciona Jacinto Nelson de Miranda Coutinho⁸, saliente que o sistema adotado no Brasil é o inquisitório, em suas palavras:

O sistema processual penal brasileiro é, na essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz, o que é imprescindível para a compensação do Direito Processual Penal vigente no Brasil.

Para Paulo Rangel, contudo, vige no Brasil o sistema acusatório, nas suas palavras: “pois a função de acusar foi entregue, privativamente, a um órgão distinto: o Ministério Público, e, em casos excepcionais, ao particular.”⁹

Corroborando com o entendimento acima colocado, Fernando Capez¹⁰ afirma que o sistema vigente no país é o acusatório e, sustenta:

⁷ LOPES JR., op. cit., p. 47.

⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. Direito alternativo. *In: Seminário Nacional Sobre o Uso Alternativo do Direito*. Rio de Janeiro: ADV, p. 33-45. 1994. Apud SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo Penal: Sistemas e Princípios*. Curitiba: Juruá 2003, p. 25.

⁹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 49.

¹⁰ CAPEZ, op. cit., p. 45.

O sistema acusatório pressupõe as seguintes garantias constitucionais: da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da garantia do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário das partes (art. 5º, *caput* e I), da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e da presunção da inocência (art. 5º, LVII).

Porém, como já mencionado acima este não é o entendimento da maior parte dos juristas brasileiros, que afirmam, com categoria, que o sistema misto é o que vigora atualmente no Brasil, apesar da Constituição Federal demonstrar que é o acusatório o vigente. Assim vejamos.

Geraldo Prado afirma:

Se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a presunção de inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por juiz competente e imparcial, pois que se excluem as jurisdições de exceção, com a plenitude do que isso significa, são elementares do princípio do acusatório, chegaremos à conclusão de que, embora não o diga expressamente, a Constituição da República adotou-o. Verificando que a Carta Constitucional prevê, também, a oralidade do processo, pelo menos como regra para as infrações de menor potencial ofensivo, e a **publicidade, concluiremos que filiou-se, sem dizer, ao sistema acusatório. Porém, se notarmos o concreto estatuto jurídico dos sujeitos processuais e a dinâmica que, pelas relações jurídicas ordenadas e sucessivas, entrelaçam a todos, de acordo com as posições predominantes nos tribunais (principalmente, mas não exclusivamente no Supremo Tribunal Federal), não nos restará alternativa salvo admitir, lamentavelmente, que prevalece, o Brasil, a teoria da aparência acusatória, porque muitos dos princípios opostos ao acusatório são implementados todo dia. Tem razão o mestre Frederico Marques ao assinalar que a Constituição preconiza a adoção e efetivação do sistema acusatório. Também tem razão Hélio Tornaghi, ao acentuar que há formas inquisitórias vivendo de contrabando no processo penal brasileiro, o que melhor implica em considerá-lo, na prática, misto.** O princípio e o sistema acusatório são, por isso, pelo menos por enquanto, meras promessas, que um novo Código de Processo Penal e um novo fundo cultural, consentâneo com os princípios democráticos, devem tornar realidade.

Na mesma linha, se posiciona Guilherme de Souza Nucci¹¹, que afirma:

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: RT, 2009, p. 25.

Os princípios norteadores do sistema, advindos da Constituição Federal, possuem inspiração acusatória (ampla defesa, contraditório, publicidade, separação entre acusação e julgador, imparcialidade do juiz, presunção de inocência etc.). Porém, é patente que o corpo legislativo processual penal, estruturado pelo Código de Processo Penal e leis especiais, utilizado no dia-a-dia forense, instruindo feitos e produzindo soluções às causas, possui institutos advindos tanto do sistema acusatório quanto do sistema inquisitivo. Não há qualquer pureza na mescla dessas regras, emergindo daí o sistema misto.

Portanto, há vários posicionamentos acerca do sistema processual penal adotado contemporaneamente no Brasil, contudo, o mais acertado parece ser o misto, tendo em vista que a fase ré processual é inquisitiva e a fase processual é acusatória, interpretando-se as regras constitucionais, penais e processuais penais.

3. INQUÉRITO POLICIAL

3.1 INSERÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Desde que a humanidade passou a conviver em sociedade surgiram questões sociais, políticas, culturais, econômicas, comportamentais e criminais. O que nos interessa são as questões que envolvem os crimes que não lesionam somente os indivíduos, separadamente, mas sim a sociedade em geral.¹²

A convivência social deve ser organizada e é neste ponto que entra a figura do Estado, que tem o dever de regulamentar as relações entre os cidadãos. Quanto aos crimes, o Estado vai atuar na normatização das condutas que julgar criminosas e na prevenção e repressão dos cidadãos que infringirem tais normas.

As normas, portanto, se direcionam a regulamentação da convivência pacífica e organizada entre os cidadãos. Da mesma forma ensina Fernando da Costa Tourinho Filho:

dos bens ou interesses tutelados pelo estado (por meio de normas), uns existem cuja violação afeta sobremodo as condições de vida em sociedade. O direito à vida, à honra, à integridade física são exemplos. Tais bens e muitos outros são tutelados pelas normas penais, e sua violação é que se chama ilícito penal ou infração penal. O ilícito penal atenta, pois, contra os bens mais caros e importantes da vida social.¹³

Tais normas, consubstanciadas pelo Estado, são denominadas de direito objetivo, que traduz a vontade do Estado. Assim dispõe Júlio Fabbrini Mirabete:

Esse conjunto de normas, denominado direito objetivo, exterioriza a vontade do Estado quanto a regulamentação das relações sociais, entre indivíduos, entre organismos do Estado ou entre uns e outros. Disso resulta que é lícito um comportamento que está autorizado ou não está vedado pelas normas jurídicas(...) Mas o direito objetivo, ao mesmo tempo em que possibilita as atividades lícitas, é um sistema de limites aos poderes e faculdades do cidadão, que está obrigado pelo dever de respeito aos direitos alheios ou do

¹² JOHANN, Marcos Roberto. **O valor probatório do Inquérito Policial**. Disponível em: [http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1091/\(MONOGRAFIA%20%20VALOR%20DO%20INQU%C3%89RITO%20POLICIAL\).pdf?sequence=1](http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1091/(MONOGRAFIA%20%20VALOR%20DO%20INQU%C3%89RITO%20POLICIAL).pdf?sequence=1). Acesso em: 02 de junho de 2016.

¹³ Idem.

Estado. Quem se afasta do imperativo das regras jurídicas fica submetido à coação do Estado pelo descumprimento de seus deveres, eis que seriam inócuas as normas se não estabelecessem sanções para aqueles que as desobedecem.¹⁴

É a criação destas normas que autoriza o Estado a punir os cidadãos que as descumprem. Essa punição vem através do *jus púniendi*, que não pode ser exercida de forma arbitrária e, nesta esteira, ensina Muccio:¹⁵

Conclui-se, pois que o estado, não pode punir ao seu alvedrio, antes é necessário existir uma norma que diga constituir infração penal esta ou aquela conduta, autorizando-o a inflingir à pena àquele que a transgredir. O princípio da reserva legal – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (...) inserto na Constituição Federal (art.5, in XXXIX, reproduzido no art.1º do Código Penal, constitui a primeira limitação ao direito de punir do Estado.

A punição criminal realizada pelo Estado é feita através da persecução criminal, que se divide atualmente em dois momentos distintos: o primeiro é a fase de investigação preliminar feita através do inquérito policial; e o segundo é a fase judicial realizada pelo Ministério Público ou pela vítima.

3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INQUÉRITO POLICIAL

O inquérito policial tem como suas primeiras referências no Egito, a 4.000 a.C, onde uma só pessoa, intitulada *magiaí*, desempenhava a função de punição, repressão e proteção dos cidadãos, ou seja, exercia a função de acusador.¹⁶

Já na Grécia, era a figura do temósteta ou temosteta que levava o crime ao conhecimento da Assembleia do Povo ou ao Senador, que após o conhecimento do crime, designavam um cidadão para ser acusador.

Em Atenas, todo cidadão poderia ser acusador das infrações públicas, mas nas ações privadas a acusação seria feita pelo ofendido, pais, tutor ou senhor. Em Esparta, eram os *éforos* que tinham a função de acusar quando o próprio ofendido

¹⁴ JOHANN, op. cit., 2016.

¹⁵ Idem.

¹⁶ TOLEDO, Antônio Eufrásio de. **O valor probatório do Inquérito Policial**. Disponível em: file:///C:/Users/marcela/Downloads/185-309-1-PB.pdf. Acesso em: 10 de junho de 2016.

não o fazia. Em Roma, era de iniciativa do povo e do ofendido a função de investigar e acusar, mas nesta época, o acusado tinha também a faculdade de investigar e produzir provas. Contudo, no fim do império romano o procedimento passou a ser dos agentes públicos.¹⁷

É na Idade Média que surge o sistema inquisitorial, onde o julgador e o acusador se concentravam em uma só pessoa. Este foi o sistema utilizado pelo Tribunal do Santo Ofício ou Inquisição, tanto na Europa Meridional como nas Províncias da América e do Oriente.¹⁸

Historicamente falando, o termo inquisição refere-se a uma instituição estabelecida no seio da Igreja Católica Romana com o objetivo de eliminar as heresias, que eram toda e qualquer oposição religiosa.¹⁹

No Brasil, as ordenações do Reino tiveram aplicação assim que os Portugueses chegaram no país. As Afonsinas foram as primeiras a entrar em vigor, em 1498, onde havia o inquérito propriamente dito (uma inquirição que se exigia a presença do acusado) e a devassa (era a inquirição feita *ex-officio* e sem a presença do acusado). Os juízes nesta fase exerciam apenas a função de polícia judiciária. Na sequência, entraram em vigor as ordenações Manuelinas, em 1521, onde os processos criminais passaram a ter início pelas *querelas juradas*, por denúncias ou por inquirições devassas.²⁰

As que substituíram as Manuelinas foram as ordenações Filipinas, em 1603, onde a função de polícia era realizada gratuitamente por moradores e controladas pelos alcaides e depois pelos juízes da terra.²¹ A investigação, porém, apesar de poder ser iniciada por querela, não falava-se em Inquérito Policial, sem distinção entre polícia administrativa e polícia judiciária.²²

O inquérito policial surgiu como o conhecemos hoje com a Lei nº 2.033 de 1871, que foi regulamentada pelo Decreto-Lei nº 4.824/1871. Foi com o Código de

¹⁷ TOLEDO, op. cit., 2016.

¹⁸ Idem

¹⁹ SILVA, José Geraldo da, 2000 *apud* TOLEDO, Antônio Eufrásio de. **O valor probatório do Inquérito Policial**. Disponível em: file:///C:/Users/marcela/Downloads/185-309-1-PB.pdf. Acesso em: 10 de junho de 2016.

²⁰ SANTIN, 2001, *apud* TOLEDO, Antônio Eufrásio de. **O valor probatório do Inquérito Policial**. Disponível em: file:///C:/Users/marcela/Downloads/185-309-1-PB.pdf. Acesso em: 10 de junho de 2016.

²¹ Idem.

²² TOURINHO FILHO, 2002 *apud* TOLEDO, Antônio Eufrásio de. **O valor probatório do Inquérito Policial**. Disponível em: file:///C:/Users/marcela/Downloads/185-309-1-PB.pdf. Acesso em: 10 de junho de 2016.

Processo Penal de 1941 que a função de investigar os atos ilícitos foi conferidas as autoridades policiais.

O Inquérito se mantém no sistema penal brasileiro nos mesmos moldes, como será demonstrada a seguir.

3.3 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA, CARACTERÍSTICAS E FINALIDADE

a) Conceito

O Inquérito Policial é o procedimento através do qual apuram-se os indícios de materialidade e autoria de um delito, para que na fase judicial possa ser julgado da melhor forma possível. Trata-se de procedimento, conforme leciona Greco Filho:

Não encerra um juízo de formação de culpa ou de pronuncia, como existe em certos países qe adotam, em substituição ao inquérito, uma fase investigatória chamada de juizado de instrução, presidida por um juiz que conclui sua atividade com veredicto de possibilidade, ou não, de ação penal.²³

Não existe na legislação pátria a definição de inquérito policial, mas como bem aponta Aury Lopes Jr.:

a investigação preliminar situa-se na fase pré-processual, sendo o gênero do qual são espécies o inquérito policial, as comissões parlamentares de inquérito, as sindicâncias, etc. Constitui o conjunto de atividades desenvolvidas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime, com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal, e que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com o fim de justificar o processo ou o não processo.²⁴

²³ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva. 2013.

²⁴ LOPES JR, op. cit., p. 115/116.

Por sua vez, Gustavo Badaró ensina que: “o inquérito policial é uma atividade realizada pela Polícia Judiciária, visando à investigação de um delito e sua autoria”.²⁵

Corroborando com tais conceitos, aponta Mirabete:

Inquérito Policial é todo procedimento policial destinado a reunir os elementos necessários a apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria. Trata-se de uma instrução provisória, preparatória, informativa, em que se colhem elementos por vezes difíceis de obter na instrução jurídica, como auto de flagrante, exames periciais, etc.²⁶

Marcellus Polastri Lima ensina que: “constitui o inquérito policial procedimento escrito, inquisitivo, com o fim de apurar a existência de infração penal e sua autoria, sendo destinado imediatamente ao Ministério Público, titular privativo da ação penal pública, ou ao ofendido nos casos de ação penal privada”.²⁷

Tourinho Filho ensina que: “inquérito policial é o conjunto de diligências realizadas pela Polícia visando a investigar o fato típico e a apurar a respectiva autoria”.²⁸

Porém, como bem assevera Aury Lopes Jr. não existe uma definição legal explícita para o inquérito, devendo ser cotejada as definições dos art.4 e 6 do Código de Processo Penal, sendo: “a atividade desenvolvida pela Polícia Judicial com a finalidade de averiguar o delito e sua autoria.”²⁹

Portanto, como podemos observar, resumidamente, o inquérito Policial se presta a investigação realizada pela Polícia Judiciária para apuração de um fato criminoso.

²⁵ BADARÓ, GUSTAVO. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campus, 2014. p. 65.

²⁶ MIRABETE, 2005 *apud* CAMARGO, Felipe Feliman. **O valor probatório do inquérito policial**. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Felipe%20Feliman%20Camargo.pdf>. Acesso em: 15 de junho de 2016.

²⁷ LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 71.

²⁸ TOURINHO FILHO, 2004 *apud* CAMARGO, Felipe Feliman. **O valor probatório do inquérito policial**. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Felipe%20Feliman%20Camargo.pdf>. Acesso em: 15 de junho de 2016.

²⁹ LOPES JR, Aury. **Sistema de Investigação Preliminar no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 35.

b) Natureza Jurídica

A doutrina majoritária concorda em definir a natureza jurídica do inquérito policial como procedimento administrativo, extrajudicial, realizado pela polícia judiciária.

Aponta Aury Lopes Jr.:

Quanto a natureza jurídica do inquérito policial, vem determinada pelo sujeito e pela natureza dos atos realizados, de modo que deve ser considerado como um procedimento administrativo pré-processual. A atividade carece do mandado de uma autoridade com potestade jurisdicional e por isso não pode ser considerada como atividade judicial e tampouco processual, até porque não possui a estrutura dialética do processo.³⁰

José Frederico Marques define a natureza jurídica como: “procedimento administrativo persecutório de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal”.³¹

Na mesma esteira Mariano Siqueira afirma:

...sua função é a de colher elementos que seriam impossíveis de ser obtidos na instrução judicial, como acontece com o auto de prisão em flagrante (que pode, entretanto, também ser lavrado pelo juiz, em alguns casos, como quando ele é vítima de desacato, de desobediência, etc.), como ocorre com os exames periciais, declaração do ofendido, levantamento do local do crime, arrolamento de testemunhas, acareação entre estas, autos de reconhecimento de pessoas e coisas, etc. É, pois, uma *instrução provisória*, um procedimento destinado a apurar a existência do crime ou da contravenção e a sua autoria, e oferecer elementos para a instauração da ação penal.”³²

Tendo em vista que a função da polícia judiciária é investigar o fato delituoso, sem se prestar à atividade jurisdicional, pode-se concluir que o inquérito tem natureza de procedimento administrativo, provisório e que fornece os elementos necessários para a formação da *opinio delicti*.

³⁰ LOPES JR, **Direito**, op. cit., p. 116.

³¹ TOLEDO, Antônio Eufrásio de. **O valor probatório do Inquérito Policial**. Disponível em: file:///C:/Users/marcela/Downloads/185-309-1-PB.pdf. Acesso em: 10 de junho de 2016.

³² Idem.

c) Características

A maioria da doutrina define como características do inquérito policial:

I. Sigiloso

Determina o art.20 do Código de Processo Penal que a autoridade assegurará ao inquérito policial o sigilo necessário à elucidação do fato investigado. O sigilo do inquérito tem uma ação benéfica ao processo, com função preventiva, já que visa proteger os fatos para que sejam julgados da melhor maneira possível.

O sigilo do inquérito pode existir por duas razões: pela existência de um inconveniente na elucidação dos fatos ou por interesse da sociedade.³³ Como aponta Mirabete essa característica é essencial para que a autoridade policial possa obter êxito na realização de diligências necessárias, sem que em seu caminho surjam empecilhos para impedir ou dificultar a colheita de informações como destruição ou ocultação de provas, influencia sobre testemunhas, etc.³⁴

Contudo, o sigilo não é absoluto, ele não se estende ao Ministério Público e nem ao Judiciário. Além disso, o advogado poderá ter acesso aos autos do inquérito policial quando tiver legitimidade processual na causa. Entretanto, se decretado o sigilo judicialmente, o advogado não poderá acompanhar a realização de atos procedimentais, mas poderá manusear e consultar os autos, terminados ou em andamento.³⁵

É nesse sentido que se posicionou o Supremo Tribunal Federal, na Súmula vinculante nº14: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

Deve-se lembrar que o sigilo não é característica de todo e qualquer inquérito policial, mas é exigido nos casos previstos no art.20 do Código de Processo Penal, como já explanado anteriormente.

³³ MIRANDA, Luiz Henrique Nogueira Araujo. Disponível em: http://revistapensar.com.br/direito/pasta_upload/artigos/a209.pdf. Acesso em: 20 de maio de 2016.

³⁴ MIRABETTE, 2000 apud CAMARGO, Felipe Feliman. **O valor probatório do inquérito policial**. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Felipe%20Feliman%20Camargo.pdf>. Acesso em: 15 de junho de 2016.

³⁵ Art. 7, in XIII e XIV do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (lei 8906/94)

II. Escrito

Outra característica importante quanto ao inquérito é que ele deverá ser escrito. Isto porque as peças do inquérito são elaboradas com o fim de dar base a uma futura ação penal, devendo sempre estar norteado pela segurança jurídica.

Conforme art.9 do Código de Processo Penal: “Todas as peças do inquérito policial serão, num só processo, reduzidas a escrito ou datilografadas, e neste caso, rubricadas pela autoridade.”

III. Inquisitivo

Quanto a esta característica podemos dizer que ela se refere a forma como o inquérito é gerido, ou seja, com a concentração de poder em uma única autoridade, o delegado de polícia ou autoridade competente.

Portanto, desta característica é que se tira a afirmação de que o inquérito é um procedimento sem a presença dos princípios do contraditório e ampla defesa, atestando seu caráter inquisitorial.

Estas são as principais características do inquérito policial

3.4 FINALIDADE

Podemos definir a finalidade do inquérito como sendo a de contribuir para o convencimento do titular da ação penal quanto a deflagração ou não do processo.

Para Aury Lopes Jr., o inquérito ainda alimenta uma finalidade accidental, fornecendo lastro indiciário (justa causa) para adoção de medidas cautelares ao longo da persecução penal.³⁶

Podemos dizer que da instrumentalidade do inquérito sobressaem duas finalidades, sendo elas, a de preservar a liberdade do inocente evitando despesas desnecessárias para o Estado; e uma finalidade preparatória, fornecendo elementos e informações para que se ingresse em juízo com a certeza da decisão.

³⁶ LOPES JR, **Direito**, op. cit., p. 42.

4. DAS PROVAS E SUA VALORAÇÃO NO INQUÉRITO POLICIAL

A prova produzida durante o processo penal é de vital importância para o adequado convencimento do magistrado no momento da decisão a ser tomada, tendo em vista que o Juiz precisa ter certeza da autoria e materialidade do crime para ensejar eventual condenação.

É o inquérito policial que leva consigo os indícios de materialidade e autoria para instauração de uma Ação Penal. É ele também que produz o lastro probatório indiciário mínimo para a condenação de um sujeito.

Este capítulo irá abordar os principais meios de prova produzidos durante o inquérito policial, sua valoração e possível utilização na fase judicial do processo penal tomando como base para a sentença penal.

4.1 CONCEITO DE PROVA

Prova é todo e qualquer meio que possa ser utilizado no processo para chegar ou aproximar-se da verdade dos fatos. A palavra prova tem a mesma origem da palavra *probo* – do latim *probatio e probus* – e se traduz nas ideias de verificação, inspeção, exame, aprovação ou confirmação.³⁷

Conforme ensina Pacelli: “a prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.”³⁸

Como bem aponta Marcellus Polastri:

apesar de se denominar vulgarmente de prova os elementos colhidos em fase inquisitorial, deve-se fazer a distinção entre a fase da investigação, onde a polícia judiciária irá colher elementos probatórios contra o indiciado,

³⁷ LIMA, Renato. **Manual**, op. cit., p. 549.

³⁸ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 325.

preparando o suporte para a denúncia do promotor (ou queixa do ofendido, na ação penal privada), e a do processo (já proposta a ação penal), onde se dará a verdadeira instrução probatória, pois presente o contraditório entre as partes.³⁹

Para Vincenzo Manzini prova é: “a atividade processual imediatamente direta ao escopo de obter a certeza judicial, segundo o critério da verdade real, sobre a imputação ou outra afirmação ou negação interessante à decisão do juiz”.⁴⁰

Nas palavras de José Frederico Marques:⁴¹

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.

Capez afirma:

do latim probatio, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts.156, 2º parte, 209 e 234) e por terceiro (p. ex. peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de provar a verdade de uma alegação.⁴²

Contudo, prova pode ainda ser conceituada da forma como leciona Gustavo Badaró.⁴³

Em uma primeira aproximação, prova é tudo o que é apto a levar o conhecimento de alguma coisa a alguém. No entanto, esta é apenas uma das acepções do vocábulo prova, tanto na linguagem comum quanto no campo do direito, a palavra prova possui outros significados. É comum indicar pelo menos três deles: (1) atividade probatória; (2) meio de prova; (3) resultado probatório.

E continua:

³⁹ LIMA, Marcela. **Manual**, op. cit.

⁴⁰ TOLEDO, op. cit., 2016.

⁴¹ MARQUES, op. cit., p. 70.

⁴² CAMARGO, Felipe Feliman. **O valor probatório do inquérito policial**. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Felipe%20Feliman%20Camargo.pdf>. Acesso em: 15 de junho de 2016.

⁴³ BADARÓ, op. cit., p. 265.

Prova como **atividade probatória** significa o conjunto de atos praticados para a verificação de um fato. É a atividade desenvolvida pelas partes e, subsidiariamente, pelo juiz, na reconstrução histórica dos fatos. A prova também pode ser considerada **meio de prova**. Isto é, o instrumento por meio do qual se introduzem no processo os elementos de probatórias. É nesse sentido que se fala em prova testemunhal, prova pericial, etc.⁴⁴

E finaliza:

Finalmente, a prova pode ser identificada com o **resultado probatório**, isto é, o convencimento que os meios de prova geram no juiz e nas partes. Nesse sentido, por exemplo, o art.312 do CPP se refere à “prova da existência do crime.”⁴⁵

Como bem podemos observar a palavra prova pode ser tomada em vários sentidos, mas todos os eles nos conduzem a conclusão de que a prova em seu escopo fundamental tem o objetivo de conduzir o magistrado ao convencimento da ocorrência ou não de um fato criminoso e a quem lhe é imputada a autoria. Nesse sentido assevera Aury Lopes Jr.:⁴⁶

Nessa atividade, a instrução (preliminar ou processual) e as provas nela colhidas são fundamentais para a seleção e eleição das hipóteses históricas aventadas. As provas são os materiais que permitem a reconstrução histórica e sobre os quais reca a tarefa de verificação das hipóteses, com a finalidade de convencer o juiz (função persuasiva). (...) O conceito de prova está vinculado ao de atividade encaminhada a conseguir o convencimento psicológico do juiz.

Mirabete⁴⁷ afirma:

atendendo-se ao resultado obtido, ou ao menos tentando, “provar” é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo.

⁴⁴ BADARÓ, op. cit., p. 265.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ LOPES JUNIOR, **Direito**, op. cit., p. 353/354.

⁴⁷ MIRABETTE apud CAMARGO, Felipe Feliman. **O valor probatório do inquérito policial**. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Felipe%20Feliman%20Camargo.pdf>. Acesso em: 15 de junho de 2016.

Uma distinção importante a ser feita aqui é entre prova e elementos informativos. Para alguns doutrinadores, como Renato Brasileiro de Lima⁴⁸, a palavra prova só pode ser utilizada para se referir a elementos produzidos durante a fase judicial do processo, observados o contraditório e a ampla defesa. Já os elementos informativos seriam aqueles colhidos durante a fase policial, ou seja, durante o inquérito policial, que não seriam produzidos sob o manto do contraditório e ampla defesa. O que vem sendo discutido atualmente é se os elementos informativos produzidos durante o inquérito policial poderiam ou não ser utilizados na fase judicial do processo penal. Contudo esta questão será discutida adiante.

Importante citar que quanto ao tratamento dispensado pelo Código de Processo Penal⁴⁹, temos três artigos aplicáveis a todos os meios de prova, quais sejam:

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.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

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.

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 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.

§ 4º (VETADO)

⁴⁸ LIMA, Renato. **Manual**, op. cit., 2015.

⁴⁹ BRASIL. **Código de processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

4.2 PROVAS CAUTELARES, IRREPETÍVEIS E ANTECIPADA

Na melhor explicação, Renato Brasileiro de Lima discorre acerca destes três conceitos.⁵⁰

As provas cautelares são aquelas em que seu objeto corre eminente risco de desaparecimento com o passar do tempo. Essa modalidade de provas podem ser produzidas durante a fase de investigação ou durante a fase judicial do processo, dependendo, via de regra, de autorização judicial. Esta prova estará sobre o contraditório chamado “diferido”, que é aquele que a parte só poderá se manifestar depois de produzida, visto que este tipo de prova é *inaudita altera parte*.

As provas irrepetíveis são aquelas que, uma vez produzidas, não poderão mais ser coletadas, em virtude de seu desaparecimento, destruição ou perecimento. Em regra, não dependem de autorização, podendo ser produzidas durante a investigação policial ou durante a fase judicial do processo.

Já as provas antecipadas são aquelas produzidas em virtude de relevância e urgência. Este tipo de prova está sob o contraditório real, que é realizado em momento distinto daquele previsto em lei. Via de regra, é indispensável a autorização judicial para sua produção e podem ser produzidas na fase investigatória e judicial.

4.3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS ÀS PROVAS

Além dos princípios constitucionais aplicáveis as provas, como legalidade, moralidade, eficiência, etc, temos alguns princípios que são aplicáveis somente a esta parte do processo penal. Na sequência veremos os principais princípios, conforme leciona Renato Brasileiro de Lima.⁵¹

a) Princípio da proporcionalidade

⁵⁰ LIMA, Renato. **Manual**, op. cit. p. 551.

⁵¹ Ibid, p. 605/609.

Conforme dispõe o princípio da proporcionalidade, no processo penal, o Poder Público deverá agir moderadamente, sempre baseado na razoabilidade, de modo que, atualmente, já tem-se admitido uma sentença favorável ao réu baseado em uma prova ilícita.

b) Princípio da comunhão das provas

Este princípio diz que a partir do momento em que a prova foi produzida ela será comum a todos os envolvidos no processo. Ou seja, a prova não pertence a parte que a produziu ou ao juiz, ela poderá ser utilizada por qualquer das partes.

c) Princípio da auto responsabilidade das partes

Segundo este postulado principiológico a atividade ou inatividade das partes durante o processo é de responsabilidade apenas da parte. Ou seja, as partes assumem as consequências de seus atos.

d) Princípio da oralidade

Com esse princípio, passou-se a dar preponderância à palavra falada sobre a palavra escrita. Contudo, deve-se lembrar que a palavra escrita não deve ser excluída.

e) Princípio da identidade física do juiz

Diz o princípio da identidade física do juiz que o magistrado que preside a instrução deverá ser aquele que profere a sentença. De mesmo modo este princípio se aplica às provas, já que a colheita da prova deverá ser feita por aquele que proferir a decisão. Entretanto, este princípio não impede que determinadas provas sejam colhidas pelo delegado de polícia ou que sejam produzidas por videoconferência.

f) Princípio da liberdade probatória

Continuando a lição de Renato Brasileiro de Lima⁵², no processo penal vigora o entendimento de que é livre a colheita de provas, tanto quanto ao tema das provas, quanto ao momento de produção das provas como aos meios probatórios a serem utilizados.

Quanto ao momento em que as provas podem ser produzidas temos o art.231 do CPP que dispõe: “salvo em casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo.” Contudo há três principais exceções:

- Art.41 CPP: o rol de testemunhas deverá ser apresentado na própria peça acusatória. Quanto à defesa, o momento para apresentação será o da resposta à acusação.
- Art. 406, §2º, do CPP: na primeira fase do procedimento do júri, é vedado as partes proceder à juntada de documentos quando da apresentação de alegações finais. Essa regra foi revogada pela lei 11.689/08, onde as alegações serão orais.
- Art.479 do CPP: durante o julgamento do júri não será permitida a leitura de documento ou exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 dias úteis.

Quanto a liberdade probatória do tema a ser provado, temos que poderão ser produzidas provas sobre qualquer tema pertinente ao processo. E por fim, quanto aos meios para a produção das provas, tem-se que as provas deverão ser produzidas por meios lícitos e morais, conforme dispõe o art.332 do CPC.

g) Contraditório e ampla defesa

Esses dois princípios são muito bem estudados na parte geral dos princípios aplicáveis ao processo geral como um todo. Porém, neste tópico iremos contextualiza-los às provas. Aqui a aplicação destes princípios se torna de suma importância, já que eles vão delinear a efetiva participação do réu na formação do convencimento jurisdicional e, por consequência, na prolação de uma sentença.⁵³

⁵² LIMA, Renato. **Manual**, p. 613/614.

⁵³ JOHANN, Marcos Roberto. **O valor probatório do Inquérito Policial**. Disponível em: [http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1091/\(MONOGRAFIA%20O%20VALOR%20DO%20INQU%3%89RITO%20POLICIAL\).pdf?sequence=1](http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1091/(MONOGRAFIA%20O%20VALOR%20DO%20INQU%3%89RITO%20POLICIAL).pdf?sequence=1). Acesso em: 02 de junho de 2016.

O contraditório se consubstancia não só na garantia de participação das partes no processo, mas também na garantia à igualdade entre as partes. Já a ampla defesa se manifesta na efetiva participação do acusado durante o processo penal, com uma real contribuição no final do processo.

Como bem leciona Pacelli a ampla defesa abrange:

a defesa técnica, com a exigência de defensor devidamente habilitado nos quadros da OAB para todos os atos do processo, incluindo o interrogatório; a autodefesa, manifestada sobretudo neste último ato processual (o interrogatório); a defesa efetiva, exigindo não só a garantia de participação, mas a efetiva participação, não se admitindo a ausência de manifestação da defesa nos momentos processual mais relevantes, como é o caso das alegações finais, que já mencionamos no estudo dos princípios fundamentais.⁵⁴

Portanto, como bem pudemos observar tais princípios são os basilares para o processo penal, incluindo para a fase do inquérito policial onde são produzidas provas para motivar o livre convencimento do juiz.

4.4 SISTEMAS DE APRECIÇÃO DAS PROVAS

Como bem disserta Julio Fabrini Mirabette⁵⁵, antigamente se aplicava o sistema étnico ou pagão, em que a apreciação das provas era deixada sob o crivo do juiz, de acordo com sua experiência própria. Em seguida, vigorou o sistema religioso, invocando o julgamento divino, que era realizado através das ordálias, duelos judiciários e júizo de Deus.

Atualmente, há três principais sistemas de apreciação das provas: o da certeza moral do juiz ou da íntima convicção, o da certeza moral do legislador e da livre convicção. O da certeza moral do juiz diz que a lei não disposições sobre o valor das provas, fundando a decisão exclusivamente na certeza moral do juiz.

Já pelo sistema da certeza moral do legislador, também chamado da verdade legal, é a lei que define os preceitos estabelecadores do valor das provas, de forma que não deixa praticamente nenhuma liberdade para apreciação.

⁵⁴ PACELLI, op. cit., p. 327/328.

⁵⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.280/281.

Por fim, o sistema da livre convicção ou da verdade real ou livre convencimento, o juiz tem livre apreciação das provas, formando sua convicção. Não fica adstrito a preceitos balizadores ou qualquer outro limite na valoração.

O sistema adotado pelo Processo Penal brasileiro foi o do livre convencimento do juiz. Assim dispõe o art.157 do CPP: “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”

A exposição de motivos confirma a utilização deste sistema de valoração, assim dispondo:

Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, ex vi legis, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes nos autos, não é menos certo que não ficará subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência.

4.5 DA VALORAÇÃO DAS PROVAS DO INQUÉRITO POLICIAL

O tema valoração probatória do inquérito policial e sua eventual utilização para basear a decisão a ser tomada pelo magistrado vem sendo muito discutido durante toda a evolução do sistema processual penal brasileiro. A doutrina majoritária entende que a prova produzida no inquérito não poderia ser utilizada, já que é realizada sem o contraditório e ampla defesa. Contudo, lado outro, alguns poucos doutrinadores defendem que se o conjunto probatório for sólido e contundente poderia sim o juiz utilizar-se das provas para fundamentar sua decisão final.

Conforme dispõe o art.155 do CPP:

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.

Assim entende Gustavo Badaró:⁵⁶ “Ainda que não exista uma regra expressa de exclusão dos elementos de informação colhidos no inquérito policial, tais dados não podem, exclusivamente, servir para julgamento da causa.”

Mas contra-argumenta:

Entretanto, é preciso considerar que, na prática judiciária, as coisas se passam de forma diversa. Em um certo sentido, já se encontravam na jurisprudência o entendimento de que as informações da fase investigatória não constituem base suficiente para uma condenação, mas podem ser levadas em conta se forem “confirmadas”, ainda que parcialmente, por provas colhidas em contraditório.

Aury Lopes Jr. afirma que:

como regra geral, pode-se afirmar que o valor dos elementos colhidos no curso do inquérito policial serve para fundamentar medidas de natureza endoprocedimental (cautelares, etc) e, no momento da admissão da acusação para justificar o processo ou o não processo (arquivamento).⁵⁷

Para Marcellus Polastri Lima:

apesar de algumas provas colhidas na fase investigatória serem de grande importância e até definitivas, como é o caso do exame pericial, ou das provas técnicas, outras “provas”, que não de caráter técnico, deve ser repetidas em juízo, uma vez que na investigação não existe contraditório, e, assim, as “provas” ali colhidas não são bastantes para embasar uma decisão condenatória.⁵⁸

Já para Renato Brasileiro de Lima, o valor probatório do inquérito policial pode ser considerado como relativo, em suas palavras:

(...) deduz-se que o inquérito policial tem valor probatório relativo(...) Ao longo dos anos, sempre prevaleceu nos Tribunais o entendimento de que, de modo isolado, elementos produzidos na fase investigatória não podem servir de fundamento para um decreto condenatório, sob pena de violação ao preceito constitucional do art.5, in LV, que assegura aos acusados em geral contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes. De fato, pudesse um decreto condenatório estar lastreado única e exclusivamente em elementos informativos colhidos na fase investigatória,

⁵⁶ BADARÓ, op. cit., 2014.

⁵⁷ LOPES JR, **Direito**. op. cit., p. 353/354.

⁵⁸ LIMA, Marcellus. **Manual**. op. cit., p. 82.

sem a necessária observância do contraditório e da ampla defesa, haveria flagrante desrespeito ao preceito do art.5, LV, da Carta Magna.

Capez e Rodrigo Colnago afirmam:

Pela própria essência, o inquérito policial tem conteúdo informativo tendo por finalidade fornecer ao Ministério Público ou ao ofendido os elementos necessário para a propositura da ação penal. Todavia, tem valor probatório, embora relativo, porque os elementos de informação para proporcionar a propositura da demanda foram colhidos sem a presença do contraditório e da ampla defesa, Assim, por exemplo, a confissão extrajudicial, se confirmada por outros elementos colhidos durante a instrução processual, tem validade como elementos de convicção do juiz. Como instrução provisória, de caráter inquisitivo, o inquérito policial tem valor informativo para a instauração da competente ação penal. Entretanto, nele se realizam certas provas periciais que, embora praticadas sem a participação do indiciado, contêm em si maior dose de veracidade, visto que nelas preponderam fatores de ordem técnica que além de mais difíceis de serem deturpados, oferecem campo para uma apreciação objetiva e segura de suas conclusões. Nessas circunstâncias têm elas valor idêntico ao das provas colhidas em juízo. O conteúdo do inquérito, tendo por finalidade fornecer ao Ministério Público os elementos necessários para a propositura da ação penal, não poderá deixar de influir no espírito do juiz na formação de seu livre convencimento para o julgamento da causa, mesmo porque integra os autos do processo, podendo o juiz apoiar-se em elementos coligidos na fase extrajudicial; (...) Não se pode, porém, fundamentar uma decisão condenatória apoiada exclusivamente no inquérito policial, o que contraria o princípio constitucional do contraditório.⁵⁹

Quanto a não utilização das provas do inquérito na fase judicial afirma Rangel que:

a resposta, para nós, a esta indagação, encontra-se na própria natureza jurídica acima mencionada, bem como na essência do princípio da verdade processual, sem olvidar o sistema de provas adotado pelo Código: livre convicção. (...) é cediço que o Juiz formará sua convicção pela livre apreciação das provas (art.155 do CPP, com redação da Lei 11.690/08), não podendo ser criada nenhuma regra de imposição sobre a apuração e descoberta da verdade, senão a prevista dentro dos limites da prova (cf.arts.5, LVI, da CF c/c art.155 do CPP). Porém, a valoração dos elementos colhidos na fase do inquérito somente poderá ser feita se em conjunto com as provas colhidas no curso do processo judicial, pois, sendo o inquérito meramente, um procedimento administrativo, de características inquisitorial, tudo o que nele for apurado deve ser corroborado em juízo. O inquérito, assim, é um suporte probatório sobre o qual repousa a imputação penal feita pelo Ministério Público, mas que deve ser comprovada em juízo, sob pena de se incidir em uma das hipóteses do art.286 do CPP. (...) A lei veda, expressamente, que o juiz condene o réu com base apenas nas provas colhidas durante a fase do inquérito policial, sem que elas sejam corroboradas no curso do processo judicial, sob o crivo do contraditório pois

⁵⁹ JOHANN, op. cit., 2016.

a “instrução” policial ocorreu sem a cooperação do indiciado e, portanto, inquisitorialmente.⁶⁰

Contrariamente a este entendimento, entende Muccio que as provas podem ser utilizadas pelo Juiz. Desta forma leciona:

é comum, tanto na doutrina como na jurisprudência, sustentar que o juiz não pode condenar só com a prova do inquérito, porque nele não se observa o contraditório, pois é sigiloso e inquisitivo, postergando-se a ampla defesa, uma vez que as provas também são colhidas pela autoridade policial e não por um juiz de direito, sendo apenas de conteúdo informativo, cuja finalidade é fornecer os elementos necessários ao titular da ação penal (Ministério Público ou ofendido), para que ele possa exercê-la. (...) Adotado o princípio do livre convencimento, é evidente que o juiz pode, para firmá-lo valer-se da prova colhida no inquérito, ainda que na fase judicial não seja reproduzida.⁶¹

E continua, afirmando que as provas irrepetíveis e antecipadas poderiam ser livremente utilizadas pelo Juiz durante a ação penal, já que teria validade probante.

De todo o exposto, pode-se verificar que há ainda divergência quanto a efetiva utilização probatória do inquérito policial para a sentença a ser proferida pelo juiz durante a fase judicial. Certa parte da doutrina, sua maioria, entende que as provas não poderiam de forma alguma ser utilizadas pelo juiz, visto que não são produzidas diante do contraditório e da ampla defesa. Mas a doutrina contemporânea afirma que poderiam sim ser utilizadas, desde que em conformidade com as demais fontes probatórias do processo. E por fim, existe o posicionamento dos que afirmam que as provas poderiam ser utilizadas desde que reproduzidas em juízo ou se foram as chamadas cautelares, antecipadas e irrepetíveis.

Contudo, inovações legislativas recentes trouxeram o tema novamente a baila. É o que veremos em seguida.

⁶⁰ RANGEL, op. cit., p.75-76.

⁶¹ MUCCIO, 2009 *apud* JOHANN, Marcos Roberto. **O valor probatório do Inquérito Policial**. Disponível em: [http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1091/\(MONOGRAFIA%20O%20VALOR%20DO%20INQU%C3%89RITO%20POLICIAL\).pdf?sequence=1](http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1091/(MONOGRAFIA%20O%20VALOR%20DO%20INQU%C3%89RITO%20POLICIAL).pdf?sequence=1). Acesso em: 02 de junho de 2016.

5. DAS INOVAÇÃO LEGISLATIVA QUANTO A VALORAÇÃO PROBATORIA DO IP E SUA UTILIZAÇÃO NA FASE JUDICIAL DO PROCESSO PENAL

5.1 LEI N. 13.245/16

A Lei n.13.245 de 2016⁶² que entrou em vigor na data de 12 de janeiro de 2016, sem *vacatio legis*, dando nova redação ao Estatuto da advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), trouxe uma importante questão envolvendo as prerrogativas dos advogados, acabando por influenciar diretamente a fase de investigação policial da ação penal.⁶³

A primeira alteração trazida foi quanto à prerrogativa do advogado de agir em prol de seu cliente. Antes da alteração o estatuto da OAB previa em seu art.7º, XIV, que é direito do advogado “examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem

⁶² A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 7º

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

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

a) apresentar razões e quesitos;

b) (VETADO).

§ 10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV.

§ 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.

§ 12. A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente.” (NR).

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

⁶³ CABBET, Eduardo Luiz Santos. **Primeiros comentário à Lei 13.245/16 que altera o Estatuto da OAB e regras da investigação criminal.** Disponível em: <http://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/297111092/primeiros-comentarios-a-lei-13245-16-que-altera-o-estatuto-da-oab-e-regras-da-investigacao-criminal>. Acesso em: 02 de agosto de 2016.

procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos”

A redação anterior, portanto, falava em “repartição policial” e a “autos de flagrante” e de “inquérito” o que direcionava a interpretação de que o direito do advogado era restringido ao Inquérito Policial e os Termos Circunstanciados.

Após a alteração, passou a prever que é direito do advogado “examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir a investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, anda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital.”

Quando editado, o estatuto da OAB, de 1994, as investigações criminais no Brasil eram realizadas praticamente exclusivamente pelas Polícias. Porém, com o passar dos anos essa realidade foi se alterando e outros órgãos passaram a também realizar a investigação criminal, tais como o Ministério Público, as Comissões Parlamentares de Inquérito, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras, a Comissão de valores Mobiliários, entre outros.⁶⁴

A primeira alteração, portanto, ampliou as repartições em que o advogado poderá ter acesso às investigações.⁶⁵ Na sequência, outra alteração foi a ampliação da natureza da investigação, que anteriormente previa para os autos de flagrante e de inquérito. Portanto, diante desta alteração passa a ter o advogado acesso a investigação de “qualquer natureza”.⁶⁶

No mesmo sentido da legislação anteriormente vigente versa a Súmula Vinculante 14 do STF, sem contribuir para a solução desta regra que tanto desagrada os advogados. Assim dispõe a súmula:

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

⁶⁴ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Comentários à Lei 13.245/2016, que assegura a participação do advogado no interrogatório e nos depoimentos realizados na investigação criminal.** Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2016/01/comentarios-lei-132452016-que-assegura.html> Acesso em: 10 de agosto de 2016.

⁶⁵ FOUREAUX, Rodrigo. **A Lei 13.245/16 e suas repercussões jurídicas e práticas nas investigações.** Disponível em: <http://foureaux.jusbrasil.com.br/artigos/297102495/a-lei-13245-16-e-suas-repercussoes-juridicas-e-praticas-nas-investigacoes> Acesso em 16 de agosto de 2016.

⁶⁶ Idem.

É de se perceber que a súmula não trouxe esclarecimento algum sobre o tema, tendo em vista que se refere somente à Polícia Judiciária. Ora, sabemos que o procedimento investigatório não é realizado somente pelos órgãos policiais, fazendo-se necessária a interpretação extensiva do referido texto, que nunca foi realizada. Ademais, já decidiu o STF que é assegurado o acesso a procedimentos investigatórios de natureza criminal, em razão do termo “polícia judiciária”, que é a responsável por conduzir os inquéritos policiais.⁶⁷

Outro problema que pode ser apontado pela Súmula Vinculante 14 do STF é o fato de usar a expressão “competência” junto a “polícia judiciária”. Ocorre que, a junção destas expressões está errada, tendo em vista que a polícia judiciária tem apenas atribuições e não competência de fato. Sobre o tema ensina Mirabette e Fabbrini: “Ressalve-se que a palavra ‘competência’ é empregada, na hipótese, em sentido amplo, como ‘atribuição’ a um funcionário público para suas funções”

Importante salientar que a criação da súmula veio para dirimir a controvérsia a respeito de poder ou não o advogado acompanhar o que acontece durante a investigação policial, mas que acabou por não esclarecer quaisquer dúvidas a esse respeito.

Como bem aponta XXX: “o ideal é que a Súmula seja revista, observado o art.103-A da CRFB/88, e passe a ter a seguinte redação: “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por qualquer instituição, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”⁶⁸

Já a nova legislação deixa de restringir o acesso do advogado aos autos somente nas repartições policiais, já que há em sua redação as palavras “investigação de qualquer natureza” e “qualquer instituição responsável”.

O termo “investigação de qualquer natureza” abrange o Inquérito Policial Civil, Federal, Militar, os PICs do MP, Termos Circunstanciados e qualquer espécie de investigação, como um Processo Administrativo, uma Sindicância, uma Apuração Preliminar, ou qualquer outra. Ou seja, esta prerrogativa não se restringe as investigações criminais apenas.

⁶⁷ FOUREAUX, op.cit. 2016.

⁶⁸ Idem.

Nota-se que a previsão legal “em qualquer instituição responsável por conduzir a investigação” não diferenciou a natureza jurídica da “instituição”, o que, segundo XXXX deve abranger as instituições privadas, como as Universidades, quando, por exemplo, um aluno sofrer processo administrativo.⁶⁹

Outra mudança importante é a em que se estabelece a tomada de apontamentos e consulta que pode ser realizada por meio físico ou digital, podendo, por exemplo, fotografar os autos através de um celular. Este foi um importante avanço, tendo em vista a evolução muito rápida da tecnologia, inserindo-a também no mundo jurídico.

Sempre houve muita divergência entre os advogados e delegados de polícia a respeito da participação dos advogados durante o interrogatório ou o depoimento de testemunhas. Por muito tempo foi negado aos advogados participar de tais atos, sob a justificativa de que não existia previsão legislativa. Ou ainda, se era permitido o acompanhamento era negada a efetiva participação, sem que pudessem formular perguntas e requerimentos. Foi diante destes fatos que se concretizou a alteração seguinte.⁷⁰

O inciso XXI do art.7 agora estabelece a possibilidade de assistência por advogado dos investigados durante a apuração das infrações. A ausência da assistência conduzirá a nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e dos atos subsequentes, decorrentes ou derivados direta ou indiretamente. Contudo, se o investigado não indicar um advogado isto não será um óbice ao seu depoimento ou interrogatório, assim como afirma Eduardo Cabbett⁷¹:

Muitas vezes o preso, investigado ou interrogado se apresenta sem advogado e não indica nenhum. Sua oitiva ou interrogatório poderá ser feita sem maiores óbices. Trata-se de um direito que pode ou não ser exercido nessa fase. O próprio advogado, comunicado da prisão, por exemplo, pode optar por não fazer o acompanhamento nesse primeiro momento, seguindo os trabalhos. O dispositivo não impõe em momento algum a “obrigatoriedade” da presença do advogado, mas confere ao profissional uma prerrogativa direta e ao cliente um direito de assistência, o que, aliás, já estava inscrito em forma de cláusula pétrea na [Constituição Federal](#) há tempos, conforme já demonstrado. A presença do advogado

⁶⁹ FOUREAUX, op.cit. 2016.

⁷⁰ CAVALCANTE, op. cit., 2016.

⁷¹ CABBET, op. cit., 2016.

somente se torna obrigatória, sob pena de nulidade absoluta e eventual Abuso de Autoridade, quando o profissional se apresenta e pretende exercer essa prerrogativa, bem como o preso exige o cumprimento desse direito (ainda disponível nessa fase).

Portanto, a ausência do advogado só irá conduzir a nulidade do atos e de seus atos decorrentes ou consequentes quando requisitado pelo investigado a presença de um defensor e esta lhe for negada ou não concedida.

Outra inovação trazida foi a possibilidade de formulação de razões e quesitos no curso da investigação. Temos que lembrar que essa redação da nova lei não fez o inquérito policial deixar de ser inquisitivo, pois não estabeleceu uma obrigação, mas sim uma prerrogativa do advogado, que pode ou não apresentar razões ou quesitos se assim achar conveniente para a defesa de seu cliente. Nesse sentido dispõe Eduardo Cabbet:

Na verdade, novamente, a lei não impôs uma obrigação e sim estabeleceu uma prerrogativa do defensor que poderá, acompanhando o Inquérito, por exemplo, ofertar razões em seu bojo ou quesitar em perícias. Isso praticamente já estava disposto no artigo 14, [CPP](#), quando estabelece que o defensor ou o imputado pode requerer diligências. Apenas agora, não será dado à Autoridade Policial indeferir a juntada de razões elaboradas pelo causídico ou seus quesitos na perícia, porque são prerrogativa sua, legalmente determinada. Inclusive, em havendo requerimento prévio do defensor para esse fim, então deverá obrigatoriamente a Autoridade responsável pela investigação notificá-lo para apresentação de razões ou quesitos quando de perícia.

Quanto ao prazo para apresentação das razões e quesitos temos que a lei não trouxe nada determinado, mas isso se torna relevante quando há a solicitação do defensor para exercer essa prerrogativa agora devidamente normatizada. Sabe-se que quando uma legislação específica deixa lacuna ela deverá ser preenchida pela lei geral, no caso o Código de Processo Penal. Portanto, analogicamente aplica-se o prazo de 10 dias, conforme dispõe o art. 159, §5º, in I, do CPP.

No projeto de lei 78/15 (nova Lei n. 13.245/16) original também havia sido incluída a alínea “b”, inciso XXI do art.7º onde estava estabelecido que o defensor poderia “requisitar” diligências à Autoridade Policial ou qualquer outra incumbida da investigação preliminar. Esta alínea foi vetada devido ao princípio da “paridade de armas”, visto que o Ministério Público, parte acusatória da Ação Penal, não tem a prerrogativa de requisitar diligências diretamente à autoridade policial. O que o

Ministério Público está apto a realizar é o requerimento ao Juiz e este sim requisitar a diligencia a autoridade investigatória.

Conforme dispõe o art.7, in XIV, do Estatuto da OAB o acesso aos autos de investigação é garantido ao advogado independentemente de procuração. Entretanto a exceção é feita quando aos autos sujeitos a sigilo, nos quais será necessário procuração para acesso.

Convém salientar que o sigilo não pode ser decretado por qualquer autoridade, apenas por determinação judicial. O que é dado a autoridade policial, administrativa, ministerial ou judicial é fazer a requisição para decretação de sigilo ao juiz e este, por conseguinte, analisará se é necessário ou não. O sigilo tem natureza excepcional e está legalmente normatizado nos arts.5º, LX e 93, IX, da CF e art.792, §1º do CPP. Portanto, o sigilo é sempre externo, ou seja, para as partes não há mais sigilo, já que os advogados podem ter acesso aos autos por procuração juntada a inquisição.

A título de complementação temos que o art.13, in II da Resolução 13/2006 – CNMP fica derogado com a nova redação do inciso XIV. Este dispositivo exige que o advogado tenha poderes específicos para ter acesso aos autos. Contudo, como determinado pela nova legislação isto não se faz mais necessário, salvo nos casos de sigilo.⁷²

A Lei 13.245/16 ainda, incluiu o §12, no art. 7 da Lei 8.906/94, prevendo que: “A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por aviso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente.

Portanto, caso haja a negativa do acesso aos autos, o fornecimento incompleto ou a retirada de peças, com intuito de prejudicar a defesa será configurado o crime de abuso de autoridade, podendo a autoridade ser responsabilizada disciplinarmente por improbidade administrativa.

⁷² CAVALCANTE, op. cit., 2016.

Quanto a característica da inquisitorialidade do inquérito, para alguns juristas ela deixa de existir, porém, em outra visão ele continuará inquisitivo.

Aury Lopes Jr. afirma:

E o inquérito? Como sói ocorrer na maior parte dos sistemas de investigação preliminar, continua sendo inquisitório, pois incumbe ao delegado (ou MP para os que assim pensam) presidir o procedimento, praticar atos de investigação e também decidir nos limites legais, respeitando a reserva de jurisdição.

Sim, o delegado (ou o MP nos países que adotam esse modelo) toma diversas decisões ao longo da investigação e ele mesmo realiza os atos de investigação, acumulando papéis. Nada anormal nisso em se tratando de investigação preliminar.

Portanto, o fato de ampliarmos a presença do advogado, fortalecendo a defesa e o contraditório (no seu primeiro momento segundo a concepção de Fazzalari, que é o da informação, esclareço antes de ser criticado) não retira o caráter inquisitório do inquérito!

Como muito poderíamos falar em mitigação (mas não me parece plenamente correto), considerando que publicidade/segredo, defesa/ausência, contraditório ou não, são elementos satelitários que orbitam em torno do núcleo fundante (gestão/iniciativa da prova). Não são eles que fundam o sistema, pois são elementos secundários que - em tese - podem se unir a um núcleo ou a outro. (destaquei)

Esta é somente uma opinião acerca do inquérito continuar sendo inquisitivo, mas é neste sentido que concorda doutrina majoritária. Isso porque o caráter inquisitivo, apesar de ter as prerrogativas dos advogados ampliadas, continua presente, tendo como condutor e executor dos atos do inquérito em uma pessoa só, a autoridade que preside o procedimento investigativo.

Já quanto a possibilidade de condenação do juiz com base nos elementos probatórios produzidos durante o inquérito temos que só pode ser dirimida esta controvérsia quando observados o contraditório e a ampla defesa.

Com base na previsão legal do art.155 do CP, que diz que o juiz deverá formar sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, temos que as provas produzidas durante o inquérito, excepcionando as cautelares e irrepeteveis, não poderão servir para uma eventual condenação criminal, visto que não analisadas pelo crivo do contraditório e da ampla defesa.

Leciona Afanio Silva Jardim:⁷³

⁷³ JARDIM, Afrânio Silva *apud* FOUREAUX, Rodrigo. A Lei 13.245/16 e suas repercussões jurídicas e práticas nas investigações. Disponível em: <http://foureaux.jusbrasil.com.br/artigos/297102495/a-lei-13245-16-e-suas-repercussoes-juridicas-e-praticas-nas-investigacoes> Acesso em 16 de agosto de 2016.

(...) se o inquérito vier a ser contraditório, passa a ser uma primeira fase do processo penal (processo é todo procedimento desenvolvido em contraditório - Fazallari). Assim, a prova ali produzida poderia lastrear um juízo condenatório. O que pode parecer liberal, na verdade, de liberal não tem nada. O nosso sistema processual penal restaria totalmente descaracterizado e esta primeira fase do processo seria instaurada sem qualquer lastro probatório mínimo. O delegado de polícia iria desempenhar a dupla função, substituindo o Ministério Público e o juiz, ao presidir verdadeiras audiências instrutórias. Patente inconstitucionalidade. O sistema acusatório exige que o processo seja instaurado por ação da parte e esta acusação tem de encontrar arrimo em prova mínima colhida unilateralmente pelo Estado.

Portando, apesar de inegável avanço legislativo no sentido de dar ao inquérito mais contraditório e mais ampla defesa, não se pode dizer que só pela participação maior do advogado teria se tornado uma fonte de provas seguras para embasar uma sentença criminal.

O que ocorre com esta nova mudança legislativa é a ampliação e explicitação das prerrogativas do defensor na fase inquisitiva. O exercício de defesa na fase de persecução criminal que antes era parcial, agora está mais abrangente. Contudo, desta expansão do direito de defesa a tornar-se a investigação um procedimento com contraditório e ampla defesa vai um longo caminho a percorrer.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há muito tem sido alvo de discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade de utilização das provas produzidas durante o inquérito policial na fase judicial do processo penal para prolação de uma sentença criminal. Percebe-se, portanto, que tal discussão tem enorme relevância, já que uma sentença criminal para que seja proferida com justiça deverá se basear nas provas carreadas nos autos.

Tal discussão remonta a análise dos sistemas processuais penais existentes no mundo jurídico. Se o sistema é inquisitório se fazem ausentes o contraditório e a ampla defesa, tornado as provas produzidas sobre este sistema fracas acerca da verdade. Por outro lado, quando o sistema é acusatório há a aplicabilidade dos princípios do contraditório e ampla defesa, ensejando maior veracidade as provas obtidas por este meio. A melhor doutrina explica que o sistema brasileiro é parte inquisitório, durante a fase do inquérito policial, e parte acusatório, que se aplica a fase judicial do processo penal.

A implicação prática do sistema brasileiro é a ausência do contraditório e ampla defesa durante o Inquérito Policial, mas sua presença na fase judicial, proporcionando maior veracidade às provas produzidas durante a segunda fase. O entendimento majoritário sempre foi o de que, de modo isolado, elementos produzidos na fase investigativa não podem servir de fundamento para um decreto condenatório sob pena de violação do art.5, in LV, da CF. Contudo, tais elementos poderiam ser utilizados de forma subsidiária, completando a prova produzida em juízo sob o crivo do contraditório e ampla defesa.

Com o surgimento da Lei 13.245/2016 passou-se a questionar se as prerrogativas fornecidas aos advogados para atuação durante o inquérito fariam com este se revestisse de contraditório e ampla defesa, aumentando, conseqüentemente, a veracidade e confiança nas provas produzidas durante esta fase processual.

Contudo, não se pode revestir o inquérito policial de contraditório e ampla defesa apenas pelo fato dos advogados terem maiores prerrogativas. Isto porque o que esta nova Lei fez foi apenas ampliar e explicitar as prerrogativas dos advogados, sem que a fase policial deixe de ser inquisitiva.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, GUSTAVO. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campus, 2014.

BRASIL. **Código de processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

CABBET, Eduardo Luiz Santos. **Primeiros comentários à Lei 13.245/16 que altera o Estatuto da OAB e regras da investigação criminal**. Disponível em: <http://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/297111092/primeiros-comentarios-a-lei-13245-16-que-altera-o-estatuto-da-oab-e-regras-da-investigacao-criminal>. Acesso em: 02 de agosto de 2016.

CAMARGO, Felipe Feliman. **O valor probatório do inquérito policial**. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Felipe%20Feliman%20Camargo.pdf>. Acesso em: 15 de junho de 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Comentários à Lei 13.245/2016, que assegura a participação do advogado no interrogatório e nos depoimentos realizados na investigação criminal**. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2016/01/comentarios-lei-132452016-que-assegura.html> Acesso em: 10 de agosto de 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. Direito alternativo. *In: Seminário Nacional Sobre o Uso Alternativo do Direito*. Rio de Janeiro: ADV, p. 33-45. 1994. Apud SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo Penal: Sistemas e Princípios**. Curitiba: Juruá 2003.

FOUREAUX, Rodrigo. **A Lei 13.245/16 e suas repercussões jurídicas e práticas nas investigações**. Disponível em: <http://foureaux.jusbrasil.com.br/artigos/297102495/a-lei-13245-16-e-suas-repercussoes-juridicas-e-praticas-nas-investigacoes> Acesso em 16 de agosto de 2016.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva. 2013.

JOHANN, Marcos Roberto. **O valor probatório do Inquérito Policial**. Disponível em: [http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1091/\(MONOGRAFIA%20O%20VALOR%20DO%20INQU%20C3%89RITO%20POLICIAL\).pdf?sequence=1](http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1091/(MONOGRAFIA%20O%20VALOR%20DO%20INQU%20C3%89RITO%20POLICIAL).pdf?sequence=1). Acesso em: 02 de junho de 2016.

LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2015.

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

LOPES JR, Aury. **Sistema de Investigação Preliminar no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARQUES, José Frederico. A investigação Policial. In: _____. **Estudos de Direito Processual Penal**, 2. ed. Campinas: Millenium, 2001.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRANDA, Luiz Henrique Nogueira Araujo. Disponível em: http://revistapensar.com.br/direito/pasta_upload/artigos/a209.pdf. Acesso em: 20 de maio de 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: RT, 2009.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

TOLEDO, Antônio Eufrásio de. **O valor probatório do Inquérito Policial**. Disponível em: <file:///C:/Users/marcela/Downloads/185-309-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 de junho de 2016.