



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
CURSO DE DIREITO
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA E PESQUISA**

FERNANDA REIS CARVALHO

**A MENÇÃO AOS ATOS DO INQUÉRITO POLICIAL E A NULIDADE
DO JULGAMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI**

BRASÍLIA

2012

FERNANDA REIS CARVALHO

**A MENÇÃO AOS ATOS DO INQUÉRITO POLICIAL E A
NULIDADE DO JULGAMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI**

Projeto de pesquisa para elaboração de monografia no curso de graduação em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do UniCeub.

Orientador: Marcus Vinicius Reis Bastos.

BRASÍLIA

2012

Carvalho, Fernanda R.

A menção aos atos do inquérito policial e a nulidade do julgamento do Tribunal do Júri. Brasília: A autora, 2012.

60 fls.

Monografia apresentada ao Centro Universitário de Brasília - UNICEUB como requisito de conclusão do curso de bacharelado em Direito.

Orientador: Marcus Vinicius Reis Bastos.

Dedico este trabalho à minha mãe Lelian, que me ensinou a lutar e jamais desistir dos meus sonhos, ao meu pai Elmar, que não dispensou esforços para proporcionar aos filhos o que não teve, ao meu irmão Felipe, por toda paciência e amor, jamais dispensados, e ao meu lindo Rodrigo, por toda compreensão e companheirismo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, ele sabe o porquê.

Agradeço à um anjo, que hoje não está mais entre nós, este anjo que sempre acreditou em mim e que está em festa, minha tinha avó Geralda.

Também agradeço à minha vovó Zamita, que me incentivou nos estudos.

Agradeço aos meus pais, por me ensinarem a lutar, sem desistir, por me guiarem na fé e me levantarem nos momentos de quedas.

Ao meu orgulho, amigo e irmão Felipe.

Ao Rodrigo, que é uma pessoa linda, compreensiva e companheira, que Deus colocou na minha vida.

A todos os meus amigos que estiveram comigo por esses anos, em especial àqueles da Turma B.

Agradeço à um pai que escolhi, que é meu exemplo e meu mestre, Raul Livino.

E por último, agradeço à outro mestre pela sua paciência e compreensão, que, com enorme saber ensina a todos que o cercam, professor e orientador Marcus Vinícius dos Reis Bastos.

Talvez eu não tenha conseguido fazer o melhor, mas lutei para que o melhor fosse feito. Não sou o que deveria ser, mas graças a Deus, não sou o que era antes.

(Martin Luther King)

RESUMO

O presente trabalho enfrenta a questão do desentranhamento do inquérito policial dos autos do processo no momento da pronúncia, ressalvadas as provas antecipadas e irrepetíveis e a proibição da menção a tais elementos, ante o princípio da íntima convicção dos jurados e a ausência de motivação, com a conseqüente impossibilidade de controle quanto à observância das limitações constitucionais ao exercício da pretensão punitiva. Inquire-se sobre a importância de se impedir que a decisão dos jurados seja baseada nos elementos de convicção colhidos na fase inquisitiva e não submetidos ao contraditório judicial

Palavra-chave: Processo penal; Júri; Prova; Contraditório.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. SISTEMA ACUSATÓRIO E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	11
1.1. SISTEMA ACUSATÓRIO	11
1.1.1. <i>CARACTERÍSTICAS DO SISTEMA ACUSATÓRIO</i>	14
1.2. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.....	15
1.2.1. <i>CARACTERÍSTICAS DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR</i>	16
1.2.2. <i>VALOR PROBATÓRIO DOS ELEMENTOS COLHIDOS NA INVESTIGAÇÃO</i>	17
2. DA PROVA EM PROCESSO PENAL	22
2.1. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO TRIBUNAL DO JÚRI.....	22
2.1.1. <i>Do CONTRADITÓRIO</i>	22
2.1.2. <i>DA PLENITUDE DE DEFESA</i>	23
2.1.3. <i>DA PUBLICIDADE</i>	24
2.1.4. <i>DA INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA</i>	26
2.1.5. <i>SOBERANIA DOS VOTOS DOS VEREDICTOS</i>	29
2.1.6. <i>Do SIGILO DAS VOTAÇÕES</i>	31
2.2. PRINCÍPIO DA LIVRE PERSUAÇÃO RACIONAL OU DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JULGADOR.....	33
2.3. FORMAS DE CONTROLE DOS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO DO JUIZ.....	36
3. A PROVA NO TRIBUNAL DO JÚRI	40
3.1. DA ÍNTIMA CONVICÇÃO IMOTIVADA DOS JURADOS.....	40
3.2. PROIBIÇÃO DA UTILIZAÇÃO DOS ELEMENTOS COLHIDOS NO INQUÉRITO PARA CONDENAÇÃO	43
3.3. MECANISMOS DE CONTROLE DO RESPEITO ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO TRIBUNAL DO JÚRI.....	46
3.4. SOLUÇÃO PARA O RESPEITO ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO TRIBUNAL DO JÚRI	48
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o problema de o inquérito policial compor os autos do processo e a possibilidade de os jurados serem influenciados a condenar com base nos elementos obtidos por meio do sistema inquisitivo, bem como a impossibilidade de controle a respeito do que os influenciou na condenação, ante o sistema da íntima convicção imotivada.

O tema é de extrema relevância, pois, ao mesmo tempo em que a Constituição fixa a competência do Tribunal do Júri para os crimes dolosos contra a vida, bem como a soberania dos veredictos e o sigilo das votações, ela garante a todos os acusados o direito ao contraditório, à ampla defesa, à prova judicializada, às decisões motivadas, à publicidade dos atos processuais, entre outras garantias.

No primeiro capítulo, são demonstrados os princípios e características do sistema acusatório, sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, bem como as peculiaridades da investigação preliminar, seu conceito, valor probatório e finalidade.

Para melhor compreensão de todo o procedimento do Tribunal do Júri, no segundo capítulo é explanado os princípios aplicáveis aos processos penais como um todo, em especial os da competência do júri popular, isto é, aqueles disciplinados no artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal.

Também é abordado, nesse capítulo, o princípio do livre convencimento motivado do julgador, conforme o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e as formas de controle do que induziu o juiz à proferir determinada decisão.

Constata-se que é através da necessária motivação que será possível analisar-se eventual parcialidade do julgador, bem como o cumprimento das garantias fundamentais, tais como o contraditório, ampla defesa, presunção de inocência.

No terceiro e último capítulo, é abordado o princípio da íntima convicção aplicável ao Tribunal do Júri, a ausência de fundamentação, bem como a proibição, no ordenamento jurídico brasileiro, de condenar-se com base nos atos de investigação, ante o direito à prova judicializada.

Chega-se à conclusão de que nos crimes de competência do Tribunal do Júri, como não há motivação da decisão dos jurados como há para o juiz togado, nos crimes comuns, é

impossível ser feito um controle a respeito do que induziu o jurado a condenar. Portanto, o acusado submetido a julgamento pelo júri popular jamais saberá se o que levou-o à condenação foi uma prova legal, ou não.

Ante esta dúvida e total ausência de conhecimento técnico dos jurados, mostra-se necessária uma reforma processual, no sentido de garantir que o acusado submetido a júri popular não venha a ser condenado com base nos atos do inquérito ou prova ilícita.

Dessa forma, argumenta-se como solução o desentranhamento do inquérito policial dos autos do processo, ressaltando-se as provas antecipadas e irrepetíveis, eis que somente assim poderá ser assegurado que o juiz leigo não venha a ser influenciado por uma prova ilegal e contrária aos ditames constitucionais.

1. SISTEMA ACUSATÓRIO E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

1.1. SISTEMA ACUSATÓRIO

Não é pacífico o entendimento, quando se trata da classificação do sistema processual penal brasileiro. Alguns juristas afirmam que com o advento da Constituição Federal de 1988, o processo penal brasileiro se classifica como acusatório, portanto, as funções de investigar, acusar e julgar não se concentram na mesma pessoa ou órgão.

Por outro lado, outros doutrinadores ousam discordar desse posicionamento, afirmando que, em razão de todo o contexto da legislação infraconstitucional, não há falar-se em sistema acusatório puro no sistema processual penal brasileiro¹.

Comungo deste posicionamento. Em nosso ordenamento, há, na verdade, um sistema acusatório misto ou, como dizem, sistema acusatório formal, pois devemos fazer uma análise técnica, isto é, não podemos nos esquecer que além do âmbito constitucional há também o processual.

Se aplicasse, na prática forense, apenas a Constituição aí sim poderíamos falar em sistema acusatório puro, todavia, sabemos que os princípios constitucionais regentes do sistema acusatório não são aplicados de maneira absoluta, sendo, na maioria das vezes, mitigados pelo julgador ao fazer a junção da Constituição com as demais leis processuais penais.

A respeito desse tema, aduz o professor Guilherme de Souza Nucci²:

“o sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Registremos desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimentos, recursos, provas, etc.) é regido por Código Específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva.

¹ NASCIMENTO, Augusto G. A. **Processo Penal Brasileiro: Sistema Acusatório Ou Inquisitivo Garantista?** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2690&revista_caderno=22> Acesso em 20 maio 2012.

² NUCCI, Guilherme S. **Manual De Processo Penal E Execução Penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 104-105.

Logo, não há como negar que o encontro dos dois lados da moeda (Constituição e CPP) resultou no hibridismo que temos hoje. (...) É certo que muitos processualistas sustentam que o nosso sistema é o acusatório. Mas baseiam-se exclusivamente nos princípios constitucionais vigentes (contraditório, separação entre acusação e órgão julgador, publicidade, ampla defesa, presunção de inocência etc.). Entretanto, olvida-se, nessa análise, o disposto no Código de Processo Penal, que prevê a colheita inicial da prova através do inquérito policial, presidido por um bacharel em Direito, que é o delegado, com todos os requisitos do sistema inquisitivo (sigilo, ausência de contraditório e ampla defesa, procedimento eminentemente escrito, impossibilidade de recusa do condutor da investigação etc.) (...)"

Como aduz o autor citado, aquele que classifica nosso sistema como o acusatório, passa ao largo de o juiz poder produzir prova de ofício, decretar prisão de ofício, e ainda, de utilizar elementos colhidos na fase inquisitorial, sem respeito ao contraditório e as demais garantias constitucionais, a fim de formar sua convicção.

Neste ponto, se realmente o inquérito fosse destinado à *opino delicti*, não haveria razão de integrar os autos do processo, permitindo ao magistrado que dele possa se valer para condenar.

Portanto, os doutrinadores que afirmam ser o nosso sistema o acusatório, baseiam-se, exclusivamente, nos princípios constitucionais vigentes, os quais, na prática, ao serem interpretados junto às leis processuais penais, são mitigados, quando não são ignorados.

Desta forma, como os atos de investigação fazem parte dos autos do processo, podendo, inclusive, serem utilizados para condenar, conclui-se que vigora em nosso ordenamento o sistema acusatório misto e não o absoluto.

Na mesma linha do posicionamento citado, são os dizeres de Denílson Feitosa³, que afirma:

“No cotidiano forense, é comum se afirmar que o sistema brasileiro é acusatório, primeiro, pelo simples fato que o juiz ou tribunal não poder começar o processo penal de ofício, ou seja, o juiz ou tribunal depende de um pedido do acusador (propositura da ação penal ou oferecimento da denúncia ou queixa) para poder iniciar o procedimento que leva ao julgamento (sentença condenatória ou absolutória), que é a fase da persecução penal que, no Brasil, é denominada processo penal (propriamente dito); segundo, porque as partes debatem durante o processo, em contraditório, e se afirma a ampla defesa.

Entretanto, um ‘observador externo’ ao nosso sistema diria que nosso sistema não é acusatório, por ser marcadamente informado pelo princípio

³ PACHECO, Denílson F. **Direito Processual Penal** – Teoria, Crítica e Práxis. 4 ed. Niterói: Editora Impetus. 2006, p. 49.

inquisitivo. Além disso, diria que se encontra numa espécie de ‘fase embrionária’ do sistema misto, ainda no século XIX.

Culturalmente, o sistema inquisitivo domina claramente no Brasil. O juiz brasileiro pode, de ofício, ou seja, sem qualquer requerimento ‘das partes’: determinar a produção de provas em geral, seja durante a investigação criminal ou processo penal, como busca-apreensão, interceptação telefônica, oitiva de testemunhas, oitiva do ofendido, prova documental etc.; requisitar instauração de inquérito policial (art. 5º, II, do CPP); decretar prisão preventiva (art. 311, CPP); (...).” (grifos intencionais).

Muito embora a Constituição Federal de 1988 tenha feito a opção pelo sistema acusatório, esta é aplicada com observância do Código de Processo Penal, elaborado em 1941, de nítido enfoque inquisitivo.

Portanto, é forçoso concluir que o nosso sistema não é todo acusatório, nem todo inquisitivo. E, como os autos do inquérito fazem parte dos autos do processo, podendo influenciar na convicção do julgador, não há falar-se em sistema acusatório absoluto na fase judicial, eis que, de um modo ou de outro, os elementos colhidos sem o crivo do contraditório, plenitude de defesa, devido processo legal, podem ser utilizados para condenar alguém, direta ou indiretamente.

É tanto que vigora em nosso ordenamento o princípio da verdade real, o que possibilita ao julgador produzir prova, sendo que este deveria ser o papel do acusador. Logo, mais uma vez, resta demonstrado que o nosso sistema não é o acusatório absoluto, como afirmam alguns.

Nesta mesma ótica é o posicionamento do professor Geraldo Prado⁴, que aduz:

“Se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privacidade 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

⁴ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional Das Leis Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

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” (sem grifos no original).

Como se vê, enquanto não houver um Código de Processo Penal atual e condizente com a Carta Magna de 1988, bem como com as realidades atuais, ou melhor, enquanto for aplicado um Código de 1941, em que se retrata a realidade histórica e social de um Estado Novo, não há como afirmar-se que vigora em nosso ordenamento o sistema acusatório absoluto, pois não é esta a realidade presenciada na prática forense.

1.1.1. CARACTERÍSTICAS DO SISTEMA ACUSATÓRIO

O sistema acusatório é o contrário do sistema inquisitivo, pois há a separação das funções, isto é, o juiz aplica a lei de modo imparcial e somente se manifesta quando é provocado; o autor da ação penal (órgão acusador) é quem faz a acusação, devendo assumir todo o ônus probatório; e o acusado é defendido, podendo utilizar todos os meios e recursos inerentes à sua defesa. Portanto, vemos aqui três personagens distintos e autônomos, quais sejam o juiz, o acusador e o réu.

Nos dizeres do doutrinador Paulo Rangel⁵, são características do sistema acusatório:

- a. “há separação entre as funções de acusar, julgar e defender, com três personagens distintos: autor, juiz e réu (ne procedat ex officio);
- b. o processo é regido pelo princípio da publicidade dos atos processuais, admitindo-se, como exceção, o sigilo na prática de determinados atos (no direito brasileiro, vide art. 93, IX, da CRFB c/c 792, §1º, c/c art. 481, ambos do CPP);
- c. os princípios do contraditório e da ampla defesa informam todo o processo. O réu é sujeito de direitos, gozando de todas as garantias constitucionais que lhe são outorgadas;

⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 53.

- d. o sistema de provas adotado é do livre convencimento, ou seja, a sentença deve ser motivada com base nas provas carreada para os autos. O juiz está livre na sua apreciação, porém não pode se afastar do que consta no processo (cf. art. 155 do CPP com a redação da Lei 11.690/08 c/c art. 93, IX, da CRFB);
- e. imparcialidade do órgão julgador, pois o juiz está distante do conflito de interesse de alta relevância social instaurado entre as partes, mantendo seu equilíbrio, porém dirigindo o processo adotando as providências necessárias à instrução do feito, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (cf. art. 130 do CPC)”. (grifos no original).

Portanto, a função de acusar, no sistema acusatório, ficou a cargo privativo do Ministério Público ou do particular, nas ações privadas ou nas ações privadas subsidiárias da pública, quando permanecer inerte o órgão acusador. Assim, não vemos aqui a figura do juiz instrutor, eis que o inquérito policial é presidido pela autoridade policial.

Ao contrário, como já dito, em nosso ordenamento não é adotado o sistema acusatório puro. Neste mesmo sentido é a opinião do professor Paulo Rangel⁶:

“O Brasil adota um sistema acusatório que, no nosso modo de ver, não é puro em sua essência, pois o inquérito policial regido pelo sigilo, pela inquisitorialidade, tratando o indiciado como objeto de investigação, integra os autos do processo, e o juiz, muitas vezes, pergunta, em audiência, se os fatos que constam do inquérito policial são verdadeiros. Inclusive, ao tomar depoimento de uma testemunha, primeiro lê seu depoimento prestado sem o crivo do contraditório, durante a fase do inquérito, para saber se confirma ou não, e, depois, passa a fazer as perguntas que entende necessárias. (...) o procedimento meramente informativo, inquisitivo e sigiloso dá o pontapé inicial na atividade jurisdicional à procura da verdade processual (...)”.

Por essas razões, ainda há em nosso ordenamento resquícios do sistema inquisitivo, razão pela qual não há falar-se em sistema acusatório puro.

1.2. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

A investigação preliminar é considerada como a fase preparatória do processo penal. São os atos prévios à instauração ou não do processo. Nesta fase o procedimento é secreto, escrito e o investigado é mero objeto de investigação, não há contraditório, tampouco ampla defesa, face à influência do sistema inquisitivo.

⁶ *Ibidem.*, p. 56.

A sua natureza jurídica será verificada conforme a análise da natureza jurídica dos atos predominantes, sua função, estrutura e órgão encarregado de realizar a investigação, pois até em um procedimento claramente administrativo, como o inquérito policial, podem ser praticados atos de intervenção do juiz, portanto, atos jurisdicionais. É o caso, por exemplo, da decretação de uma medida cautelar, como a prisão preventiva. Mesmo assim, o ato jurisdicional, por não ser predominante, não retira a característica de ser um procedimento administrativo⁷.

Nesta senda, em regra, a natureza jurídica da instrução preliminar será de procedimento administrativo. Todavia, excepcionalmente, naqueles países como Portugal e Itália, em que o Ministério Público integra o Poder Judiciário, tendo as mesmas garantias dos magistrados, terá natureza jurídica de procedimento judicial e não jurisdicional, pois, muito embora integre o Poder Judiciário, não possui poder jurisdicional.

Nesse mesmo sentido aduz o doutor Aury Lopes Júnior⁸:

“Será administrativo quando estiver a cargo de um órgão estatal que não pertença ao Poder Judiciário, isto é, um agente que não possua poder jurisdicional. Destarte, podemos classificar o inquérito policial como um procedimento administrativo pré-processual, pois é levado a cabo pela Polícia Judiciária, um órgão vinculado à administração – Poder Executivo – e que por isso desenvolve tarefas de natureza administrativa.” (grifos no original).

Assim, como em nosso ordenamento as atividades de investigação podem ser realizadas fora do procedimento judicial, por uma autoridade que detém poderes meramente administrativos, como é o caso do delegado de polícia, e que, inclusive, praticam atos inerentes ao poder-dever de garantia à segurança pública, os quais vinculam o Estado e órgãos da administração, tais atos possuem natureza jurídica de procedimento administrativo.

1.2.1. CARACTERÍSTICAS DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

Em síntese, os atos da investigação preliminar seguem o sistema inquisitivo, sendo elaborado de forma secreta e escrito, contrariando no todo o sistema acusatório, onde há publicidade e oralidade, os quais devem predominar no processo penal.

⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas De Investigação Preliminar No Processo Penal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 32.

⁸ *Ibidem.*, p. 33.

Importante frisar que em nosso ordenamento, a investigação preliminar serve para a formação da *opinio delicti* do Ministério Público. Portanto, caso o órgão acusador já tenha elementos necessários de convicção, poderá dispensar o inquérito policial, conforme dispõem os artigos 39, §5º e 40 do Código de Processo Penal.

A respeito desta *quaestio* aduz o já citado Aury Lopes Júnior⁹:

“(…) na prática, a investigação preliminar nos delitos graves acaba por converter-se em regra geral, porque o processo penal sem a instrução preliminar é um processo irracional, uma figura inconcebível segundo a razão e os postulados da *instrumentalidade garantista*.

Nos delitos graves, em geral, o fato oculto é o mais complexo, exigindo a prévia intervenção da autoridade estatal para apuração da autoria e da materialidade, através do procedimento preparatório formal. Desde o ponto de vista da futura acusação e também da defesa, a investigação preliminar um instrumento fundamental para evitar o risco de uma acusação infundada e um processo desnecessário. A estigmatização social termina por condenar o sujeito passivo somente pelo fato de haver sido acusado formalmente (queixa ou denúncia no sistema brasileiro), de modo que a função de filtro que desempenha a investigação preliminar adquire ainda maior importância nos delitos graves.

Os chamados *juízos diretos* somente devem ter aplicação nos delitos de menor gravidade e nos sistemas processuais que consagrem uma fase intermediária contraditória, isto é, um juízo contraditório de pré-admissibilidade da acusação (algo similar ao que existe na Lei nº 9.099/95).

Por isso, o sistema misto é, a nosso entender, o mais adequado. Em linhas gerais, surge da conjugação do obrigatório com o facultativo, de modo que a investigação preliminar será obrigatória para os delitos graves e facultativa para os de menor gravidade e complexidade. É o adotado *v.g.*, pelo direito espanhol (...).

O inquérito policial é facultativo, como referimos anteriormente, não fazendo o legislador brasileiro distinção entre crimes graves ou não, de modo que nada impede uma denúncia direta por qualquer espécie de delito.” (grifos no original).

Assim, como bem aduziu o citado autor, em nosso ordenamento não é feita distinção entre crimes graves ou de menor gravidade. Por esta razão, seja qual for a gravidade do delito praticado, a instauração ou não do inquérito policial ficará a cargo do Ministério Público, titular da ação penal pública.

1.2.2. VALOR PROBATÓRIO DOS ELEMENTOS COLHIDOS NA INVESTIGAÇÃO

⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas De Investigação Preliminar No Processo Penal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 102 - 103.

Noutro giro, o que se almeja com a investigação preliminar não é uma sentença, mas uma decisão interlocutória idônea a analisar a pré-admissibilidade da acusação, ou seja, se haverá ou não o processo. Tal análise deve partir do pressuposto de que a investigação preliminar possui valor limitado, o que não deve ser valorado numa sentença condenatória, pois tal ato afrontaria o disciplinado na Constituição da República de 1988.

Nesta senda, imperioso se faz destacar que os atos praticados na investigação preliminar, ressalvadas as provas antecipadas e irrepitíveis, esgotam a sua eficácia probatória com a admissibilidade da acusação, logo, servem para justificar as medidas cautelares aplicadas na fase pré-processual, bem como a instauração ou não do processo. Por esta razão, não podem ser utilizados como fundamentos idôneos à condenação de alguém.

Neste ponto, ao contrário dos atos de prova, os atos de investigação, obtidos na instrução preliminar, possuem valor probatório limitado, pois, como explica Ortels Ramos¹⁰, citado por Aury Lopes Júnior:

- a. “não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese;
- b. estão a serviço da instrução preliminar, isto é, da fase pré-processual e para o cumprimento de seus objetivos;
- c. servem para formar um juízo de probabilidade e não de certeza;
- d. não exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação, pois podem ser restringidas;
- e. servem para a formação da opinio delicti do acusador;
- f. não estão destinados à sentença, mas a demonstrar a probabilidade do *fumus comissi delicti* para justificar o processo (recebimento da ação penal) ou o não-processo (arquivamento);
- g. também servem de fundamento para as decisões interlocutórias de imputação (indiciamento) e adoção de medidas cautelares pessoais, reais ou outras restrições de caráter provisional;
- h. podem ser praticados pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária.”

Desta forma, a eficácia das provas produzidas no curso do inquérito, ressalvadas aquelas irrepitíveis, como o laudo de exame cadavérico, por exemplo, devem limitar-se às finalidades da investigação, portanto, servem para que o Ministério Público decida em oferecer ou não a inicial acusatória e para que o magistrado a receba ou não, iniciando-se, conseqüentemente, o processo.

Por outro lado, o convencimento daqueles que desempenham o papel de julgadores, deve se dar por meio dos elementos produzidos em juízo, sob o controle do juiz, mediante a

¹⁰ RAMOS, Ortels, *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. . **Sistemas De Investigação Preliminar No Processo Penal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 120.

observância de todas as garantias constitucionais, não podendo valer-se dos elementos colhidos sob o crivo do inquisitivo para justificarem a condenação.

Assim, a limitação do valor probatório dos atos de investigação justifica-se em razão da forma como são obtidos, eis que o nosso sistema processual mantém na investigação os critérios do sistema inquisitivo, sendo presididos e praticados por uma autoridade administrativa, sem intervenção do órgão jurisdicional, representados pelo segredo, forma escrita e ausência ou mitigação do contraditório.

Neste ponto, em relação ao contraditório, destaca-se que, muito embora, se afirme que o advogado do indiciado pode ter livre acesso ao inquérito, sabe-se que tal acesso não é de todo absoluto. Na verdade, o advogado somente poderá ter acesso ao que já estiver documentado e juntado aos autos do Inquérito Policial, o que fica ao livre arbítrio da autoridade policial.

É o que diz o enunciado da súmula vinculante nº 14, vejamos:

“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.”

Assim, apesar de falar-se em “contraditório”, vê-se que este é meramente aparente ou, na maioria das vezes, absolutamente inexistente. Da mesma forma, a igualdade e a paridade de armas sequer é um ideal, na verdade, de uma forma ou de outra, busca-se nesta fase oferecer vantagens ao acusador público.

Outrossim, como explica Aury Lopes Júnior, citando Carnelutti¹¹, a eficácia das provas produzidas no curso da investigação devem limitar-se aos fins da investigação; tais provas podem servir somente para a decisão do MP sobre o ponto se deve ou não pedir a autorização do juiz para castigar.

Por essas razões é forçoso concluir que a investigação preliminar – ainda mais quando estiver a cargo da polícia ou do ministério público – não possui garantias mínimas que justifiquem a sua utilização para condenação, pelo contrário, somente serve para analisar-se quanto à necessidade da decretação de medidas cautelares e para instauração ou não do processo.

¹¹ CARNELUTTI, Francesco, *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. . **Sistemas De Investigação Preliminar No Processo Penal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 121.

Por outro lado, é imperioso ressaltarmos e destacarmos a produção antecipada de provas, eis que em determinados casos não será possível a colheita da prova ou sua reprodução na fase instrutória do processo.

Em face do grave risco e prejuízo que pode ocasionar a perda de algum dos elementos colhidos na investigação preliminar, excepcionalmente, poder-se-á colher antecipadamente a prova, através do incidente da produção antecipada de prova. Assim, o que seria realizado na investigação e produzido novamente em juízo, com a observância das garantias constitucionais, será produzido, uma única vez, na fase pré-processual, com respeito a todas as garantias conferidas, logo, poderá ser utilizado como ato de prova e não de investigação.

Importante ressaltarmos que o incidente de produção antecipada de prova somente poderá ser realizado em casos excepcionais, demonstrada a impossibilidade da reprodução da prova na fase instrutória, em razão do provável perecimento da prova, imprescindibilidade para a sentença, desde que sejam observados estritamente o contraditório, ampla defesa e os requisitos mínimos de jurisdicionalidade.

De modo a concretizar os argumentos expostos, refletindo a realidade no que tange às garantias processuais, algumas constituições modernas, inclusive a Constituição do Brasil, asseguram que a sentença condenatória não poderá ter como fundamento os elementos colhidos no inquérito policial, só podendo fundar-se na prova praticada na fase processual, isto é, com observância do contraditório, ampla defesa, publicidade, oralidade, identidade física do juiz, imediação. Deste modo, tal garantia exclui a possibilidade de usar-se dos atos de investigação como meios de prova no momento da condenação.¹²

Essas garantias aplicáveis ao processo penal estão previstas expressamente nos incisos LII, LIV, LV e LVI do art. 5º, bem como no inciso IX, do art. 93, todos da Constituição Federal.

Ademais, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a qual o Brasil é signatário, também prevê, em seu art. 8º, uma série de garantias judiciais processuais.

Não obstante, de modo a assegurar as garantias constitucionais instituídas em 1988, somente vinte anos depois, isto é, em 9 de junho de 2008, entrou em vigor a Lei n. 11.690, a qual reformou o Código de Processo Penal, introduzindo o art. 155, *in verbis*:

¹² LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas De Investigação Preliminar No Processo Penal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 121

“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.”¹³

Infelizmente, apesar de o artigo citado retratar as garantias constitucionais, bem como a prevalência do sistema acusatório, por outro lado, demonstrando um retrocesso, prevê o art. 156¹⁴ do CPP atos em que o juiz poderá produzir prova de ofício, o que deveria ser papel exclusivo da acusação, eis que o juiz que demonstra interesse em produzir prova para condenar, já demonstra, desde logo, a sua parcialidade com a causa, ficando viciado para julgar.

Como se vê, o Código de Processo Penal não condiz com as garantias consagradas pela Carta da República, havendo inúmeros resquícios do sistema inquisitivo, o que demonstra uma necessária e urgente reforma.

¹³ BRASIL. **Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1>. Acesso em 12 out. 2012.

¹⁴ BRASIL. Código de Processo Penal. **Art. 156 do Código Penal - Decreto Lei 2848/40**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111690.htm>. Acesso em: 24 set 2012. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

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; (Incluído pela Lei nº 11.690xp, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

2. DA PROVA EM PROCESSO PENAL

2.1. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO TRIBUNAL DO JÚRI

Após analisarmos o sistema acusatório, suas características, bem como a validade dos elementos colhidos na investigação preliminar, faz-se necessário abordar os princípios e garantias constitucionais aplicáveis ao Tribunal do Júri, conforme será aduzido a seguir.

Nos dizeres de Guilherme de Souza Nucci¹⁵ o princípio constitucional há de ser respeitado como o elemento irradiador, que imanta todo o ordenamento jurídico.

2.1.1. DO CONTRADITÓRIO

Como já fora dito alhures, o princípio do contraditório é inerente ao sistema acusatório. Por outro lado, não é observado no sistema inquisitivo.

Esse princípio encontra-se previsto na Constituição da República, em seu art. 5º, inciso LV, como garantia fundamental a todos que litigam, *in verbis*:

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

Não obstante, também prevê a Convenção Americana sobre Direito Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, em seu art. 8º, que:

“Art. 8º Garantias Judiciais
Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.”¹⁶

Nas palavras do jurista Paulo Rangel¹⁷, a instrução contraditória é inerente ao próprio direito de defesa, eis que não é concebível um processo penal, que busca a verdade processual

¹⁵ GUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 2. ed., São Paulo: Afiliada, 2011, p. 23.

¹⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 17.

¹⁷ *Ibidem*, p. 18.

e real dos fatos, sem que se dê oportunidade ao acusado de contraditar as afirmações feitas pelo órgão acusador.

Ademais, afirma que o princípio do contraditório não serve apenas para contradizer as afirmações da outra parte, mas sim para possibilitar a igualdade de oportunidade no processo, sendo a igual oportunidade de tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei, sendo a simétrica paridade de participação no processo entre as partes, citando, neste ponto, Aroldo Plínio Gonçalves¹⁸.

Quanto a esse princípio, também preleciona Pedro Aragonese Alonso¹⁹ que:

“O dever de imparcialidade do órgão decisor exige inteirar-se da controvérsia, o que supõe a audiência de ambas as partes, quem não confere audiência a ambas as partes por este só fato já há cometido uma parcialidade, porque não há investigado se não a metade do que tinha que indagar.”

Portanto, a consequência do princípio do contraditório é a igualdade das partes, possibilitando-se as mesmas oportunidades processuais (paridade de armas), isto é, de atuar no processo com idênticas oportunidades de produção probatória dos seus objetivos.

2.1.2. DA PLENITUDE DE DEFESA

O princípio constitucional da plenitude de defesa é aplicado exclusivamente aos processos afetos ao tribunal do júri e está ligado ao fato de cidadãos leigos julgarem seus comuns, de acordo com seu livre convencimento. Portanto, tanto a defesa, quanto a acusação podem trazer diversos elementos, objetivando o convencimento dos jurados conforme lhe convém.

A plenitude de defesa, nos termos asseverado por Gladston Fernandes de Araújo, está umbilicalmente ligada aos mandamentos do devido processo legal, sendo que sem o exercício daquela não se possui um tribunal justo.²⁰

¹⁸ GONÇALVES, Aroldo P. **Técnica Processual E Teoria Do Processo**. 1 ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 127.

¹⁹ ALONSO, Pedro A. **Proceso y Derecho Procesal** – Introduction. 2 ed., Madri: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997, p. 130.

²⁰ ARAÚJO, Gladston Fernandes. **Tribunal Do Júri: Uma Análise Processual À Luz Da Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 66.

Há substancial diferença entre a plenitude de defesa e a ampla defesa. Neste ponto, preleciona Guilherme de Souza Nucci²¹:

“Um tribunal que decide sem fundamentar seus veredictos precisa proporcionar ao réu uma defesa acima da média e foi isso que o constituinte quis deixar bem claro, consignando que é qualidade inerente ao júri a plenitude de defesa. Durante a instrução criminal, procedimento inicial para apreciar a admissibilidade da acusação, vige a ampla defesa. No plenário, certamente que está presente a ampla defesa, mas com um toque a mais: precisa ser, além de ampla, plena. Os dicionários apontam a diferença existente entre os vocábulos: enquanto amplo quer dizer muito grande, vasto, largo, rico, abundante, copioso, enfim, de grande amplitude e sem restrições, pleno significa repleto, completo, absoluto, cabal, perfeito. Ora, defesa ampla é uma defesa rica, cheia de oportunidade, sem restrições, enquanto defesa plena é uma defesa absoluta, perfeita, completa.

A ampla defesa é a possibilidade de o réu defender-se de modo irrestrito, sem sofrer limitações indevidas, quer pela parte contrária, quer pelo Estado-juiz, enquanto a plenitude de defesa quer significar o exercício efetivo de uma defesa irretocável, sem qualquer arranhão, calcada na perfeição – logicamente dentro da natural limitação humana.”

Assim, a ampla defesa é a possibilidade de o réu defender-se de modo irrestrito, sem sofrer limitações indevidas, quer pela parte contrária, quer pelo Estado-juiz, enquanto a plenitude de defesa quer significar o exercício efetivo de uma defesa irretocável, sem qualquer arranhão, perfeita – dentro da natural limitação humana.

Em outra obra, destaca Guilherme de Souza Nucci que “a adoção da diferença entre ampla defesa e plenitude de defesa provoca o desequilíbrio entre as partes (acusação e defesa), devendo pender o juiz, nas questões de direito, em favor do defensor, logo, do acusado”.²²

Não obstante, forçoso lembrar que vigora o princípio da soberania dos veredictos, razão pela qual a decisão do corpo de jurados é soberana, não podendo ser revista, quanto ao mérito, por juízes togados. Desta forma, eis a razão maior a justificar a existência da plenitude de defesa nos crimes de competência do tribunal popular.

2.1.3. DA PUBLICIDADE

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Júri**: Princípios Constitucionais. 1 ed. São Paulo: J. de Oliveira, 1999, p. 140.

²² NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 2. ed., São Paulo: Afiliada, 2011, p. 26.

O princípio da publicidade é inerente ao sistema acusatório e, com a Constituição Federal de 1988, passou a ser regra no Direito Pátrio. Assim, o processo, as audiências, as sessões de julgamentos e demais atos processuais, em regra, serão públicos e abertos ao público em geral.

Neste ponto destaca Fernando da Costa Tourinho Filho²³ que o princípio da publicidade deve ser absoluto para que a sociedade perceba que a Justiça não é feita entre quatro paredes.

Todavia, referido princípio sofre restrição quando a defesa da intimidade ou interesse social assim exigirem, conforme disciplina o art. 5º, inciso LX, da Constituição Federal²⁴ e art. 792, §1º, do CPP²⁵.

Nos termos aduzidos por Fernando Capez²⁶ esta é a chamada “*publicidade restrita*”, segundo a qual os atos são públicos só para as partes e seus procuradores, ou para um reduzido número de pessoas.

Continua afirmando o citado autor, que “o Poder Judiciário somente poderá restringir o número de pessoas em julgamento quando o direito público à informação não for prejudicado. Sopesando-se os dois bens jurídicos: direito à intimidade e direito à informação”.²⁷

Por outro lado, quando se trata de processos competentes ao Tribunal do Júri, o princípio da publicidade também sofre restrições, em razão da garantia constitucional ao sigilo das votações, insculpida no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea *b*, da CF.

²³ TOURINHO FILHO, Fernando C. **Manual De Processo Penal**. 14ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61.

²⁴ LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

²⁵ Art. 792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.

§ 1º Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

²⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso De Processo Penal**. 17ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 68.

²⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso De Processo Penal**. 17ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 68.

Também é o caso dos crimes previstos no Título VI do Código Penal, nomeados “Dos crimes contra a dignidade sexual”, os quais correrão em segredo de justiça, nos termos disciplinados pelo art. 234-B do CP²⁸, inserido pela Lei nº. 12.015/2009.

2.1.4. DA INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

Há muito objetiva-se proteger o sigilo das comunicações. Em nosso ordenamento, referido sigilo é protegido expressamente desde a Constituição do Império de 1824.

Nesta senda, a inviolabilidade ao sigilo das comunicações telefônicas tornou-se direito fundamental, assegurado expressamente pela Constituição Federal de 1988, a qual prevê em seu art. 5º, incisos X e XII, *in verbis*:

“X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

“XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”

A proteção ao sigilo das comunicações encontra-se arraigada em nossas constituições. Segundo explica José Carlos Barbosa, havia uma preocupação do constituinte de 1988 em inserir no texto constitucional a proteção à intimidade. Afirma o citado autor:

“(...) por circunstâncias históricas. A Constituição foi elaborada logo após notável mudança política. Extinguira-se recentemente o regime autoritário que por tanto tempo dominara o país, e sob o qual eram freqüentes e graves as violações de direitos fundamentais, sem exclusão dos proclamados na própria Carta da República então em vigor, com a inviolabilidade do domicílio e da correspondência. Ninguém podia se considerar imune a diligências policiais arbitrárias ou ao "grampeamento" de aparelhos telefônicos. Quis-se prevenir a recaída nesse gênero de violências. É mister reconhecer que naquele momento histórico, não teria sido fácil conter a reação contra o passado próximo nos lindes de uma prudente moderação²⁹.

²⁸ BRASIL. Código de Processo Penal. Art. 234-B do Código Penal – Decreto Lei 12015/09. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm>. Acesso em: 24 set 2012.

²⁹ MOREIRA, José C. B. **A Constituição e As Provas Ilicitamente Obtidas**. Disponível em: <http://www.foreense.com.br/Atualida/Artigos_DP/ef08f.htm>. Acesso em: 16 jan. 12. p. 9.

Para Vicente Greco Filho “a garantia constitucional do sigilo é a regra e a interceptação a exceção, de forma que a interpretação deve ser restritiva quanto a esta (*exceptiora non sunt amplianda*)”³⁰.

Ada Pellegrini Grinover afirma que a prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada pelos juízes e Tribunais, “por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade”.³¹

Por outro lado, é cediço que o processo sem a prova de nada adianta. Assim, somente através da prova obtida com respeito aos ditames legais é que chegaremos à verdade e consequentemente à justiça.

Em razão da sua importância, pois definirá o destino do acusado (ou não: nos casos em que a decisão é tomada em desacordo aos elementos probatórios), a produção da prova deverá respeitar os direitos e garantias fundamentais consagrados pela nossa Carta Magna.

Nesse contexto, a coleta da prova também deve obediência ao nosso ordenamento jurídico, assim, só podem ser consideradas como provas aquelas obtidas por meios lícitos, isto é, mediante autorização judicial para instrução processual ou investigação criminal, respeitado o contraditório e a ampla defesa. Prova disso é que antes da Lei n. 9.296/96, a qual regulamentou o art. 5º, XII da CF, o Supremo Tribunal Federal considerava ilícita todas as gravações clandestinas ou interceptações, mesmo com autorização judicial, ante a ausência de previsão legal.

Por essa razão, a Constituição Federal não admite como prova aquela obtida por meio ilícito. É o que diz o art. 5º, inciso LVI, *in verbis*:

“Art. 5º, LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Não obstante, visando regulamentar o preceito constitucional, o Código de Processo Penal também rechaça as provas ilícitas, determinando o seu desentranhamento dos autos, conforme disciplina o art. 157. É ver-se:

“Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as

³⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 12.

³¹ GRINOVER, Ada P. **Novas Tendências Do Direito Processual**. São Paulo: Forense Universitária, 1990, p. 60-82.

derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).”

Nesta senda, Vinícius Daniel Petry conceitua prova ilícita, aduzindo que:

“ (...) é a colhida com violação de normas ou princípios de direito material, principalmente de direito constitucional, tendo em vista que a controvérsia acerca do assunto diz respeito sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e as garantias relativas à intimidade, à liberdade, à dignidade humana.”³²

Para Francisco das Chagas Lima Filho, "a prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, por mais altos e relevantes que possam se apresentar os fatos apurados".

A respeito do tema e sua reflexão junto ao Supremo Tribunal Federal, afirmam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco³³ que:

“Com relação às gravações de conversas telefônicas, a jurisprudência do STF assentou-se no sentido de que **a prova obtida por interceptação não autorizada pelo Poder Judiciário, nos termos da Lei 9.296/95, é imprestável e que as evidências que dela decorreram padecem da mesma falta de serventia processual.** Acolheu-se a doutrina do *fruits of the poisonous tree*. Antes da lei de 1995, nenhuma escuta era admissível³⁴. A jurisprudência do STF passou a esclarecer, entretanto que a só existência da prova ilícita no processo não era bastante para anulá-lo. Havendo outras provas autônomas, independentes da ilícita, o processo não se inutiliza necessariamente. Mais ainda, quando a gravação, em princípio imprópria é feita como meio de legítima defesa de quem grava, não se positiva a ilicitude.” (grifos intencionais)

Nos dias atuais, a maior parte da doutrina e jurisprudência entendem que a prova ilícita poderá ser admitida para provar a inocência de alguém, quando não houver outro meio, eis que não há direito absoluto e entre o direito à intimidade e o direito à liberdade, este prevalece.

³² PETRY, Vinícius D. **A Prova Ilícita.** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/doutrina/texto.asp?id=4534>> Acesso em: 26 dez 03. p. 15. Também disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/5829/a-admissibilidade-no-processo-penal-da-prova-obtida-mediante-gravacao-telefonica-feita-por-um-dos-interlocutores/3#ixzz25KyJAIGs>> Acesso em: 02 set. 2012

³³ MENDES, Gilmar F. et al. **Curso de direito constitucional.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 436.

³⁴ A propósito, o HC 69.912/RS, DJ de 25-3-1994; HC 73.351, DJ de 19-5-1999; HC 74.299, DJ de 15-8-1997, entre outros. Referência da obra.

Neste sentido, aduz Luiz Flávio Gomes que excepcionalmente, face ao princípio da proporcionalidade, será admitida a prova ilícita em benefício do acusado, para provar a sua inocência, jamais para incriminá-lo.

Como podemos ver, a prova ilícita poderá ser admitida, usando-se do princípio da proporcionalidade, quando estiverem em jogo bens de maior magnitude, como a vida e a liberdade.

Quanto à gravação clandestina, em síntese, o professor Luiz Flávio Gomes a conceitua como “gravação da comunicação telefônica realizada por um dos interlocutores. Trata-se de espécie de autogravação, que, normalmente é feita por um dos comunicadores, sem o conhecimento e consentimento do outro.”.

Neste ponto, argumenta Fernando Capez³⁵ que:

“(…) se a conversação ou palestra era reservada, sua gravação, interceptação ou escuta constituirá prova ilícita, por ofensa ao direito à intimidade (CF, art. 5º, X), devendo ser aceita ou não de acordo com a proporcionalidade dos valores que se colocarem em questão. No caso de investigação de crime praticado por organizações criminosas (quadrilha ou bando, associação criminosa e organizações criminosas de qualquer tipo), desde que haja prévia, fundamentada e detalhada ordem escrita de autoridade judicial competente, toda e qualquer gravação e interceptação ambiental que estiver acobertada pela autorização constituirá prova válida, de acordo com a permissão legal contida no art. 2º, IV, da Lei n. 9.34/95. Não existindo a prévia autorização judicial a prova somente será admitida em hipóteses excepcionais, por adoção ao princípio da proporcionalidade *pro societate*. Assim, será aceita para fins de evitar uma condenação injusta ou para terminar com uma poderosa quadrilha de narcotráfico (...) Finalmente, na hipótese de captação da conversa sigilosa sem autorização judicial, a prova, a princípio, será ilícita, mas nada impede seu aproveitamento, dependendo da proporcionalidade dos valores em contraste.” (grifos intencionais).

Dessa forma, como nenhum direito é absoluto, caberá ao juiz, no caso concreto, quando houver prova ilícita, analisar qual direito deverá prevalecer e se há outros elementos além dos considerados ilícitos a justificarem sua decisão.

2.1.5. SOBERANIA DOS VOTOS DOS VEREDICTOS

³⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso De Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 362-363.

A Constituição Federal de 1988 conferiu em seu art. 5º, inciso XXXVIII, alínea c, a garantia à soberania dos veredictos como base do Tribunal do Júri, objetivando que a decisão dos populares não seja modificada.

Guilherme de Souza Nucci, aduz que “não é possível que, sob qualquer pretexto, cortes togadas invadam o mérito do veredito, substituindo-o. Quando – e se – houver erro judiciário, basta remeter o caso a novo julgamento pelo Tribunal Popular. Porém, em hipótese alguma, pode-se invadir o veredito, proferindo outro, quanto ao mérito.”³⁶.

Como se vê, quanto ao mérito da decisão dos jurados, isto é, quanto à condenação ou absolvição, juízes togados não podem se manifestar, devendo o acusado ser submetido à novo júri para julgamento.

Objetivou o legislador, ao dispor sobre a soberania dos votos proferidos pelo júri, impossibilitar que aquelas decisões fossem modificadas por juízes togados, vez que somente os integrantes do conselho de sentença do júri possuíam competência para se manifestarem acerca dos crimes dolosos contra a vida³⁷.

Neste ponto, aduz Neide Aparecida Ribeiro, em seu artigo, publicado na Revista de Direito Upis³⁸, que:

“Nos termos da Constituição Federal e do Código de Processo Penal, o júri bem como seu veredito, traduz a ideia de independência. Todavia, não traduz onipotência descomedida porque o legislador foi cauteloso em alterar o Código de Processo Penal, adaptando-o ao texto constitucional, por intermédio da Lei nº 263, de 23/02/1948. Incluiu a possibilidade de realizar-se novo julgamento, desde que haja recurso nesse sentido, no caso de a decisão dos jurados ser manifestamente contrária à prova dos autos (...).”

“(...) a soberania dos veredictos do júri está subordinada ao controle do judiciário, submetido ao princípio do duplo grau de jurisdição, esposado com a revogação do art. 606 do CPP, que permitia à instância superior condenar ou absolver o réu quando a decisão afrontasse a prova trazida aos autos. Essa modificação foi feita para que o Código de Processo Penal se adequasse à Constituição Federal de 1946. Introduziu-se ao inciso III do art. 593, letra “d”, o acréscimo do parágrafo terceiro, impossibilitando à Instância Superior condenar ou absolver caso entendesse que a decisão tivesse afrontado a prova dos autos.”

³⁶ NUCCI, Guilherme S. **Tribunal do Júri**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 30.

³⁷ MARQUES, José F. **A instituição do júri**. São Paulo: Bookseller, 1997, p. 46.

³⁸ RIBEIRO, Neide A. **O Veredito Do Tribunal Do Júri Calcado Unicamente Em Provas Do Inquérito Policial**. Revista de Direito Upis, v. 5, p. 111-129, jan. 2007. Disponível em: <<http://www.upis.br/revistadireito/default.asp>>. Acesso em: 20 set. 2012

Portanto, o princípio da soberania dos veredictos é relativo, eis que não exclui a recorribilidade das decisões dos jurados. Contudo, a esfera recursal limita-se ao juízo rescindente (*judicium rescindem*), ou seja, à anulação da decisão pelo mérito e a conseqüente devolução para novo julgamento (art. 593, III, *d*). Da mesma forma, obediente ao princípio da verdade real em sintonia ao princípio da plenitude de defesa, em virtude da revisão criminal, admite-se a alteração do *meritum causae*.³⁹

Neste contexto, creio estar correto o posicionamento de Fernando Capez, eis que são inúmeros os casos em que os jurados são influenciados pelos elementos externos, em especial pela mídia. Assim, não podemos admitir que um cidadão continue condenado, com base em dados que não estão nos autos, ou que foram colhidos em desrespeito às normas constitucionais, ou até provas ilícitas, em razão do princípio da soberania dos veredictos, até porque nenhum princípio é absoluto e, neste caso, o direito à liberdade deve prevalecer.

Além de a irresignação do acusado, quanto ao mérito do julgamento do júri, limitar-se ao juízo rescindente (será remetido a julgamento formado por novo conselho de sentença), o Código de Processo Penal impede que o inconformismo se dê por mais de uma vez. É o que diz o parágrafo terceiro, do artigo 593, *in verbis*:

“§ 3º Se a apelação se fundar no nº III, letra d, deste artigo, e o Tribunal ad quem se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação”.

Por esta razão, torna-se ainda mais importante a possibilidade de ser revisto o mérito do julgamento realizado pelo júri popular, em sede de revisão criminal, eis que o acusado somente poderá apelar por uma única vez, ainda que haja clarividente decisão tomada em detrimento aos elementos dos autos.

2.1.6. DO SIGILO DAS VOTAÇÕES

O sigilo das votações integra um dos princípios constitucionais que sustentam o Tribunal do Júri. Reza o Código de Processo Penal, em seu art. 485, *caput* e §1º, que após a leitura e explicação dos quesitos, não pairando dúvidas, o juiz presidente, acusação, defesa, jurados, escrivão e oficiais de justiça dirigir-se-ão à sala especial – sala secreta – para ser

³⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso De Processo Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 634.

realizada a votação. Caso não haja a tal sala, será solicitada a retirada de todos do plenário, permanecendo apenas aqueles já citados. Em síntese, o voto dos jurados se dará longe da vista do público, por isso “secreto”.⁴⁰.

Caberá ao magistrado advertir os jurados a respeito da impossibilidade de manifestação ou intervenção nos trabalhos, de modo a atrapalhar ou perturbar a livre atuação do Conselho de Sentença, sob pena de ser retirado da sala e dissolvido o Conselho (art. 485, §2º, CPP).⁴¹

O fato de ser sigiloso o voto não impede que os jurados, por intermédio do juiz, façam indagações ao acusado, bem como às testemunhas, bem como requeiram o esclarecimento de pontos controversos. Até porque, tal impedimento seria absurdo, eis que não se pode olvidar que são os juízes do fato e de fato.⁴²

A constituição assegura o sigilo da votação, ou seja, do ato de votar. Portanto, o que se pretende é resguardar o momento do jurado apor o voto na urna, o que demonstra ser ideal a sala especial.⁴³.

Também se pretende assegurar que os jurados não sofrerão qualquer tipo de influência no momento de expressar seu convencimento, além de que não serão submetidos a qualquer tipo de represália ou indagação acerca dos motivos de seu voto, seja durante ou ao final do julgamento.⁴⁴

Além do mais esse princípio possui por pressuposto a garantia da liberdade e da isonomia dos jurados no momento da votação. Ele garante que ninguém tomará ciência da decisão íntima de cada jurado.⁴⁵

⁴⁰ NUCCI, Guilherme Souza. **Tribunal Do Júri**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.

⁴¹ RANGEL, Paulo. **Tribunal Do Júri: Visão Lingüística, Histórica, Social E Dogmática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 87.

⁴² CARVALHO, Thiago M. **A Inaplicabilidade Da Perpetuação Da Jurisdição Nos Processos De Competência Do Júri Popular**. 2007. Trabalho de conclusão de curso (Monografia) - Faculdade de direito do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2007, p. 27.

⁴³ NUCCI, Guilherme Souza. **Tribunal Do Júri**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 29.

⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Júri: Princípios Constitucionais**. São Paulo: J. de Oliveira, 1999. p. 166.

⁴⁵ LOPES, Rafael M. **A Inconstitucionalidade Da Apresentação Dos Antecedentes Criminais Do Réu No Plenário Do Júri**: uma proposta de emenda ao artigo do Projeto de Lei do Senado, nº 156 de 2009 (Projeto de Reforma do Código de Processo Penal). 2009. Trabalho de conclusão de curso (Monografia) - Faculdade de direito do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2009, p. 29.

Noutro giro, após discussões, chegou-se à posição majoritária no sentido de que o presente princípio configura exceção ao princípio constitucional da publicidade dos atos judiciais.

É tanto que, como aduzido por Fernando Capez⁴⁶, no Tribunal do júri não se aplica o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal que impõe não só a publicidade, como também a fundamentação das decisões proferidas em todos os julgamentos dos órgãos do poder judiciário.

Assim, consequência deste princípio é a ausência de fundamentação na decisão dos jurados, uma vez que respondem apenas com “sim” ou “não” aos quesitos elaborados, não se pode exigir que os jurados motivem seus votos, pois o sigilo das votações seria quebrado.⁴⁷

Como podemos concluir, corolário ao sigilo da votação está a restrição quanto à publicidade e fundamentação da decisão dos jurados, o que não viola os demais princípios constitucionais.

2.2. PRINCÍPIO DA LIVRE PERSUASÃO RACIONAL OU DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JULGADOR

Nos termos consagrados por esse princípio, o julgador é livre para apreciar a prova como bem entender, isto é, não há hierarquia entre as provas obtidas com respeito ao contraditório e à ampla defesa. Assim, pode o julgador considerar um só depoimento testemunhal em detrimento dos outros. É o que disciplina o art. 155 do Código de Processo Penal, entretanto, como previsto no próprio artigo citado, não poderá formar a sua convicção com base, exclusivamente, nos elementos obtidos no inquérito policial, sob pena de nulidade. É que, como afirmado outrora, tais elementos não são obtidos em respeito às garantias constitucionais.

“Livre convencimento é, sobretudo convicção fundamentada, ou seja, convencimento transparente, justificado perante as partes e a sociedade”⁴⁸.

⁴⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso De Direito Processual Penal**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 585.

⁴⁷ LOPES, Rafael M. **A Inconstitucionalidade Da Apresentação Dos Antecedentes Criminais Do Réu No Plenário Do Júri**: uma proposta de emenda ao artigo do Projeto de Lei do Senado, nº 156 de 2009 (Projeto de Reforma do Código de Processo Penal). 2009. Trabalho de conclusão de curso (Monografia) - Faculdade de direito do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2009. p. 30.

Para Pontes de Miranda, o princípio citado “é aquele que dá ao juiz apreciar as provas livremente, a fim de se convencer da verdade ou falsidade, ou inexatidão parcial, das afirmações sobre os fatos da causa”⁴⁹.

Assim, esse princípio “impede que o Juiz possa julgar com o conhecimento que eventualmente tenha extra-autos. *Quos non est in actis non est in hoc mundo*. O que não estiver dentro do processo é como se não existisse.”⁵⁰

Frise-se que a liberdade do juiz não é, até porque, está vinculado às provas, as quais deverão ser consideradas e avaliadas somente quando catalogadas nos autos, bem como à lei, a qual deverá ser interpretada e aplicada a cada caso.⁵¹

Esse princípio da persuasão racional ou do livre convencimento, em que o Juiz é livre para apreciar a prova se difere do sistema da “prova legal” ou “prova tarifada”, no qual à cada prova é atribuído um valor específico pelo legislador, ficando a atuação jurisdicional vinculada às regras preestabelecidas, sem deixar margem de discricionariedade valorativa dos elementos probatórios para o julgador.⁵²

Como se vê, poder-se-ia chegar a absurdos, de termos uma mentira por validada. Em nosso atual ordenamento, há resquícios do sistema da prova legal, contido no art. 158 do CPP, que aduz que será indispensável o exame de corpo de delito nas infrações que deixarem vestígios, não podendo supri-lo a confissão do acusado.⁵³

Elogiando o sistema da livre persuasão racional, Moacyr Amaral Santos aduz que:

“(...) o sistema da persuasão racional não escraviza o juiz, contrariando a consciência nele formada pelas provas, característica do sistema da prova legal, nem o arvora em poder discricionário, intangível e indomável, apanágio do sistema da livre convicção”.⁵⁴

⁴⁸ GOMES FILHO, Antônio M. **Direito À Prova No Processo Penal**. São Paulo: Revista do Tribunais, 1997, p. 163.

⁴⁹ MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976. Tomo II, p. 230.

⁵⁰ TOURINHO FILHO, Fernando C. **Processo Penal**. 29 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 1. p. 43.

⁵¹ MOURA, Fernando G. e FERREIRA, Leticia F. **Súmulas Vinculantes E O Princípio Do Livre Convencimento Do Juiz: Evidente Inconstitucionalidade**. Disponível em: <http://www.fernandogalvao.com/?pag=publicacoes_ver&codigo=18>. Acesso em 16 set 2012, p. 4.

⁵² DIAS, Clara. **Princípios Norteadores Do Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/principios-norteadores-do-processo-penal-brasileiro/5262/>>. Acesso em: 19 set. 2012.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ ARANHA, Adalberto J. Q. T. C. **Da Prova No Processo Penal**. 6 ed., São Paulo: Saraiva, p. 77.

Por outro lado, apesar de o juiz possuir liberdade plena para valorar as provas, deverá indicar os motivos que levaram à decisão, bem como fundamentá-la, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal e art. 381, inciso III, do CPP, que disciplinam, respectivamente:

“IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

“Art. 381. A sentença conterá:

III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão.

Portanto, há o livre convencimento do juiz, todavia este deverá ser motivado, isto é, justificado, sob pena de nulidade.

Segundo Scarance Fernandes, a motivação dos atos processuais, no passado, era uma garantia endoprocessual, a qual servia somente para dar esclarecimento às partes, caso estas quisessem interpor recurso. Era algo meramente técnico. Atualmente, serve como garantia política, que em comunhão com a publicidade legitima a jurisdição, não servindo apenas para as partes, mas para toda a sociedade que através da motivação do juiz poderá verificar se este decidiu com imparcialidade e conhecimento.^{55 56}

Dessa forma, a ausência de motivação das decisões judiciais compromete o contraditório, eis que este garante a defesa quanto aos atos contrários ao interesse das partes.⁵⁷

Nas palavras de Cruz e Tucci⁵⁸, a motivação visa a “persuadir a parte sucumbente, mostrando-lhe que o resultado do litígio não é fruto de sorte ou capricho, mas da verdadeira atuação da lei”.

Por esta razão, é a lei a maior limitadora do princípio do livre convencimento, eis que o julgador nunca poderá julgar “*contra legem*”⁵⁹.

⁵⁵ SOUZA, Karine G. **Tribunal do Júri: o princípio da íntima convicção dos jurados em face à Constituição Federal de 1988**. 2009. Trabalho de conclusão de curso (Monografia) - Faculdade de direito do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2009, p. 38.

⁵⁶ FERNANDES, Humberto. **Princípios Constitucionais Do Processo Penal Brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 163.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 39.

⁵⁸ TUCCI, José R. C. **A Motivação Da Sentença No Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 103.

⁵⁹ MOURA, Fernando G. e FERREIRA, Letícia F. **Súmulas Vinculantes E O Princípio Do Livre Convencimento Do Juiz: Evidente Inconstitucionalidade**. Disponível em: <http://www.fernandogalvao.com/?pag=publicacoes_ver&codigo=18>. Acesso em 16 set 2012, p. 7.

Ademais, “não basta motivar o ato, a motivação deve ser suficiente e bastante para demonstrar a necessidade do ato”.⁶⁰

A Sétima Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, muito bem definiu a função do princípio ora analisado, dispõe que:

“O Livre Convencimento do Juiz é princípio inseparável da própria atividade judicante, que há de ser muito mais formada pela ética do que pela estética. Deve ele ser extraído dos fatos e circunstâncias constantes dos autos, mesmo quando não alegados pelas partes. Todavia, ao assim dispor, não está se pretendendo afinar o livre convencimento com simples e mero arbítrio; porque a convicção resultante da pesquisa e do exame detalhado dos autos há de vir suficientemente motivada”. (Ac. Unânime da 7a Câm. do 1o TACivSP na apel. 326.981, rel. Juiz Luiz Carlos Azevedo; JTACivSP, 89/93)⁶¹ (grifo nosso).

Outra função da motivação é possibilitar ao interessado a interpor do recurso cabível e com os fundamentos adequados⁶². Nas palavras de Badaró, “a garantia processual tem por escopo permitir o conhecimento das razões de decidir, possibilitando a impugnação da decisão e de seus fundamentos pela via recursal”⁶³.

Assim, podemos concluir que, apesar de o princípio aqui abordado conferir ao magistrado total liberdade nas decisões, estas devem pautar-se na lei e nas provas dos autos, bem como serem motivadas, sendo que é somente por meio da motivação, que avaliaremos a parcialidade do magistrado e se o julgamento embasou-se em elementos legais, colhidos licitamente e com respeito às garantias constitucionais.

Por essa razão, a motivação acaba sendo um elemento de controle quanto aos motivos e provas que influenciaram na decisão, conforme será explanado no tópico a seguir.

2.3. FORMAS DE CONTROLE DOS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO DO JUIZ

⁶⁰ FERNANDES, Humberto, *op. cit.*, p. 164-165.

⁶¹ ARONNE, Ricardo. **O princípio do Livre Convencimento do Juiz**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996, p. 51.

⁶² **PRINCÍPIO da motivação das decisões judiciais**. Faculdade Salesiana de Direito de Lorena. Disponível em: <http://www.direitounisal.com.br/Direito_Lorena/Revista_Juridica_On-line_6ed_files/6ed04.pdf>. Acesso em 16 set. 2012

⁶³ BADARÓ, Gustavo H. R. I. **Vícios de Motivação da Sentença Penal**: Ausência De Motivação, Motivação Contraditória, Motivação Implícita E Motivação *Per Relationem*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, p. 124.

Como visto, a necessária motivação das decisões, prevista no art. 93, IX, da Constituição Federal, é uma forma de controlar o que induz o julgador à condenar e se a condenação está sendo baseada nos elementos probatórios contido nos autos e colhidos com respeito às garantias constitucionais.

“Através da exteriorização dos motivos das decisões, viabilizam-se as impugnações pelas partes e, por esse meio, os órgãos superiores podem corrigir eventuais desvios na atividade jurisdicional inferior”⁶⁴.

Quanto ao controle, Gustavo Badaró afirma que “é através da motivação que qualquer do povo poderá controlar a legalidade da decisão, a imparcialidade do juiz, enfim, a justiça do julgamento”⁶⁵.

Neste ponto, nos ensina Aury Lopes Júnior⁶⁶:

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

Dessa forma, caso o magistrado utilize dos atos de investigação, obtidos sem o devido contraditório e ampla defesa, para condenar, por conta da necessária motivação, há como ser feito um controle, ainda que mínimo, do que estará induzindo-o à condenar. E, se estiver condenando com base unicamente nos elementos de investigação, sua decisão é nula, devendo ser cassada pelo Tribunal de Justiça, nos termos assegurados pela Carta Magna e art. 155 do Código de Processo Penal, ressalvadas as provas irrepetíveis e aquelas produzidas antecipadamente.

A atual Constituição Brasileira não admite a imposição de pena, sem que seja comprovada a imputabilidade, culpabilidade e autoria do denunciado, por meio de prova jurisdicionalizada, isto é, levada pelas partes a um juiz imparcial, isento, em processo público, submetido ao contraditório, com amplitude de defesa e mediante um procedimento legalmente preestabelecido.

⁶⁴ GOMES FILHO, Antônio M. **Direito À Prova No Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 163.

⁶⁵ BADARÓ, Gustavo H. R. I., *op. cit.*, p. 126.

⁶⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica Ao Processo Penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 253.

Portanto, é de fundamental importância tomarmos conhecimento dos motivos e elementos probatórios que influenciaram na decisão do magistrado.

Na motivação, o julgador deve explicitar todos os passos percorridos que levaram àquela conclusão. Portanto, representa o ponto de referência obrigatório e necessário para a verificação da imparcialidade, do atendimento às normas legais e do efetivo exame das questões suscitadas no processo.⁶⁷

Nesta senda, aduz Ferrajoli⁶⁸:

“Nesse contexto, a motivação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial. Não se trata de gastar folhas e folhas para demonstrar erudição jurídica (e jurisprudencial) ou discutir obviedades. O mais importante é explicar o porquê da decisão, o que o levou a tal conclusão sobre autoria e materialidade. A motivação sobre a matéria fática demonstra o *saber* que legitima o *poder*, pois a pena somente pode ser imposta a quem – racionalmente – pode ser considerado autor do fato criminoso imputado.” (grifos no original).

Também explica Ibáñez⁶⁹:

“O *ius dicere* em matéria de direito punitivo deve ser uma aplicação/explicação: um exercício de poder fundado em um saber consistente por demonstradamente bem adquirido. Esta qualidade na aquisição do saber é condição essencial para legitimidade do atuar jurisdicional.”

Assim, o poder judicial é legitimado, quando amparado por argumentos seguros e válidos, submetidos ao contraditório, mediante o respeito à ampla defesa, sendo a fundamentação das decisões um instrumento de controle, não só da racionalidade do julgador, como também do seu *sentire*. Servindo também para o controle do poder, no que consiste a garantia. Mas serve ainda para aferir a “verdade” existente no processo evitando o substancialismo da mitológica “verdade real”, razão pela qual é de suma importância que a fundamentação da decisão se dê a partir dos **atos de prova**, submetidos à jurisdicionalidade, contraditório e ampla defesa⁷⁰.

⁶⁷ GOMES FILHO, Antônio M. **Direito À Prova No Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 164.

⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi, apud LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica Ao Processo Penal: Fundamentos Da Instrumentalidade Garantista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 254.

⁶⁹ IBÁÑEZ, apud LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica Ao Processo Penal: Fundamentos Da Instrumentalidade Garantista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 254.

⁷⁰ LOPES JUNIOR, Aury, **Introdução Crítica Ao Processo Penal: Fundamentos Da Instrumentalidade Garantista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 256.

É por meio da motivação que será possível diferenciar a decisão arbitrária, fruto exclusivo do poder, da decisão amparada em elementos suficientes a superar a presunção de inocência do acusado, isto é, resultando do saber. “Só através da indicação dos motivos da decisão será viável constatar a existência de um nexó entre o convencimento e as provas produzidas”⁷¹.

Como afirma Aury Lopes⁷², a única verdade admissível é a processual, produzida no âmago da estrutura dialética do processo penal e com plena observância das garantias de contradicção e defesa.

Apesar de todas as garantias consagradas na Carta da República, infelizmente, a prática tem se mostrado contrariamente, eis que são inúmeras as decisões condenatórias embasadas no inquérito policial e, portanto, violadoras das garantias constitucionais à presunção de inocência, amplitude de defesa e contraditório.

Em alguns casos, usam os magistrados da desculpa de “cotejar a prova judicializada com a inquisitiva” ou “a prova policial corrobora a prova judicial”⁷³, o que vai de encontro à nossa Constituição.

Já chegou-se ao absurdo de aceitar confissão obtida mediante tortura como prova válida para condenação, cotejando-a com os demais elementos.⁷⁴

Tal situação se agrava, tornando-se ainda mais preocupante, quando estamos diante do Tribunal do Júri, em que vigora o princípio da íntima convicção, o qual não precisa ser motivado, sendo, por esta razão, impossível de ser feito um controle a respeito do que levou o julgador a tomar determinada decisão e, pior, a condenar um cidadão. Assim, um indivíduo, submetido ao júri popular, que acaba sendo condenado, jamais saberá se a sua condenação baseou-se em prova ilícita, desrespeito às normas constitucionais. É essa preocupação e a consequente solução que será abordada no capítulo a seguir.

⁷¹ GOMES FILHO, Antônio M. **Direito À Prova No Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 164 – 165.

⁷² LOPES JUNIOR, Aury, *op. cit.*, p. 257.

⁷³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistema De Investigação Preliminar No Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 193.

⁷⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistema De Investigação Preliminar No Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 194.

3. A PROVA NO TRIBUNAL DO JÚRI

3.1. DA ÍNTIMA CONVICÇÃO IMOTIVADA DOS JURADOS

Com origem em Roma, o princípio da livre convicção ou íntima convicção proporciona ao juiz absoluta liberdade para coligir e apreciar as provas, como bem entender⁷⁵.

“O juiz age apenas pela sua consciência, não só no tocante à admissibilidade das provas quanto à sua avaliação, seus conhecimentos e impressões pessoais, até contra provas colhidas e, por fim, pode deixar de decidir se não formada a convicção”⁷⁶.

Assim, é dado ao juiz total e irrestrita liberdade para coligir e apreciar a prova, conforme a sua íntima consciência, por isso o nome “íntima convicção”.

Nos termos deste princípio o julgador não se vincula a qualquer regra legal, no que tange à natureza ou avaliação das provas, pois julga de acordo com a sua convicção, a qual pode resultar dos elementos fornecidos pelas partes, do conhecimento pessoal, das impressões próprias, de informações extraproceto etc, não se exigindo do julgador a exteriorização dos motivos que determinaram a sua convicção.⁷⁷

Esse princípio é aplicável excepcionalmente no ordenamento jurídico brasileiro nos crimes de competência do tribunal do júri, eis que não se coaduna com as garantias instituídas pela Carta Magna de 1988, prevalecendo o princípio da persuasão racional. Assim, em razão da aplicação deste princípio nas decisões proferidas pelo júri popular, os jurados proferem seus votos sem qualquer vinculação ou fundamentação quanto aos elementos que motivaram aquela decisão.⁷⁸

Julgar conforme a íntima convicção significa que os jurados não são obrigados a fundamentar a sua decisão, proferindo seus votos sem qualquer responsabilidade, podendo ir além do que foi discutido e provado.⁷⁹

⁷⁵ ARANHA, José A. Q. T. C. **Da Prova No Processo Penal**. 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 76.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ ARANHA, José Adalberto Q. T. de Camargo, *op. cit.*, p. 77.

⁷⁸ DIAS, Clara. **Princípios Norteadores Do Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/principios-norteadores-do-processo-penal-brasileiro/5262/>>. Acesso em: 14 set. 2012.

⁷⁹ MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto S.; STOCO, Rui. **Teoria E Prática Do Júri**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 411.

Como dito, o Conselho de Jurados não fundamentam as suas decisões e, por essa razão, votam por meio de cédulas compostas das palavras “sim” ou “não”, sendo a obrigação de fundamentar apenas do juiz presidente, ao final do julgamento, no momento da dosimetria da pena.⁸⁰

Por não se exigir a motivação do julgador é que conclui-se que poderá julgar conforme a sua íntima consciência, pois jamais será possível chegarmos aos elementos que levaram àquela decisão.

Não há previsão constitucional no sentido de que os jurados votarão conforme a sua íntima convicção. Referida previsão foi feita pelo legislador ordinário, no Código de Processo Penal.⁸¹

O arbítrio poder conferido aos jurados de não motivar o voto é tão, que permite o julgamento baseado em algo que sequer está nos autos do processo, ou seja, que seja julgado a partir de qualquer coisa.⁸²

Como observa Adalberto José Aranha⁸³, foram necessárias estabelecer barreiras, ante a absoluta e ilimitada liberdade de julgar, causadora de forte “despotismo judicial”. Afirma o autor:

“Esse sistema levou a um despotismo judicial de tal força que, contra a absoluta liberdade de julgar, foi necessário colocar três barreiras, a saber: a) a apelação, a permitir um reexame do que fora decidido; b) o princípio segundo o qual *quod non est in actin non est in hoc mundo*, isto é, o que não está escrito no processo não pertence ao mundo; e c) a prova legal, fato que restringiu a possibilidade de livre apreciação das provas.”

Todavia, no júri, a apelação por decisão manifestamente contrária à prova dos autos, só será admitida uma única vez, isto é, se na segunda oportunidade o julgamento for igual ao primeiro – contrário à prova dos autos – (art. 593, §3º, 2ª parte, CPP) assim será mantido, ante o princípio da soberania dos *verdictos*.

Não obstante, o princípio da prova legal não é aplicável no tribunal do júri, até porque os jurados não motivam o seu veredicto, assim, não há como saber se observou-se o

⁸⁰ *Ibidem*, p. 412.

⁸¹ SOUZA, Kátia G. **Tribunal Do Júri: O Princípio Da Íntima Convicção Dos Jurados Em Face À Constituição Federal De 1988**. 2009. Trabalho de conclusão de curso (Monografia) - Faculdade de direito do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2009, p. 37.

⁸² LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica Ao Processo Penal: Fundamentos Da Instrumentalidade Garantista**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2007. p. 143.

⁸³ ARANHA, José Adalberto Q. T. de Camargo, *op. cit.*, p. 77.

que disciplina o art. 158 do CPP, isto é, se considerará a confissão em detrimento da perícia ou da sua ausência. Assim, os mecanismos citados por Adalberto Aranha para o controle do ilimitado poder de julgar não são aplicáveis no júri popular.

Por outro lado, embora sejam leigos, as decisões proferidas pelos jurados são judiciais. Portanto, é necessário que haja motivação para demonstrar que existia prova suficiente para condenar e afastar o princípio constitucional da presunção de inocência.⁸⁴

Dessa forma, é possível afirmar que a ausência de motivação afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, eis que, por conta da ausência de motivação, o jurado pode condenar o acusado sem demonstrar provas suficientes para isso, contrariando, portanto, o que diz a presunção de inocência.⁸⁵

Criticando esse sistema ainda aplicado no ordenamento jurídico brasileiro, nos crimes de competência do júri popular, aduz Aury Lopes Junior que:

“A “íntima convicção” despida de qualquer fundamentação, permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento. Isso significa um retrocesso ao Direito Penal do autor, ao julgamento pela “cara”, cor, opção sexual, religião, posição socioeconômica, aparência física, postura do réu durante o julgamento ou mesmo antes do julgamento, enfim, é imensurável o campo sobre o qual pode recair o juízo de (des)valor que o jurado faz em relação ao réu. E, tudo isso, sem qualquer fundamentação.”⁸⁶

Como aduz o autor supracitado, em sua obra, até na época da inquisição o condenado tinha o direito de saber o porquê de perder a vida, quando se lia a decisão que o condenou. Nem naquela época imaginou-se um poder de julgar tão amplo, ilimitado e, portanto, tirano.

Por essas razões, conclui-se que o sistema da íntima convicção aliado à ausência de motivação possibilita ao jurado condenar sem qualquer vínculo com os elementos contidos nos autos, admitindo, portanto, a condenação por influência de uma prova ilícita, reportagem midiática, manifestações populares, elementos do inquérito e qualquer outra coisa.

⁸⁴ SOUZA, Kátia G. **Tribunal Do Júri: O Princípio Da Íntima Convicção Dos Jurados Em Face À Constituição Federal De 1988**. 2009. Trabalho de conclusão de curso (Monografia) - Faculdade de direito do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2009, p. 3.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 38-39.

⁸⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Processual Direito Penal: E Sua Conformidade Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 34.

3.2. PROIBIÇÃO DA UTILIZAÇÃO DOS ELEMENTOS COLHIDOS NO INQUÉRITO PARA CONDENAÇÃO

“Não se aplicam ao inquérito policial os princípios processuais, nem mesmo o do contraditório”⁸⁷.

Conforme explanado no início deste trabalho, nos atos de investigação aplica-se o sistema inquisitivo. Portanto, os elementos ali colhidos não respeitam o devido processo legal, separação dos poderes, a publicidade, o princípio do contraditório, tampouco o da ampla defesa, razão pela qual devem servir apenas para a *opinio delicti* do órgão acusador.

A instrução preliminar é um procedimento prévio ao processo penal, tendo natureza pré-processual e função preparatória do processo ou não processo, evitando a prosperação de acusações infundadas. Seus atos, em geral, seguem o sistema inquisitivo, revestindo-se da forma escrita e secreta, contrariando, portanto, o sistema acusatório, a oralidade e publicidade predominantes no processo penal. Resta limitado também o alcance do contraditório e da ampla defesa.⁸⁸

Assim, com a Constituição de 1988 adotou-se, finalmente, uma estrutura processual de natureza acusatória, que se consolida por uma prévia fase investigativa destinada a obter elementos para *opinio delicti* do Ministério Público, cujos resultados não podem servir de base para a condenação.⁸⁹

Nesse sentido, assegura a constituição Federal em seu art. 5º, inciso LIV, que ninguém será privado da sua liberdade sem a observância do devido processo legal. Também disciplina a Carta Magna que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes”, conforme o inciso LV, do seu art. 5º.

No que diz respeito à tramitação legal e regular do processo, isto é, a observância das normas legais e constitucionais, Paulo Rangel afirma que “é a garantia dada ao cidadão de que

⁸⁷ MIRABETE, Julio F. **Código de Processo Penal Interpretado**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 86.

⁸⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 36.

⁸⁹ RIBEIRO, Marcos H. A. **A Prova Colhida No Inquérito Policial: Valor Probatório X Utilidade Na Acusação**. 2005. Trabalho de conclusão de curso (Monografia) - Faculdade de direito do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2005, p. 28.

seus direitos serão respeitados, não sendo admissível nenhuma restrição aos mesmos que não prevista em lei”⁹⁰.

Pois bem, por serem colhidos sobre o crivo do sistema inquisitivo, sem observância das garantias constitucionais, os elementos do inquérito possuem validade relativa, razão pela qual não se pode fundamentar uma decisão condenatória com base exclusivamente no inquérito policial.⁹¹

Nesta senda, como afirma Ferrajoli, somente é válida para condenação “a prueba empirica llevada por una acusación ante um juez imparcial, en um processo público y contradictório com la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecido”⁹².

O verdadeiro valor das provas obtidas no curso da fase pré-processual devem servir para embasar apenas as medidas de natureza cautelar e, no momento da admissão da acusação, para instauração ou não do processo⁹³.

São nesse mesmo sentido, as palavras de Mirabete, que diz: “não se pode fundamentar uma decisão condenatória apoiada exclusivamente no inquérito policial”⁹⁴.

Como regra, os atos da investigação preliminar serão considerados meros atos de investigação destinados à *opino delicti*, devendo a produção da prova ficar reservada para a fase processual, onde será judicializada, ou seja, produzida perante um juiz isento, respeitado o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência. Contudo, já na fase administrativa, ou no acompanhamento das peças do inquérito que instruem os autos, é possível observar a participação do julgador, gerando assim, direta ou indiretamente, uma espécie de influência sobre aquele que irá proclamar a sentença. “A fase processual acaba sendo transformada em mero desdobramento da fase investigativa”⁹⁵.

Por essa razão, somente a prova judicial será válida para justificar a condenação, pois o que se pretende é a verdade formalmente válida, isto é, produzida na instrução probatória do

⁹⁰ RANGEL, Paulo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 2.

⁹¹ RIBEIRO, Marcos H. A. **A Prova Colhida No Inquérito Policial: Valor Probatório X Utilidade Na Acusação**. 2005. Trabalho de conclusão de curso (Monografia) - Faculdade de direito do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2005, p. 24.

⁹² FERRAJOLI, Luigi. **Derecho Y Razón: Teoría Del Garantismo Penal**. 2. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruis Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madri: Trotta, 1997, p. 103, 104 e 106.

⁹³ RIBEIRO, Marcos H. A., *op. cit.*, p. 45.

⁹⁴ MIRABETE, Julio F. **Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 80.

⁹⁵ RIBEIRO, Marcos H. A. , *op. cit.*, p. 36.

processo penal, e não a verdade material, obtida a qualquer custo. Sendo assim, ou haverá provas suficientes no processo para condenar, devendo ser nesse sentido o veredicto, ou permanece a dúvida, onde a absolvição é a única solução.⁹⁶

Assim, embora o sistema brasileiro não exclua o inquérito policial dos autos do processo, é cediço que uma sentença penal condenatória não pode amparar-se exclusivamente nos elementos colhidos na fase inquisitorial, conforme o art. 155 do CPP, sendo que o (relativo) controle da observância de tal garantia se dá através da fundamentação da sentença.⁹⁷

Ocorre que, “mesmo que se diga que os autos do inquérito não podem ser objeto de valoração para justificar uma condenação, existe um grave perigo de contaminação (consciente ou inconsciente) do julgador, que deriva do fato do IP acompanhar a acusação e integrar os autos do processo”⁹⁸.

A situação só piora nos crimes da competência do Tribunal do júri, eis que o Conselho de jurados não sabe distinguir a prova colhida durante a fase de instrução e a prova colhida durante o inquérito, prova esta que não deve ser suficiente para a condenação, haja vista que durante a fase inquisitiva não se observa as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa.⁹⁹

No Tribunal do Júri, em razão do livre convencimento, os jurados julgam com base, inclusive, nos elementos colhidos nessa fase pré-processual, sem distinguir ato de investigação e ato de prova.¹⁰⁰

Aduz Aury Lopes que “os jurados carecem de conhecimento legal e dogmático mínimo para a realização dos diversos juízos axiológicos que envolvem a análise da norma penal e processual aplicável ao caso, bem como uma razoável valoração da prova.”¹⁰¹

⁹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas De Investigação Preliminar No Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 194.

⁹⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Processual Direito Penal: E Sua Conformidade Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 342.

⁹⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas De Investigação Preliminar No Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 193.

⁹⁹ SOUZA, Kátia G. **Tribunal Do Júri: O Princípio Da Íntima Convicção Dos Jurados Em Face À Constituição Federal De 1988**. 2009. Trabalho de conclusão de curso (Monografia) - Faculdade de direito do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2009, p. 40.

¹⁰⁰ RIBEIRO, Marcos H. A. **A Prova Colhida No Inquérito Policial: Valor Probatório X Utilidade Na Acusação**. 2005. Trabalho de conclusão de curso (Monografia) - Faculdade de direito do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2005, p. 35.

Ante os fundamentos expostos, conclui-se que os autos do inquérito policial servem somente para a formação da *opino delicti*, razão pela qual não poderá servir para embasamento exclusivo da condenação. Não obstante, a sua manutenção nos autos do processo pode influenciar o julgador, direta ou indiretamente, ainda mais quando se trata de processos da competência do júri popular, eis que, além de julgarem conforme a íntima convicção, não possuem conhecimento suficiente para distinguir atos probatórios de atos de investigação.

3.3. MECANISMOS DE CONTROLE DO RESPEITO ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO TRIBUNAL DO JÚRI

“[...] é através do exame da motivação da sentença que se torna viável apurar a utilização, pelo julgador, de provas vedadas pelo ordenamento; se a sentença deve conter, necessariamente, uma referência às provas e ao raciocínio fundado a partir das mesmas, fácil será constatar a relevância causal de transgressão à proibição probatória¹⁰².”

Assim, já está claro que é através da fundamentação, motivação e justificação dos motivos que levaram à condenação, que saberemos o que de fato levou o julgador a condenar. Dessa forma, é por meio dessa fundamentação necessária que controlaremos se foram utilizados elementos do inquérito para condenar ou se usou-se das provas legais.

Todavia, como aduzido acima, os jurados são movidos pelo sistema da íntima convicção, julgando conforme a sua consciência. Além disso, ao julgarem, não fundamentam as suas decisões. Por esta razão, é impossível saber-se se um indivíduo, culpado ou inocente, submetido a júri, estará sendo condenado em razão de uma prova ilícita, ou sem respeito às normas constitucionais, ou em face de uma prova jurisdicionalizada e, portanto, legal.

Hoje, um dos principais problemas colocados pelos estudiosos do instituto do Tribunal do Júri é o de que não há como ser feito um controle sobre o que induzirá o jurado, que é um cidadão leigo, sem formação jurídica e conhecimento técnico, a eventualmente

¹⁰¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Processual Direito Penal: E Sua Conformidade Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 341.

¹⁰² PIERRO, Guido, *apud* GOMES FILHO, Antônio M. **Direito À Prova No Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 167.

condenar alguém, o qual, uma vez condenado, passará então, a ser etiquetado como criminoso, sendo inserido em meio ao mundo carcerário, de onde dificilmente sairá.

Afirma o citado autor, Aury Lopes Júnior, que:

“(...) A “íntima convicção”, despida de qualquer fundamentação, permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento. Isso significaria um retrocesso no Direito Penal do autor, ao julgamento pela “cara”, cor, opção sexual, religião, posição socioeconômica, aparência física, postura do réu durante o julgamento ou mesmo antes do julgamento, enfim, é imensurável o campo sobre o qual pode recair o juízo de (des)valor que o jurado faz em relação ao réu. E, tudo isso, sem qualquer fundamentação”.¹⁰³

Sendo assim, na há na instituição do Tribunal do júri, mecanismos que controlem a observância das garantias constitucionais dos acusados. Pelo contrário, vê-se cair por terra, qualquer esperança de ser julgado com elementos colhidos sob o sistema acusatório, pois não há necessidade de motivação da decisão, e pior, não há a exclusão física do inquérito policial dos autos do processo¹⁰⁴, tampouco a proibição da menção aos elementos colhidos em segredo.

Como já aduzido, embora se afirme que os autos do inquérito não podem ser objeto de valoração para justificar uma condenação, eis que é assegurado às partes que os seus pleitos sejam analisados de forma isenta, existe um grave perigo de contaminação do julgador, que deriva do fato de o inquérito policial acompanhar a acusação e integrar os autos do processo. Neste ponto, o artigo 12 do Código de Processo Penal, prevê que “o inquérito policial acompanhará a denúncia ou a queixa, sempre que servir de base a uma ou a outra”¹⁰⁵.

Esse perigo de contaminação no Tribunal do Júri é certo, pois, além de serem induzidos pela sua própria consciência e não fundamentarem suas decisões, os jurados não possuem conhecimento técnico para distinguir atos de investigação de atos de prova. E, por não ser feito um controle, qualquer coisa poderá influenciar na condenação, principalmente os elementos do inquérito policial que compõem os autos do processo.

“No Tribunal do júri, qualquer esperança de ser julgado a partir da prova judicializada cai por terra, na medida em que não existe a exclusão física dos

¹⁰³ LOPES JUNIOR, Aury. **Processual Direito Penal: E Sua Conformidade Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 343.

¹⁰⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Processual Direito Penal: E Sua Conformidade Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 342.

¹⁰⁵ RIBEIRO, Marcos H. A. **A Prova Colhida No Inquérito Policial: Valor Probatório X Utilidade Na Acusação**. 2005. Trabalho de conclusão de curso (Monografia) - Faculdade de direito do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2005, p. 34.

autos do inquérito e tampouco há vedação de que se utilize em plenário os elementos da fase inquisitorial (inclusive o julgamento pode travar-se exclusivamente em torno dos atos de inquérito). Para completar o triste cenário, os jurados julgam por livre convencimento imotivado, sem qualquer distinção entre atos de investigação e atos de prova”¹⁰⁶.

Ora, se a função do inquérito é auxiliar na opinião da acusação a respeito do delito, uma vez oferecida a denúncia, não há razões para a manutenção dos autos do inquérito, até porque, a denúncia por si só tem presunção de veracidade, ante a fé pública do promotor de justiça, não necessitando, portanto, de inquérito para embasá-la.

3.4. SOLUÇÃO PARA O RESPEITO ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO TRIBUNAL DO JÚRI

Como já aduzido, em razão de no tribunal do júri, por conta do sistema da íntima convicção cumulado à ausência de motivação da decisão, não ter como ser feito um controle a respeito do que influenciou o jurado a condenar, isto é, se foram os elementos do inquérito ou uma prova jurisdicionalizada, mostra-se necessária uma medida para garantir o respeito aos direitos fundamentais consagrados pela Carta Magna.

A mestre em Direito Penal, Neide Aparecida Ribeiro¹⁰⁷, ao publicar artigo científico sobre o tema, com o título “o veredicto do Tribunal do Júri calcado unicamente em provas do inquérito policial”, aduz que:

“[...] Nos termos da Constituição Federal e do Código de Processo Penal, o júri bem como seu veredicto, traduz a idéia de independência. Todavia, não traduz onipotência descomedida porque o legislador foi cauteloso em alterar o Código de Processo Penal, adaptando-o ao texto constitucional, por intermédio da Lei nº 263, de 23/02/1948. Incluiu a possibilidade de realizar-se novo julgamento, desde que haja recurso nesse sentido, no caso de a decisão dos jurados ser manifestamente contrária à prova dos autos [...] Evidentemente, mesmo sendo o júri soberano, havendo decisão de forma a contrariar a prova colacionada aos autos, não há como se proteger tal decisão existindo, de forma clara, erro em tal *decisum*. Máxime, quando houver a ausência de prova jurisdicionalizada ferindo o princípio do contraditório, previsto no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal. Nesse caso, impõe-se a cassação do veredicto proferido pelo Conselho de Sentença, fundado em provas colhidas durante o inquérito policial e contrárias à prova dos autos.

¹⁰⁶ LOPES JUNIOR, Aury., op cit., p. 342.

¹⁰⁷ Advogada. Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Goiás. Professora da UCG e UPIS.

Deve o Tribunal determinar outro julgamento ao acusado, segundo o art. 593, § 3º do Código de Processo Penal [...]

De modo irremediável, a ausência de prova jurisdicionalizada fere o princípio do contraditório, previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Nesse caso, impõe-se a cassação do veredicto proferido pelo Conselho de Sentença, quando tenha por fundamento unicamente provas colhidas durante o inquérito policial, contrário à prova dos autos, devendo o Tribunal determinar que a outro julgamento seja submetido o acusado, nos termos do art. 593, § 3º, do Código de Processo Penal.

Considerando aludida cassação, sendo realizado outro julgamento, com posterior condenação, e nos mesmos termos anteriores (prova exclusiva do inquérito policial), por reiterado ferimento a preceito constitucional, art. 5º, LV, não se aplicará o óbice do art. 593, § 3º *in fine*, do Código de Processo Penal, para o conhecimento de nova apelação, fulcrada no art. 593, inciso III, letra “d”, da lei processual penal adjetiva.”¹⁰⁸

Como se vê, ao analisar a possibilidade de o jurado condenar influenciado pelos elementos obtidos sob o crivo do sistema inquisitivo, a citada autora, sugere como solução, a submissão do acusado a novo julgamento, eis que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos. E, caso o novo julgamento, seja no mesmo sentido, isto é, influenciado pelos atos do inquérito policial, afastar-se-ia o óbice do parágrafo 3º, do art. 593, do CPP, conhecendo a apelação e submetendo o acusado, novamente, a novo conselho de sentença.

O direito de ser julgado com base nos atos de prova, deve ser visto em sua real dimensão, enquanto garantia de máxima originalidade. Por isso, é preciso evitar a contaminação do julgador pelos atos de investigação, pois colhidos sob o crivo do sistema inquisitivo, sem as mínimas garantias.¹⁰⁹

Ocorre que, apesar de a autora afirmar que deverá o réu ser submetido a novo júri, quando vir a ser condenado mediante os elementos do inquérito, não aduz a forma como saberá o que motivará o jurado a condenar. E não faz isso, porque não há formas de controle. Assim, como saberá que foram os atos da investigação preliminar que induziram os jurados a condenar, se estes não precisam fundamentar as suas decisões? Por esta razão, tal solução sustentada, não nos parece ser a melhor.

¹⁰⁸ RIBEIRO, Neide A. **O Veredicto Do Tribunal Do Júri Calcado Unicamente Em Provas Do Inquérito Policial**. Revista de Direito da UPIS, Brasília, 2007, v. 5, p. 111–128. Disponível em: <<http://www.upis.br/revistadireito/default.asp>> Acesso em: 12 set. 2012.

¹⁰⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 261.

Por outro lado, não obstante as normas processuais penais brasileiras sustentarem que os elementos do inquérito não integram o material probatório que o juiz levará em conta para proferir a sentença de mérito, na prática não se mostra assim¹¹⁰.

É o que afirma Ada Pellegrini Grinover, ao aduzir que:

“[...] na prática é relevante a influência dos elementos do inquérito sobre a formação do convencimento do juiz. E não somente para efeitos de provimentos cautelares constritivos ou quanto ao juízo de admissibilidade da acusação – o que é natural; mas também em relação ao próprio juiz”.

A autora aduz que tal fato ocorre por dois motivos, quais sejam, tanto o juízo de admissibilidade da acusação, quanto o de mérito, são atribuídos ao mesmo juiz – com exceção dos crimes de competência do júri. E também, porque o inquérito compõem os autos do processo, o que acaba influenciando, direta ou indiretamente, na formação do convencimento do julgador¹¹¹.

Como solução para esse grave problema, que acaba demolindo os princípios constitucionais do contraditório e do juiz natural, Ada Pellegrini sustenta que:

“o processo brasileiro deveria alinhar-se à técnica do Código-Modelo, prevendo uma fase processual preliminar, destinada ao saneamento do processo e ao juízo de admissibilidade sobre a acusação, conduzida por um juiz diverso do de mérito. Uma vez recebida a acusação, proceder-se-ia ao desapensamento dos autos do inquérito, com exceção das provas irrepetíveis na conformidade com o disposto no código italiano de 1988, para que nenhum elemento prévio pudesse contribuir, ainda que só psicologicamente, a formar o convencimento do juiz da causa.”¹¹²

Esse mesmo posicionamento é defendido por Aury Lopes Júnior, que afirma cair por terra, no Tribunal do Júri, a garantia fundamental de ser julgado a partir da prova judicializada, eis que não existe a exclusão física dos autos do inquérito e “tampouco há vedação de que se utilize em plenário os elementos da fase inquisitorial”, podendo o julgamento fundar-se inclusive nos elementos do inquérito. Para completar o total desrespeito às garantias fundamentais, os jurados julgam conforme a sua livre convicção, sendo esta imotivada, sem qualquer distinção entre os atos de investigação e os atos de prova¹¹³.

¹¹⁰ GRINOVER, Ada P. **O Processo Em Evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p.239.

¹¹¹ GRINOVER, Ada P. **O Processo Em Evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p.239.

¹¹² *Ibidem*, p.239-240.

¹¹³ LOPES JUNIOR, Aury. **Processual Direito Penal: E Sua Conformidade Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 342.

É que, como aduz Antônio Magalhães Gomes Filho:

“no momento da valoração da prova se tornam concretos os efeitos das regras de legalidade na obtenção e incorporação das provas aos autos do processo, ante a proibição imposta ao julgador de apreciar os elementos introduzidos com violação às normas legais. Por isso, nesse fase se concretiza o direito de exclusão, que implica a não utilização, na decisão, dos dados resultantes da violação às garantias constitucionais (contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, devido processo legal e prova judicializada)”.¹¹⁴

Aury Lopes, defende a adoção do *sistema de exclusão física do inquérito policial*, de modo a evitar a contaminação do julgador pelos atos inquisitórios, obtidos na investigação preliminar e, portanto, em segredo, sem defesa ou contraditório e não-judicializado.¹¹⁵

Quanto ao problema dos autos do inquérito integrarem os autos do processo e a possibilidade de influenciar no convencimento do julgador, “leva-nos a defender como única solução uma reforma urgente, que determine a **exclusão física do inquérito policial** dos autos do processo dos autos do processo”, *evitando as indesejáveis confusões de fontes cognitivas atendíveis, contribuindo assim a orientar sobre o alcance e a finalidade da prática probatória realizada no debate*, como definiu o legislador espanhol de 1995.¹¹⁶

A originalidade absoluta é alcançada, pois se impede que todos os atos de investigação preliminar sejam transmitidos ao processo, permitindo-se apenas a transmissão dos atos irrepetíveis ou das provas antecipadas, de modo a assegurar que os elementos de convencimento sejam dados por meio da prova judicializada, evitando-se assim a contaminação dos jurados e garantindo-se que o convencimento recairá exclusivamente sobre os atos praticados na fase processual, isto é, na presença do juiz e com respeito a todas as garantias fundamentais.¹¹⁷

Conforme afirma Antônio Magalhães, a influência sobre o convencimento do julgador baseada em prova ilícita ou em desrespeito às normas processuais, nem sempre pode

¹¹⁴ GOMES FILHO, Antônio M. **Direito À Prova No Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 160-161.

¹¹⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Processual Direito Penal: E Sua Conformidade Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 342.

¹¹⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas De Investigação Preliminar No Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 194 – 195.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 195.

ser detectada. Por isso, recomenda-se o desentranhamento dos autos daqueles registros referentes às provas ilícitas, a fim de que o julgador sequer tenha contato com elas¹¹⁸.

Nos julgamentos do Tribunal do Júri, como a motivação não é explicitada, a solução é mais evidente, eis que as provas ilícitas e obtidas em desrespeito às normas legais (contraditório, ampla defesa) não podem ser referidas em plenário, sob pena de dissolução do Conselho de Sentença, ou de anulação do julgamento, se o fato só for reconhecido posteriormente¹¹⁹.

Dessa forma, a melhor solução é o desentranhamento dos atos do inquérito, ressalvadas as provas irrepetíveis e as antecipadas e a proibição da sua menção em plenário, sob pena de nulidade, principalmente nos crimes de competência do júri popular, eis que eventual recurso não poderá reformar a decisão dos jurados e, caso submetido a novo júri o acusado, será por uma única vez, haja vista o princípio da soberania dos veredictos e o óbice disciplinado no parágrafo terceiro, do art. 593 do código de processo penal. Assim, a retirada dos atos de investigação dos autos do processo, no momento da pronúncia, é a única forma de efetivar a garantia da prova jurisdicionalizada e de ser condenado, com base nos atos de prova.¹²⁰

Por essa razão, no momento da pronúncia, de modo a não influenciar o jurado leigo, devem os atos de investigação serem desentranhados dos autos do processo, proibindo-se a menção a quaisquer destes atos inquisitórios, sob pena de nulidade, ressalvando-se as provas irrepetíveis e as antecipadas.

Esse raciocínio já fez parte do nosso ordenamento processual penal, quando a Constituição Federal de 1981 disciplinava que cada Estado deveriam legislar sobre as suas normas processuais, estando previsto, no art. 243 do antigo Código do Distrito Federal (Decreto nº 16.751, de 31.12.1924), que:

“Os autos de inquirição apensos aos de investigação, nos termos dos arts. 241 e 242, servirão, apenas, de esclarecimento ao Ministério Público, não se juntarão ao processo, quer em original, quer por certidão, e serão entregues, após a denúncia, pelo representante do Ministério Público ao cartório do

¹¹⁸ GOMES FILHO, Antônio M. **Direito À Prova No Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 167.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 168.

¹²⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas De Investigação Preliminar No Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 259.

juízo, em invólucro lacrado e rubricado, a fim de serem arquivados à sua disposição”.¹²¹

Como se vê, tal código disciplinava que como os atos de investigação serviam apenas para o ministério público, deviam ser entregues ao representante ministerial, não se justificando a sua juntada ao processo. Assim, é possível a implantação de uma reforma, de modo a excluir o inquérito policial, no momento da pronúncia, mantendo-se apenas as provas irrepetíveis e antecipadas.

Tal posicionamento, também fez parte do Projeto de Lei nº 4.203 de 2001, originário da Câmara dos Deputados, o qual institui a substancial reforma, em 2008, nos processos de competência do tribunal do júri. Referido projeto disciplinava em seu artigo 421, *caput*, que:

“Art. 421. Preclusa a decisão de pronúncia, o processo, instruído com as provas antecipadas, cautelares ou irrepetíveis, será encaminhado ao juiz presidente do Tribunal do Júri”¹²²

Como se constata, o processo somente seria instruído com as provas antecipadas, cautelares ou irrepetíveis, decotando-se os demais elementos inquisitoriais, obtidos em desrespeito às garantias constitucionais.

Todavia, infelizmente, ao ser enviado para a análise do Senado Federal, não foi aprovado, impedindo a norma processual penal de avançar e, finalmente, respeitar as garantias fundamentais, previstas na Constituição de 1988.

Ressalta-se que não é pelo fato de a instituição do júri tratar-se de cláusula pétrea, que está impedido de sofrer uma reforma. Até porque, o art. 5º, XXXVIII, consagra o júri, com a “organização que lhe der a lei”. Assim, a disciplina da sua estrutura é transferida à lei ordinária, o que, por si só, legitima uma ampla e substancial reforma, necessária para atualidade¹²³.

Portanto, há possibilidade de reforma, desde que assegurados o sigilo das votações, a plenitude de defesa, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.203, de 2001**. Altera os dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri e dá outras providências. Câmara dos Deputados, Brasília, 2001. Disponível em < <http://www2.camara.gov.br/>> Acesso em: 24 set. 2012.

¹²³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Processual Direito Penal E Sua Conformidade Constitucional**. 5 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Vol. 2, p. 339.

Não obstante, essa ideia de retirar os atos de investigação dos autos do processo, no momento da pronúncia, é adotada por outros países, tais como o sistema italiano, em que são eliminadas dos autos que formarão o processo penal todas as peças da investigação preliminar (*indagine preliminare*), com exceção do corpo de delito e das antecipadas, produzidas no respectivo incidente probatório.¹²⁴

Conforme o disposto no Código italiano de 1988, uma vez recebida a acusação, o inquérito será desapensado dos autos, com exceção das provas irrepitíveis, para que nenhum elemento prévio possa contribuir, ainda que só psicologicamente, a formar o convencimento do julgador¹²⁵.

Ademais, também o legislador espanhol de 1995, na nova lei do Tribunal do Júri, justifica, na Exposição de Motivos, a necessidade da exclusão física, dos autos do processo, das peças de investigação preliminar, de *sumario*, evitando com isso, *as indesejáveis confusões de fontes cognitivas atendíveis, contribuindo assim a orientar sobre o alcance e a finalidade da prática probatória realizada no debate* (ante os jurados).¹²⁶

Ante as razões expostas, de modo a garantir que nenhum acusado submetido a júri popular seja condenado com base em elementos colhidos conforme o sistema inquisitivo, mostra-se necessário uma reforma no código processual penal, para que os autos do inquérito sejam desentranhados do processo, no momento do pronúncia, ressaltando-se as provas antecipadas e irrepitíveis, proibindo-se qualquer menção aos atos do inquérito, sob pena de nulidade absoluta, sendo que essa reforma mostra-se possível, pois, além de já ter sido aplicada no ordenamento jurídico brasileiro é aplicada em outros países.

¹²⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica Ao Processo Penal**: Fundamentos Da Instrumentalidade Garantista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 260.

¹²⁵ GRINOVER, Ada P. **O Processo Em Evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 240.

¹²⁶ LOPES JUNIOR, Aury, *op cit.*, p. 261.

CONCLUSÃO

Ante tudo que fora exposto ao longo deste trabalho, podemos concluir que o inquérito policial é peça de natureza peculiar, destinado para a formação da *opino delicti* do órgão acusador e embasamento das decisões cautelares, realizadas na fase pré-processual, bem como da decisão para a instauração ou não do processo. Por isso, possui valor relativo, sendo vedada a condenação calcada unicamente nos elementos inquisitivos, nos termos da Constituição Federal e do artigo 155 do Código de Processo Penal..

Vimos também que, nos crimes comuns vigora para o juiz togado o princípio do livre convencimento, o qual assegura ao julgador a livre apreciação das provas, sendo necessária a fundamentação da decisão. Assim, é através dessa necessária motivação, insculpida no inciso IX, do artigo 93, da Constituição Federal, que é feito o controle a respeito da imparcialidade do juiz, da observância das normas legais e do que o induziu à condenação ou absolvição, podendo a sentença, em determinados casos de vícios, ser cassada ou reformada pelo colegiado.

Noutro giro, vimos que nos crimes de competência do Tribunal do Júri, para os jurados vigora o sistema da íntima convicção, o que significa dizer que poderá julgar conforme a sua íntima consciência, isto é, poderá ser influenciado por uma prova obtida mediante tortura e, portanto, ilícita, bem como por quaisquer atos do inquérito policial, pela cor, raça, etnia, condição socioeconômica, opção sexual do acusado e até mesmo pelo seu comportamento ante ou durante o julgamento.

Não obstante, como nesse sistema da íntima convicção o juiz é levado pela sua consciência não precisa fundamentar a sua decisão.

Assim, temos garantias antagônicas, eis que de um lado a Constituição Federal assegura o direito à prova judicializada, ao contraditório, à ampla defesa, presunção de inocência, publicidade e fundamentação de todas as decisões. Por outro lado, consagra a instituição do Tribunal do Júri, a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania do voto dos veredictos, bem como a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Dessa forma, ante a ausência de fundamentação e o julgamento com base na íntima convicção, nos crimes do Tribunal do Júri, não há como ser feito um controle a respeito do

que induziu o jurado a condenar. Assim, não se sabe se o que o levou a condenar foi uma prova ilícita, obtida mediante tortura, ou em desrespeito às garantias fundamentais.

Por isso, não se tem um controle para saber se as garantias constitucionais ao contraditório, plenitude de defesa, prova judicializada e presunção de inocência, foram respeitadas.

Assim, mostra-se necessária uma reforma processual, a fim de garantir ao acusado, submetido a júri, que não venha a ser condenado por uma prova obtida em desrespeito às garantias constitucionais.

A solução, portanto, consiste no desentranhamento do inquérito policial dos autos do processo, no momento da pronúncia, ressaltando-se as provas cautelares e irrepetíveis.

Da mesma forma, referida reforma processual mostra-se possível, desde que asseguradas a plenitude de defesa, a soberania do voto dos veredictos, o sigilo das votações e a competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Pedro A. **Proceso y Derecho Procesal** – Introduction. 2 ed., Madri: Editorales de Derecho Reunidas, 1997.

ARANHA, Adalberto J. Q. T. C. **Da Prova No Processo Penal**. 6 ed., São Paulo: Saraiva, p. 77

ARAÚJO, Gladston F. **Tribunal Do Júri: Uma Análise Processual À Luz Da Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

ARONNE, Ricardo. **O princípio do Livre Convencimento do Juiz**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

BADARÓ, Gustavo H. R. I. **Vícios de Motivação da Sentença Penal: Ausência De Motivação, Motivação Contraditória, Motivação Implícita E Motivação *Per Relationem***. Revista Brasileira de Ciências Criminais.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.203, de 2001**. Altera os dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri e dá outras providências. Câmara dos Deputados, Brasília, 2001. Disponível em < <http://www2.camara.gov.br/>> Acesso em: 24 set. 2012.

BRASIL. **Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1>. Acesso em 12 out. 2012.

BRASIL. Código de Processo Penal. **Art. 156 do Código Penal - Decreto Lei 2848/40**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111690.htm>. Acesso em: 24 set 2012.

BRASIL. Código de Processo Penal. **Art. 792 do Código Penal – Decreto Lei 3689/41**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 24 set. 2012.

BRASIL. Código de Processo Penal. Art. 234-B do Código Penal – Decreto Lei 12015/09. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm>. Acesso em: 24 set 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso De Processo Penal**. 17ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho Procesal Civil y Penal**. Trad. Enrique Figueroa Alfonso. México: Episa, 1997.

CARVALHO, Thiago M. **A Inaplicabilidade Da Perpetuação Da Jurisdição Nos Processos De Competência Do Júri Popular**. Trabalho de conclusão de curso apresentada a faculdade de direito do Centro Universitário de Brasília. 2007.

DIAS, Clara. **Princípios Norteadores Do Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/principios-norteadores-do-processo-penal-brasileiro/5262/>>. Acesso em: 19 set. 2012.

FERNANDES, Humberto. **Princípios Constitucionais Do Processo Penal Brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

FERRAJOLI, Luigi, apud LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica Ao Processo Penal: Fundamentos Da Instrumentalidade Garantista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho Y Razón: Teoria Del Garantismo Penal**. 2. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruis Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madri: Trotta, 1997.

GOMES FILHO, Antônio M. **Direito À Prova No Processo Penal**. São Paulo: Revista do Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Aroldo P. **Técnica Processual E Teoria Do Processo**. 1 ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada P. **Novas Tendências Do Direito Processual**. São Paulo: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada P. **O Processo Em Evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

GUCCI, Guilherme S. **Tribunal do Júri**. 2. ed., São Paulo: Afiliada, 2011.

LOPES, Rafael M. **A Inconstitucionalidade Da Apresentação Dos Antecedentes Criminais Do Réu No Plenário Do Júri**: uma proposta de emenda ao artigo do Projeto de Lei do Senado, nº 156 de 2009 (Projeto de Reforma do Código de Processo Penal). Trabalho de conclusão de curso apresentada a faculdade de direito do Centro Universitário de Brasília. 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas De Investigação Preliminar No Processo Penal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Processual Direito Penal E Sua Conformidade Constitucional**. 5 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Vol. 2.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica Ao Processo Penal: Fundamentos Da Instrumentalidade Garantista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES JUNIOR, Aury. op. cit., p. 254, apud Ibáñez. **Garantismo Y Proceso Penal**, p. 59

MARQUES, José F. **A instituição do júri**. São Paulo: Bookseller, 1997.

MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto S.; STOCO, Rui. **Teoria E Prática Do Júri**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MENDES, Gilmar F. et al. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Julio F. **Código de Processo Penal Interpretado**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976. Tomo II.

MOREIRA, José C. B. **A Constituição e As Provas Ilicitamente Obtidas**. Disponível em: <http://www.forense.com.br/Atualida/Artigos_DP/ef08f.htm>. Acesso em: 16 jan. 12. p. 09; Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5829/a-admissibilidade-no-processo-penal-da-prova-obtida-mediante-gravacao-telefonica-feita-por-um-dos-interlocutores#ixzz25Kt6OxDF>>. Acesso em 02 set. 2012.

MOURA, Fernando G. e FERREIRA, Letícia F. **Súmulas Vinculantes E O Princípio Do Livre Convencimento Do Juiz: Evidente Inconstitucionalidade**. Disponível em: <http://www.fernandogalvao.com/?pag=publicacoes_ver&codigo=18 >. Acesso em 16 set 2012.

NASCIMENTO, Augusto G. A. **Processo Penal Brasileiro: Sistema Acusatório Ou Inquisitivo Garantista?** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2690&revista_caderno=22> Acesso em 20 maio 2012.

NUCCI, Guilherme S. **Manual De Processo Penal E Execução Penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme S. **Júri: Princípios Constitucionais**. 1 ed. São Paulo: J. de Oliveira, 1999.

NUCCI, Guilherme S. **Tribunal do Júri**. 2. ed., São Paulo: Afiliada, 2011.

PACHECO, Denílson F. **Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Práxis**. 4 ed. Niterói: Editora Impetus. 2006.

PETRY, Vinícius D. **A Prova Ilícita**. Disponível em: jus.com.br/revista/doutrina/texto.asp?id=4534> <<http://jus.com.br/revista/doutrina/texto.asp?id=4534>> Acesso em: 26 dez 03. p. 15. Também disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/5829/a-admissibilidade-no-processo-penal-da-prova-obtida-mediante-gravacao-telefonica-feita-por-um-dos-interlocutores/3#ixzz25KyJAIGs>> Acesso em: 02 set. 2012.

PIERRO, Guido, apud GOMES FILHO, Antônio M. **Direito À Prova No Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional Das Leis Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

PRINCÍPIO da motivação das decisões judiciais. Faculdade Salesiana de Direito de Lorena. Disponível em: <http://www.direitounisal.com.br/Direito_Lorena/Revista_Juridica_On-line_6ed_files/6ed04.pdf>. Acesso em 16 set. 2012.

RAMOS, Ortels. **Derecho Jurisdiccional – Processo Penal**. Vol. III, pp. 151 e seguintes. Também no artigo “*Eficacia probatória de lacto de investigación sumarial, Estudio de los*”

artículo 730 y 714 de la LECRIM”, in Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, ano 1982, nºs 2-3.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RANGEL, Paulo. **Tribunal Do Júri: Visão Lingüística, Histórica, Social E Dogmática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RANGEL, Paulo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RIBEIRO, Marcos H. A. **A Prova Colhida No Inquérito Policial: Valor Probatório X Utilidade Na Acusação**. Trabalho de conclusão de curso apresentado a faculdade de direito do Centro Universitário de Brasília, 2005.

RIBEIRO, Neide A. **O Veredicto Do Tribunal Do Júri Calcado Unicamente Em Provas Do Inquérito Policial**. Revista de Direito Upis, v. 5, p. 111-129, jan. 2007. Disponível eletronicamente em: <<http://www.upis.br/revistadireito/default.asp>>. Acesso em: 20 set. 2012.

SOUZA, Karine G. **Tribunal do Júri: o princípio da íntima convicção dos jurados em face à Constituição Federal de 1988**. Trabalho de conclusão de curso apresentada a faculdade de direito do Centro Universitário de Brasília – DF, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando C. **Manual De Processo Penal**. 14ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando C. **Processo Penal**. Vol.I. 29 ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

TUCCI, José R. C. **A Motivação Da Sentença No Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1987.