

TESE 15

Proponente:

Área: Criminal

Súmula: À luz do princípio constitucional do contraditório e da atual redação do art. 155 do CPP, é inadmissível condenação baseada em elementos informativos colhidos durante a investigação, salvo quando se tratarem de provas cautelares, não repetíveis ou antecipadas.

Fundamentação teórica e fática

O presente trabalho tem o escopo de demonstrar a necessidade de se operar a adequada interpretação do novo dispositivo do art. 155 do Código de Processo Penal, de forma a não ofender o art. 5º, LV, da Constituição Federal (princípio do contraditório), impedindo, assim, que se utilizem, na formação da convicção judicial do fato, os elementos informativos colhidos em investigação.

As Leis 11.689/08, 11.690/2008, e 11.719/08, vieram para alterar, substancialmente, o processo penal, mas, infelizmente, não é o que está acontecendo.

No que se refere, especificamente, à alteração do art. 155 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.690/08, esta sendo disseminado entendimento no sentido de ser possível a utilização dos elementos informativos colhidos na investigação para a formação da convicção do juiz, desde que se tenha produzido alguma prova em contraditório judicial.

Para esse entendimento, somente não é possível o julgador formar sua convicção exclusivamente nos elementos informativos do inquérito policial, ou seja, mesmo com a alteração legislativa, manteve-se o entendimento anteriormente prevalecente.

Essa interpretação decorre do oportunismo de quem não quer dar efetividade ao princípio constitucional do contraditório em razão da má colocação da palavra exclusivamente no mencionado artigo legal.

Ora, a alteração legislativa veio justamente para quebrar alguns paradigmas, e, na questão em análise, para afastar o entendimento inconstitucional, até então vigente, de que ao juízo é dado utilizar como elemento de convicção as informações colhidas em sede inquisitorial.

Não é possível se admitir como prova os dados apanhados em fase pré-judicial, sem contraditório, excepcionando-se as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, em razão de terem o contraditório postergado.

E justamente para solucionar esse problema é que foi alterado o dispositivo mencionado.

Infelizmente, prevalecendo a interpretação supra mencionada, não ocorrerá a alteração dos critérios de apreciação da prova e das razões de decidir, mantendo-se a liberdade de se utilizar as informações da investigação em detrimento do contraditório, o que pode resvalar em arbitrariedade judicial na formação de sua convicção.

Alterar o texto legal e manter a mesma prática operacional é uma incongruência.

Vejamos a literalidade do preceito:

"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".

Para a correta interpretação dessa regra, vamos separá-la em dois períodos para melhor visualizar-mos as duas normas nela contida.

Primeiro período:

"O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial".

Creio que neste período não há muito que se discutir, saltando aos olhos a norma: o juiz apenas poderá formar sua convicção com base nas provas produzidas em contraditório judicial. Não podem ser utilizados outros elementos informativos colhidos sem a observância do contraditório judicial. Essa posição é reforçada pelo modo imperativo do verbo núcleo da frase: "o juiz **formará** sua convicção...".

Segundo período:

"O juiz não poderá fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas."

No que tange a esta frase, a interpretação mais acertada, constitucional adequada, é aquela que dá permissão ao julgador de basear um édito condenatório exclusivamente nas provas colhidas em sede de investigação, quando se tratarem estas de provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, posto que o contraditório, nestes casos, estará presente, mas de forma postergada.

E isso se aplica apenas em situação excepcional, e não ordinariamente, em especial nas investigações daqueles delitos que, em regra, são comprovados exclusivamente por documentos e laudos periciais, como é o caso dos crimes de lavagem de dinheiro, contra o sistema financeiro, entre outros. Comumente, nestes casos, o conjunto de provas que embasa a acusação é documental e decorrente de quebras de sigilos bancários e interceptações telefônicas, sendo que a única pessoa que precisará ser ouvida em juízo será

o próprio acusado. Eventual oitiva de policiais apenas serviria para indicar as provas que foram coletadas, e não fatos por eles presenciados, posto que, como dito, são investigações de atos pretéritos, praticados muitas vezes eletronicamente, sem a presença de testemunhas.

Nesses casos específicos, a convicção poderá ser formada exclusivamente com base nos elementos colhidos em investigação, dando-se a oportunidade do acusado contraditar, em sede judicial, as provas contra si existentes.

Portanto, andou bem a nova redação do art. 155 do Código de Processo Penal pois nesses casos o contraditório estará presente, sendo apenas postergado para a fase judicial, não havendo ofensa ao princípio constitucional.

O que não colaborou foi a técnica legislativa.

Se o artigo assim fosse escrito: *"o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida exclusivamente em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas"*, certamente não teria espaço para o surgimento da presente divergência hermenêutica.

Excluída a expressão "exclusivamente", o resultado também seria constitucionalmente positivo: *"O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas"*.

Verifica-se, como essas pequenas alterações, que o sentido do dispositivo legal não pode ser outro senão aquele que se coaduna com a Constituição Federal.

Mantido o primeiro entendimento, ficará sem efeito a norma contida na primeira parte do dispositivo (O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial). Subsistirá sua validade, mas não sua efetividade, o que é constitucionalmente inaceitável.

Assim, devemos adotar a interpretação de que o juiz somente poderá formar sua convicção pela livre apreciação das provas produzidas em contraditório judicial, não podendo utilizar os elementos informativos colhidos durante a investigação, salvo quando se tratarem de provas cautelares, não repetíveis ou antecipadas.

Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente: Art. 5º, III, e IX da Lei 988/06, in verbis:

"Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

...

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

...

IX - assegurar aos necessitados, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa, com o meios e recursos a ela inerentes.

Indicação do item do Plano Anual de Atuação da Defensoria Pública em que se insere a presente tese:

Item III - g) atuação na tutela dos direitos humanos – Como já afirmado, com a edição da Lei Complementar nº 988 de 2006, consolida-se o mandato da Defensoria Pública na defesa dos direitos humanos de modo que toda a atuação institucional relaciona-se com a temática referida, em especial, criar precedentes jurisprudenciais que dêem efetividade à proteção dos Direitos Humanos, e uniformizar teses institucionais para servir de suporte ao trabalho dos defensores.