

A DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 11.690, EM 09 DE JUNHO DE 2008, A QUAL ALTEROU O TEXTO LEGAL DO DECRETO-LEI Nº 3.689/41 E SUA RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.

Flávio Barbosa Magalhães¹
Marcela Clips²

Resumo

O presente artigo científico cuida-se da temática denominada “a democratização do processo penal, com as alterações introduzidas pela lei nº 11.690, em 09 de junho de 2008, a qual alterou o texto legal do decreto-lei nº 3.689/41 e sua relação com o princípio do contraditório” pelo fato que tal assunto tem tomado palco de grande discursões a respeito de vários julgamentos de políticos de alto escalão em nosso país. Dessa forma, analisará o instituto da prova e sua relação com o princípio do contraditório, além de esmiuçar sobre os conceitos de elementos de convicção e prova no processo penal, entender quais foram as alterações promovidas no instituto da prova, com a entrada em vigo da Lei nº 11.690 de 2008, e por fim, identificar como a aplicação do princípio do contraditório influi na formação da convicção do magistrado.

Palavras-chave: Provas, Processo Penal e Constituição de 1988;

¹ Discente do Nono Período do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (IESES) – Unidade Cachoeiro de Itapemirim. E-mail: magalhaesflavio@hotmail.com

² Professora Orientadora - graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (2003). Pós Graduada em Direito Penal e Processo Penal pela rede de ensino Leonardo da Vinci, Universidade Leonardo da Vinci. Mestranda em Ciências da Educação pela UniversidadAutonoma de Asunción - UAA (Py). Professora de Direito Penal, Prática Jurídica II e IV, Direito Processual Penal I e Teoria Geral do Direito na Faculdade Multivix, Unidades Cachoeiro de Itapemirim e Castelo, Espírito Santo, em regime parcial (12 horas aula semanais e 6 horas de atividades complementares). Advogada Sócia do Escritório de Advocacia Lessa e Clips Advogados Associados. Assessora jurídica do Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Castelo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal, Processual Penal, Administrativo e Civil. Exerce advocacia e assessoria jurídica no escritório de advocacia Lessa Clips Advogados Associados, desde março/2007, o qual que presta serviços especializados nas áreas de Direito Civil, Previdenciário, Empresarial, Ambiental, Trabalhista, Penal, Processual Penal, Penal Militar, Processual Penal Militar, Defesa do Consumidor, com atuação nos âmbitos administrativo e contencioso judicial.

Abstract

This scientific article takes care of the theme called "the democratization of the criminal process, with the changes introduced by Law No. 11,690, on June 9, 2008, which amended the legal text of Decree-Law No. 3.689 / 41 and its relation with the principle of contradiction, "for the fact that this subject has been the scene of great discourse about several judgments of high-ranking politicians in our country. In this way, it will analyze the institute of the test and its relation to the principle of the adversary, in addition to examining the concepts of elements of conviction and evidence in the criminal process, to understand what were the changes promoted in the institute of the test, with the entry into vigo of Law No. 11,690 of 2008, and finally, to identify how the application of the principle of adversary affects the formation of the conviction of the magistrate.

Keywords:Evidences; Criminal Procedure and Constitution of 1988.

1 INTRODUÇÃO

O hodierno artigo objetiva o estudo inerente as alterações implementadas no Processo Penal Brasileiro, com a vedação de decisões fundamentadas unicamente nos elementos de convicção colhidos na fase de inquérito policial que efetivam o princípio do contraditório, dentro dessa ótica, oxigenado pelo princípio constitucional da ampla defesa, e na busca de garantir o devido processo legal para resultar na garantia do Estado Democrático de Direito.

Destarte que a problemática levantada dentro deste dispositivo científico foi em relação às alterações implementadas no Processo Penal Brasileiro, com a vedação de decisões fundamentadas unicamente nos elementos de convicção colhidos no inquérito policial, efetivam a democratização do Processo Penal Brasileiro, na medida em que possibilita às partes, com a interação no processo, influir na convicção do douto magistrado no momento de prolatar a sua respectiva decisão.

Importa acrescentar, que o objetivo geral desta pesquisa é analisar o instituto da prova e sua relação com o princípio do contraditório a luz da Magna Carta de 1988, ao passo que a efetivação do devido processo legal é necessária a garantia constitucional do princípio da ampla defesa.

Assim, terá o seu enfoque específico nos conceitos e problemáticas de elementos de convicção e prova no processo penal. Segundo o professor Barandier “a prova, a soma dos meios produtores de certeza, é um dos mais vastos e empolgantes assuntos da ciência do Direito, prova não é o mais importante do processo; ela é todo o processo” (BARANDIER, 1997, p. 07). Sendo que o propósito da prova é persuadir e convencer o juiz acerca da verdade real dos fatos.

Por fim, o presente trabalho buscará entender quais as alterações promovidas no instituto da prova, com a entrada em vigor da Lei nº 11.690 em 09 de junho de 2008, que alterou o texto legal do Decreto-Lei nº 3.689/41, dando mais liberdade processual para as partes no que diz respeito a produção de provas e estreitou a relação entre juiz e as partes, além de identificar a incidência do princípio do contraditório nas fases do processo penal e compreender como a oportunização do contraditório influi na formação da convicção do magistrado.

2 CONCEITO DE ELEMENTOS DE CONVICÇÃO E PROVA NO PROCESSO PENAL

O instituto da prova no tocante ao processo penal é todo meio de prova legal e idôneo levada ao crivo do Estado-juiz com intuito de motivá-lo e convencê-lo acerca da verdade real dos fatos que estiverem sendo apurados, para que, com base nestes dados possa proferir uma decisão/sentença justa. O supramencionado dispositivo também poderá ser definido como toda a reação física, psíquica, biológica, material, imaterial ou até mesmo espiritual que sofreram alterações no mundo naturalístico devido ao um caso fático que ocorreu dentro da sociedade.

Logo, todo este conjunto de informações é conhecido como prova do fato que ocorreu no passado, portanto, podendo e devendo autor e/ou réu lançar mão dessas provas para auxiliar o juiz na busca da verdade real. Cabe ressaltar as palavras do Doutrinador Guilherme de S. Nucci, que assevera:

O termo prova origina-se do latim – probatio –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – probare –, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar (NUCC, 2014, p.338).

Conforme epigrafe, para o professor Nucci o instituto da prova nada mais é do que o meio que lança mão o agente para comprovar um fato que ocorreu no passado perante juízo dentro de certa liberdade, via de regra, para que os agentes demonstrem essa verdade, sendo que nesta regra comporta-se também exceção pelo fato que o agente não poderá utilizar-se de provas que advém de meios não autorizados pelo ordenamento jurídico vigente, podendo o agente se prejudicar devido ao instituto da teoria da arvore envenenada. Questão a ser levantada é a respeito se tal teoria demonstra-se pacífica exclusivamente no sentido da produção acusatória ou se ela não representaria cerceamento de defesa uma vez que ao menos no processo penal busca-se a verdade real dos fatos.

Como dito por Barandir a prova é “a soma dos meios produtores de certeza, é um dos mais vastos e empolgantes assuntos da ciência do Direito, prova não é o mais importante do processo; ela é todo o processo” (BARANDIER, 1997, p. 07) e sendo ela todo o processo ela deve representar a verdade dos fatos e não somente a verdade dos fatos que poderiam ser comprovados lícitamente.

Vislumbra-se ainda que, o termo prova possui vasta interpretação, contudo o Processo Penal considera como a união de vetores por meio do qual se busca revelar a veracidade ou existência de um fato. De forma brilhante o professor Eugênio Pacelli de Oliveira a conceituou da seguinte forma, in verbis:

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior

coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade (OLIVEIRA, 2011, 327).

Destarte, com a incidência de um ato delituoso, surge a necessidade de achar e penalizar o responsável pela infração penal. No momento em que se aborda à temática da análise da responsabilização nasce à prova como condição fundamental, posto que por meio dela se reformule o fato e tudo aquilo que se origina desta reformulação deve ser demonstrado e comprovado.

Salienta-se ainda, as palavras de Lima:

Sob esse prisma, pode se dizer que há, um direito à prova. Esse direito à prova (righttoevidence, em inglês) funciona como desdobramento natural do direito de ação, não se reduzindo ao direito de propor ou ver produzidos os meios de prova, mas efetivamente, na possibilidade de influir no convencimento do juiz. Com efeito, de nada adiante o Estado assegurar à parte o direito de ação, legitimando a propositura da demanda, sem o correspondente reconhecimento do direito de provar, ou seja, de utilizar dos meios necessários a comprovar, perante o órgão julgador, as alegações feitas ao longo do processo. Há de se assegurar as partes, portanto, todos os recursos para o oferecimento da matéria probatória, sob pena de cerceamento de defesa ou acusação (LIMA, 2016, p. 782).

Conseqüentemente se vislumbra que o propósito da prova é persuadir o convencimento do juiz para que o mesmo acredite estar mais próximo da verdade. Todo aglomerado probatório é efetuado e dado ao julgador, com o objetivo que o mesmo se utiliza desse conjunto probatório e decline de forma fundamentada ao julgar os casos presentes.

Imperioso destacar que não é lícito o desarranjo entre elementos e provas de informação que na maioria das vezes são colhidos no inquérito policial, não havendo assim ampla defesa e contraditório de forma ampla, vez que a natureza do inquérito policial é inquisitiva. Importa destacar que nem tudo que circula em relação ao fato criminoso é alvo do exercício probatório. Dentro desse delineamento lucidou o professor Greco Filho, salientado que:

[...] Nem todos os fatos, porém, devem ser submetidos a atividade probatória. Em primeiro lugar, apenas o fatos pertinentes ao processo é que suscitam o interesse da parte em demonstrá-lo; os fatos

impertinentes, isto é, não relacionados com a causa, devem ter sua prova recusada pelo juiz, sob pena de se desenvolver atividade inútil (GRECO FILHO, 2012, p. 106).

Imperioso observar que nem todo o ato que circula sobre a órbita do fato delituoso será necessariamente compreendido como prova dentro do processo penal, por mais que os fatos criminosos alteram o mundo naturalístico e dentre estas alterações resultem em diversas modificações como, por exemplo, um menor que teve seus pais assassinados por indivíduo.

O fato de o menor ter se tornado órfão, não implicará na demonstração e comprovação dos indícios mínimos de autoria e materialidade do fato, pois tal será relevante tão somente no momento da aplicação da pena, por ser este uma circunstância e consequência do crime, conforme artigo 59 do Código Penal. O que se pretende demonstrar com este exemplo é que, a prova deve se ater tão só a fatos, resquícios e indícios que possam conduzir o julgado à autoria e materialidade do fato delituoso. Assim, só poderá ser utilizado como prova dentro do processo penal tudo aquilo que tem liame direto ao caso fático. Utilização de provas lícitas no sentido acusatório é obrigatório no caso em tela para a condenação ser considerada legal e válida ressaltando mais uma vez a objetivação de se obter a verdade real.

3 ALTERAÇÕES PROMOVIDAS NO INSTITUTO DA PROVA, COM A ENTRADA EM VIGOR DA LEI Nº 11.690, EM 09 DE JUNHO DE 2008, A QUAL ALTEROU O TEXTO LEGAL DO DECRETO-LEI Nº 3.689/41

Com a publicação da Lei nº 11.690, em 09 de junho de 2008, a qual alterou o texto legal do Decreto-Lei nº 3.689/41, assim, alterando o significado inerente à prova, e dá outras providências que eram tomadas no processo penal sob a ótica do magistrado. Dessa forma, a Lei nº 11.690/08 modificou de maneira literal os artigos 155, 156 e 157, os quais trouxe nova praxe para demanda forense criminal.

Conforme o caso em questão, uma das modificações trazida pela Lei nº 11.690/08, trouxe uma nova roupagem para o artigo 155 do CPP, o qual cristalizou o seguinte texto legal:

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, ressalvados às provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil (BRASIL, 1941).

Com esteio na letra do artigo em epígrafe, cuida-se a respeito do novo sistema de apreciação das provas pelos magistrados, ao passo que, no decorrer dos tempos, este artigo passou por vastas alterações com intuito de acompanhar a ciência e a tecnologia. Logo, se extrai o entendimento que o inquérito policial é um mero procedimento administrativo, por ter a sua natureza inquisitiva não poderá ser considerado como provas exclusiva dentro da orbita processual criminal, ao passo que o princípio que oxigena o ordenamento penal é o contraditório.

Portanto, tal dispositivo afirma que o douto magistrado terá o livre convencimento de suas decisões com base nas provas apresentadas dentro do processo, entretanto sempre deverá respeitar o contraditório para que todos os atos praticados possam ser considerados válidos e surtir os seus efeitos. Dentro da mesma ótica entendeu o professor Renato Brasileiro de Lima, que:

Com as alterações produzi das pela Lei nº 11.690/08, passou a constar expressamente do art. 155 do CPP a distinção entre prova e elementos informativos. A palavra prova só pode ser usada para se referir aos elementos de convicção produzidos, em regra, no curso do processo judicial, e, por conseguinte, com a necessária participação dialética das partes, sob o manto do contraditório (ainda que diferido) e da ampla defesa. O contraditório funciona, pois, como verdadeira condição de existência e validade das provas, de modo que, caso não sejam produzidas em contraditório, exigência impostergável em todos os momentos da atividade instrutória, não lhe caberá a designação de prova (LIMA, 2017, p. 572).

Destarte que atualmente o ordenamento penal forense tem adotado o sistema da livre convicção motivada ou persuasão racional, ou seja, tal sistema atribui ao magistrado a compromisso pela valoração e apreciação do

conjuntoprobatório, contudo deverá o juiz praticá-lo de maneira fundamentada ou motivado, conforme preceitua a letra do artigo 155 do CPP.

Outro ponto interessante trazido pela Lei 11.690/2008 foi o artigo 156 do Código de Processo Penal, o qual foi atribuído à redação a seguir:

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

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

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (BRAZIL, 1941).

Imperioso destacar que o caput do artigo 156 trouxe no seu molde que o ônus da prova caberia a quem o fizer, de modo que no momento que alguém acionar o Poder Judiciário para pleitear seara criminal, terá que de plano saber que a ação só será movimentada se o acusado apresentar provas suficientes para prosseguir a demanda e logo cabe salientar que estará facultado ao juiz a administração e prévia concordância ou não da demanda.

Asseverou sobre a temática o doutrinador Jardim, “É a faculdade ou encargo que tem a parte de demonstrar no processo a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse, o qual se apresenta como relevante para o julgamento da pretensão deduzida pelo autor da ação penal” (JARDIM, 1987, p. 154). Além disso, arguiu Gomes Filho, que “os deveres são imperativos pelo interesse de um terceiro ou da comunidade, enquanto os ônus são um imperativo do próprio interesse” (GOMES FILHO, 1997, p. 175).

Assim, nota-se que o ônus da prova se manifesta como um encargo ou faculdade, onde são atribuídas definições distintas na seara processual penal. Dentro da mesma corrente de filosofia manifestou o processualista Henrique, alegando que:

O dever pressupõe a existência de um sujeito ativo a quem interessa o cumprimento do dever pelo sujeito passivo da relação jurídica, sendo descumprido um dever pelo sujeito passivo, gerará uma sanção com natureza de coação moral ou de intimidação. Já o ônus está situado no campo da liberdade não havendo ilicitude no descumprimento de um ônus. Perante o ônus não há qualquer posição contraposta como ocorre com o dever (HENRIQUE, 2003, p. 176).

Conforme citação supramencionada, norteia que o processo penal ao tratar de atividade probatória, incumbe o ônus diretamente ao responsável por sua arguição, assim, caberá a acusação provar o que está se alegando com o intermédio de provas lícitas. De modo geral, entende-se que se a parte desincumbir ou se esquivar de tal ônus, não há sanção prevista na lei para tais atos, e logo restará dentro do processo penal a ausência de comprovação do fato alegado.

Vislumbrou e descreveu este fato processual o professor Oliveira, in verbs:

Em um processo informado pelo contraditório e pela igualdade das partes, a distribuição do ônus probatório deveria seguir as mesmas linhas de isonomia. Entretanto, o nosso processo penal, por qualquer ângulo que se lhe examine, deve estar atento a exigência constitucional da inocência do réu, como valor fundante do sistema de provas. Afirmar que ninguém poderá ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória implica e deve implicar a transferência de todo o ônus probatório ao órgão de acusação. A este caberá provar a existência de um crime, bem como a sua autoria (OLIVEIRA, 2011, p. 334).

Conseqüentemente, não incumbirá a parte ré de demonstra sua inocência, mas sim caberá a parte de acusação em provar o seu dolo ou culpa. Ressalta-se que é uma aplicação literal da letra do artigo 156 CPP, porém em tal procedimento nota-se presente orientação constitucional, sendo garantida a parte ré o instituto da presunção de inocência.

É evidente, que os incisos I e II do artigo 156 do Código de Processo Penal, da liberdade ou faculdade para o magistrado de produzir provas de ofício, quando ocorrem dúvidas importantes para motivar o seu convencimento. No passado este caso era conhecido como delineamento da verdade real, contudo nos dias atuais a doutrina clássica divide tal procedimento como verdade processual.

Já o artigo 157 do Código de Processo Penal, afirma que:

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 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)

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 4º (VETADO) (Incluído 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 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)

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 4º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) (BRASIL, 1941).

Com base no artigo 157 do CPP, observa-se que a seara do processo penal não admite prova ilícita, ou seja, na órbita do processo penal o direito a prova não é considerado como direito absoluto, pelo fato que não admite prova ilícita e nem prova ilegítima dentro de seu ordenamento. Assim, compreende-se que este posicionamento se dá por não ser viável ou permitido que o Estado permitisse que as partes dentro do processo utilizassem de meios ilegais para justificar o alcance da justiça.

Para acrescentar, vale apenas mencionar o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, “são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988). Dentro desta concepção abordou com clareza o professor Lima, alegando que:

O direito à prova, conquanto constitucionalmente assegurado, por estar inserido nas garantias da ação e da defesa e do contraditório, não é absoluto. Em um Estado Democrático de Direito, o processo penal é regido pelo respeito aos direitos fundamentais e plantado sob a égide de princípios éticos que não admitem a produção de provas mediante agressão a regras de proteção. A legitimação do exercício da função jurisdicional está condicionada, portanto, à validade da prova produzida em juízo, em fiel observância aos princípios do devido processo legal e da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito (CF, art. 5º, LIV e LVI) (BRASIL, 1988).

Agregando valor ao entendimento da vedação a prova ilícita, alegou o doutrinador Reis e Gonçalves:

- a) Prova ilícita em sentido estrito – denominação empregada para designar a prova obtida por meio de violação de norma, legal ou constitucional, de direito material. Essa nomenclatura é utilizada, portanto, para adjetivar a prova para cuja obtenção violou-se direito que independe da existência do processo. Exs.: extrato de movimentação bancária ou confissão extraída mediante coação moral;
- b) Prova ilegítima – é como se designa a prova obtida ou introduzida na ação por meio de violação de norma de natureza processual. É a prova, portanto, que deriva de comportamento processualmente ilícito. Ex.: exibição, em plenário do Tribunal do Júri, de prova relativa ao fato de que a parte contrária não tenha sido cientificada com antecedência necessária (art. 479 do CPP) (REIS; GONÇALVES, 2014, p. 257).

Portanto, a proibição da construção de provas por prática ilícita auxilia para limitar o exercício probatório, de modo que o sistema penal não suporta outras garantias ou direitos fundamentais que contradiz a verificação da verdade sob a forma de ilegalidade. Enseja que a verificação da verdade dentro do processo penal tem que ser baseada no delineamento da legalidade, pelo fato que não há possibilidade de fundamentar determinados fatos baseando em meios ilegais, crucialmente pelo poder que o Estado exerce dentro da sociedade, podendo garantir toda viabilidade e aparato legal para que as partes litigantes possam desbravar e apurar o fato litigioso pelo caminho do princípio da legalidade.

Por fim, além do ordenamento forense brasileiro não permitir prova ilícita, o mesmo é adepto da teoria da árvore do fruto envenenado, a qual possui duas exceções. Sendo que a primeira exceção no tocante das fontes independentes, no qual a ligação entre prova e ação ilegal for muito estreita, ou seja, quase invisível. Já na segunda exceção é em relação à descoberta inevitável, ou seja, esta ocorrerá no momento em que a prova passa-se por um juízo de admissibilidade e vislumbra-se que tal prova poderia ser produzida por outro meio legal, ou seja, de qualquer forma uma das partes poderia apresentar tal prova em momento posterior.

4 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

De uma forma mais clara o princípio do Contraditório encontra-se positivado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, dizendo que “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 inerente”, além de ser conhecido dentro do nosso Ordenamento Jurídico como “audiatur et altera pars”³, assim, é pertinente ao direito de defesa, devido a bilateralidade de ambos, a liberdade da parte de provar determinado fato, gerando assim o direito de resposta para outra parte. Isto posto, salientou Fernando Capez, que “a bilateralidade da ação gera a bilateralidade do processo, de modo que as partes, em relação ao juiz, não são antagônicas, mas colaboradoras necessárias”. (CAPEZ, 2011, p. 62).

Portanto, as provas são elementos cruciais para instruir o processo, de modo que o processo e a prova se mostram complementares para que se consiga chegar à verdade real, o que se mostra inviável sem o auxílio da prova. Tal temática é essencial para garantir o devido processo legal, permitindo as partes buscarem todos os meios de provas para chegarem ao um denominador comum em cada polo, ou seja, provar sobre a égide do princípio do Contraditório. Para Ada Pellegrini Grinover:

³ Ouça-se também a outra parte.

O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a tese e a outra, a antítese) o juiz pode corporificar a síntese, em um processo dialético. É por isso que foi dito que as partes, em relação ao juiz, não têm papel de antagonistas, mas sim de “colaboradores necessários”: cada um dos contendores age no processo tendo em vista o próprio interesse, mas a ação combinada dos dois serve à justiça na eliminação do conflito ou controvérsia que os envolve. (GRINOVER, 2010, p. 61).

Mister se faz enaltecer a Magna Carta de 1215, a qual trouxe em seu artigo 5º, inciso LXIII: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Vislumbrando este inciso de uma forma mais aprofundada, nota-se que o contesto preso foi adotado em sua forma geral, isto é, tanto o preso quando o acusado ou até mesmo o autor do fato. Com isso, o direito do indiciado estar estritamente ligado ao princípio do contraditório, o qual se apoia no princípio da ampla defesa, dessa forma, asseverou a saudosa professora Ada Pellegrini Grinover:

Em princípio, e até por imposição da economia processual, incumbe ao juiz da causa, zelar pela rigorosa observância das formas legais, sem o que inútil poderá vir a ser a atividade processual realizadas irregularmente, inclusive com repercussões em atos subsequentes; assim, o mais correto e desejável é que ao longo do iter procedimental eventuais vícios sejam desde logo extirpados, determinando-se conforme o caso, a realização de atos omitidos, a renovação daqueles praticados em desconformidade com o modelo legal, e quanto admitidos pela lei a convalidação dos irregulares. (GRINOVER, 2010, p.40.).

Face ao acima exposto, nota-se que ambos os princípios da ampla defesa e do contraditório estão ligados, sendo que um completa o outro. São aplicados em todas as fases do processo, no entanto, em alguns casos são aplicados de forma diferente quando em sede de inquérito policial observando que a ausência de sua aplicação poderá gerar futuras nulidade no processo penal, que somente poderá ser proferida por meio de decisão judicial.

Dentro dessa mesma corrente filosófica disse o professor Greco Filho que:

O contraditório se efetiva assegurando-se os seguintes elementos: a) o conhecimento da demanda por meio de ato formal de citação; b) a oportunidade, em prazo razoável, de se contrariar o pedido inicial; c) a oportunidade de produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário; d) a oportunidade de estar presente a todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar; e) a oportunidade decorrer da decisão desfavorável (GRECO FILHO, 2012, p. 90).

Por fim, significa dizer que o processo exige que seus sujeitos tomem conhecimento de todos os fatos que venham a ocorrer durante seu curso, podendo ainda se manifestar sobre tais acontecimentos. Para demonstrar a veracidade dessas informações, basta lembrar que, proposta uma ação, deve-se citar o réu (ou seja, informá-lo da existência de um processo em que este ocupa o polo passivo), para que o mesmo possa oferecer sua defesa. Da mesma forma, se no curso do processo alguma das partes juntar aos autos um documento qualquer, é preciso informar a parte adversa, para que esta, tomando conhecimento da existência do documento, possa sobre ele se manifestar.

5 A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO PENAL: AS FASES INQUISITIVA E PROCESSUAL

Aplicação do princípio do contraditório no processo penal tornou-se a pedra singular para viabilizar o princípio da segurança jurídica dentro do Estado Democrático de Direito, portanto, a seguir será abordada sobre a incidência do princípio do contraditório na fase de investigação e na fase processual abordando sua diferenciação e questionado sua necessidade.

Na fase de investigação o princípio do contraditório se comporta de maneira *sui generis*, devido a esta singularidade tal matéria tem-se tornado alvo de bastante discursão nos dias atuais a respeito da validade de sua limitação. Com isso, é necessário observar que parte da doutrina sustenta que o procedimento investigatório é desnecessário, pelo fato que há necessidade de comprovar todos os procedimentos em juízo e que haverá o momento adequado para plena ampla defesa e contraditório. No entanto, outra parte da doutrina acredita que a fase da investigação é crucial, posto que serve de

amparo de eventual condenação. Dessa forma, alegou o professor Alexandre Cebrian Araújo Reis:

A existência do inquérito policial não é obrigatória e nem necessária para o desencadeamento da ação penal. (...). Ora, como a finalidade do inquérito é justamente colher indícios, tona-se desnecessária sua instauração quando o titular da ação já possui peças que permitam sua imediata propositura. (REIS, 2013, p. 52).

Por mais que a Lei Maior de 1988 originou-se na concepção de um Estado Democrático de Direito, em nenhum momento ela mencionou relação do princípio do contraditório na fase da investigação. Isto deixou brecha para posicionamento divergente na seara da doutrina. Logo, entende-se que viabilidade da processualização da fase de investigação, seria a brilhante saída, porque daria base legal para não repetição dos atos na fase processual.

Asseverou o doutrinador Tourinho Filho, que:

Ora, se o inquérito não tem finalidade punitiva, por óbvio não admite o contraditório. Certo que o mesmo texto da Lei Magna ainda se refere aos “acusados em geral”, assegurando-lhes “o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Há respeitável entendimento de que a expressão “acusados e geral” abarcaria, também, a figura do “indiciado”, do “investigado”, do “suspeito”. Cremos *data venia*, que não se lhe pode emprestar um sentido maior. (...). Assim, se indiciado não é acusado, parece lógico que a expressão “e aos acusados e geral” não pode abranger quem não é acusado. (...). Se no inquérito não há acusação, mas investigação, não se pode admitir contraditório naquela fase preambular da ação penal. (TOURINHO FILHO, 2009, p. 73/74).

Conforme epígrafe vislumbra-se que o posicionamento de Tourinho Filho esta estritamente ligada com o princípio da legalidade, ao passo que não há necessidade do princípio do contraditório sendo que todos os atos serão repetidos em momento oportuno dando a liberdade para as partes utilizarem o princípio do contraditório e da ampla defesa em momento adequado, sendo o que foi produzido na fase de investigação só terá validade se for novamente produzido na fase processual.

Afinal, observa-se que Suprema Corte vem, por meio de suas decisões, aparando as arestas inerentes às divergências levantadas a respeito do

exercício das garantias fundamentais na fase da investigação, no que tange ao procedimento do inquérito policial e administrativo, de modo a ensejar o devido processo legal na órbita forense.

6 A FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO, À LUZ DA DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO – A OPORTUNIZAÇÃO DAS PARTES DE INFLUENCIAR A DECISÃO

A formação do convencimento do magistrado, à luz da democratização do processo – a oportunização das partes de influenciar a decisão proferida pelo douto magistrado está estritamente ligado ao sistema e o princípio do livre convencimento motivado ou a persuasão racional. Sendo que o Código de Processo Penal (CPP) adotou a íntima convicção, de atribuição do Tribunal do Júri, e o livre convencimento motivado, com fulcro no artigo 155 do CPP. Dando a liberdade para o magistrado de formar sua convicção com base com requisitos racionais, analisando abertamente a totalidade de provas colecionadas aos autos, de forma clarividente e a partir disso, fundamenta e motivar sua sentença.

Segundo entendimento extraído da obra de Aronne, no decorrer da história, ocorreu uma extensão no poder do magistrado, ou seja, de acordo com o seu entendimento o magistrado ficou inteiramente responsabilizado para dar a solução mais adequada possível, sobre a égide da legalidade (ARONNE, 2010, p. 19-21). Assim, nasce o sistema de valoração de prova dentro do Processo Penal, mais racional.

Destarte que a inteligência do artigo 155 do CPP, diz que:

Art. 155: O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (BRASIL, 2008)

Nesse diapasão, nota-se que o magistrado ficara restrito somente ao conteúdo juntado aos autos, ou seja, o juiz deverá fundamentar suas decisões com

esteio nas provas produzidas na fase processual. Além disso, o professor Frederico Marques, desdobrou sobre o sistema do livre convencimento:

Não significa liberdade de apreciação das provas em termos tais que atinja as fronteiras do mais puro arbítrio. Esse princípio libertou o juiz, ao ter de examinar a prova, de critérios apriorísticos contidos na lei, em que o juízo e a lógica do legislador se impunham sobre opinião que em concreto podia o magistrado colher; não o afastou, porém, do dever de decidir segundo as ditames do bom senso, da lógica e da experiência. O livre convencimento que hoje se dota no direito processual não se confunde com o julgamento por convicção íntima, uma vez que o livre convencimento lógico e motivado é o único aceito pelo moderno processo penal (MARQUES, 1997, p. 278).

Insta salientar que por meio do sistema de livre apreciação, é capaz de garantir maior complacência aos julgadores, abstendo-se de situações injustas criadas pela adoção ineficaz do sistema da prova legal.

Em resumo, a responsabilidade será do magistrado em interpretar a legislação no que respeita a justiça, e emprega-la ao caso concreto obedecendo à teoria da subsunção do fato a norma. Tal entendimento foi narrado também na obra de Ricardo Aronne, lecionou que “lei não é fruto do pensamento e vontade de um homem e sim de um grupo social de que o legislador, conscientemente ou não, representa como órgão, quando da promulgação da lei” (ARONNE, 2010, p. 30).

Por essa razão, quando o douto magistrado se deparar com laudos periciais, deve ele valorar o respectivo documento de forma que possa avaliar a pretendida prova, sob análise do conjunto probatório apurado, e a partir de então, formular seu convencimento, respeitando os princípios jurídicos que dão consistência ao moderno processo penal.

7 CONCLUSÃO

Óbvia e rapidamente percebe-se a importância do estudo da prova em relação ao processo, uma vez que, um não existe sem o outro. Vislumbra-se todo o tempo o fato de que é baseado nas provas produzidas lícitamente que o juiz formará seu convencimento para a tomada de decisão definitiva no grau

de jurisdição. Em situação de exceção é sim admitida a aceitação de provas obtidas por meios ilícitos, para que se consiga chegar a verdade dos fatos, onde tais fatos de qualquer forma já viriam a luz do conhecimento comum, não devendo ser confundida como regra esta produção de provas fora do padrão legal.

Porém, no tocante a seara Penal, as alterações promovidas pela Lei 11.690 vieram delimitar e melhor harmonizar a utilização da prova no conjunto do Processo, adequando o mesmo a realidade do Estado Democrático de Direito, bem como veio mostrar ser o Inquérito Policial mero procedimento administrativo, uma vez que no mesmo não se garante todos os procedimentos necessários a ampla defesa e contraditório e por vezes defendido como desnecessário por boa parte da Doutrina.

Imperioso observar que maior parte do conjunto probatório, se não todo, produzido na fase do Inquérito Policial necessariamente deverá ser repetido na fase processual e não parece sensato imaginar que o sistema judicial brasileiro pode ou deva se dar ao luxo de repetir fases e/ou mesmo eventos. Justiça justa se faz necessária, todavia a duração razoável do processo faz sim parte do conjunto.

6 REFERÊNCIAS:

ARONNE, Ricardo. **O princípio do livre convencimento do juiz**. Porto Alegre: Safe, 2010;

BARANDIER, Antônio Carlos. **As garantias fundamentais e a prova**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997;

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**. Promulgada em **05 de outubro de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 nov. 2017;

BRASIL. **CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969)**. Pacto de San José da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjo se.htm>>. Acesso em: 02 nov. 2017;

BRASIL. **DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.** Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017;

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941.** Código de Processo Penal. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 07 dez. 2017;

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>. Acesso em: 07 dez. 2017;

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal.** Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2011;

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo penal 3.** 31. Ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2009;

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar.** – São Paulo: Saraiva, 2008;

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal.** 9ª edição, revisada e atualizada – São Paulo: Saraiva, 2012;

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 26. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2010;

HENRIQUE, Gustavo, BADARÓ, Righi Ivany. **Ônus da Prova no Processo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003;

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal, estudos e pareceres.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987;

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 4ª edição, revisada, ampliada e atualizada – Salvador: JusPodivm, 2016;

MARQUES, Frederico. **Elementos do direito processual penal.** São Paulo: Bookseller, vol II, 1997;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** São Paulo: RT, 2011;

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 15ª Edição, revisada e atualizada - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011;

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual esquematizado**. 3ª Edição, revisada e atualizada – São Paulo: Saraiva, 2014;