



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MATHEUS ALBERGARIA ALEXANDRINO

**O VALOR PROBATÓRIO DOS ATOS DO INQUÉRITO
POLICIAL COM A LEI 13.964/2019**

Salvador
2020

MATHEUS ALBERGARIA ALEXANDRINO

**O VALOR PROBATÓRIO DOS ATOS DO INQUÉRITO
POLICIAL COM A LEI 13.964/2019**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Roberto de Almeida Borges Gomes

Salvador
2020

TERMO DE APROVAÇÃO

MATHEUS ALBERGARIA ALEXANDRINO

O VALOR PROBATÓRIO DOS ATOS DO INQUÉRITO POLICIAL COM A LEI 13.964/2019

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2020.

A

Meus pais e meu irmão, que sempre acreditaram na minha capacidade e fizeram o possível para auxiliar-me no decorrer da graduação.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço aos meus pais, Josué e Nadja, por me oferecerem todo suporte financeiro e emocional ao longo de toda minha vida. Ao meu irmão mais velho, Cláudio, que sempre foi uma grande inspiração nesses 23 anos e a minha namorada Déborah, pelo grande apoio e companheirismo nos momentos mais delicados da minha trajetória.

Ao Professor Roberto Gomes, que fora meu orientador e despertou em mim o grande apreço pelo direito processual penal. Agradeço pelo apoio, dicas e ensinamentos ao longo da minha graduação.

A Doutora Sheila Coutinho Neves, minha cunhada Ana Carolina, Leandro Fon e Sarah Castelo, que oportunizaram minha primeira grande experiência profissional.

A Defensoria Pública do Estado da Bahia, que oportunizou a melhor e mais intensa experiência profissional da minha vida, me ensinando muito além do conteúdo jurídico. A Defensora Cristiana Falcão e ao Defensor Fábio Mesquita, que sempre confiaram no meu potencial e me deram inúmeras oportunidades de evoluir como pessoa e operador do direito, e principalmente a Daniele Correa, a quem tive o grande prazer dividir os inúmeros fatos complicados, tristes e por muitas vezes inusitados, durante minha passagem pela Defensoria Pública.

Ao Promotor Arx Thadeu, Nívia e Jelvânia, por darem todo suporte no Ministério Público da Bahia, me oportunizando grande desenvolvimento pessoal e jurídico na 7ª Vara Criminal de Salvador.

Por fim, aos meus caros colegas de faculdade, que me auxiliaram nessa grande jornada dentro do meio jurídico, nas indecisões, nas avaliações, nos trabalhos em grupo, em uma grande união em prol de um grande objetivo.

“A injustiça em qualquer lugar é uma ameaça à justiça em todo lugar”

Martin Luther King Jr.

RESUMO

O presente trabalho monográfico analisou como restará o valor probatório dos atos realizados no curso do inquérito policial brasileiro pós lei 13.964/2019, que trouxera profundas mudanças no Código de Processo Penal. Através de pesquisas bibliográficas, buscou-se apresentar os aspectos da teoria geral da prova, estabelecendo a diferença entre elemento informativo e prova propriamente dito, principalmente porque a última, em regra, deve ser produzida em juízo com todo procedimento que garanta os princípios e direitos fundamentais, como o contraditório e a ampla defesa, para que somente assim possa embasar uma sentença. Nesse passo, buscou-se debruçar sobre os sistemas processuais penais, sendo o acusatório o ideal a se buscar, por representar uma persecução criminal mais justa, com a nítida separação de funções entre acusador, julgador e a defesa, garantindo ao acusado uma sentença adequada com a devida imparcialidade. Com isso, fora esmiuçado a investigação preliminar brasileira, que é uma fase administrativa inquisitorial que visa coletar elementos mínimos para deflagração da ação penal e tomada de medidas cautelares. Assim, se realizou críticas na utilização de elementos investigativos sem a devida repetição e a prova não repetível sem a participação do investigado, para fundamentar sentença condenatória, remontando profundas raízes inquisitoriais do nosso sistema penal. Fora ainda explanado, ampla crítica ao apensamento dos autos do inquérito policial na fase processual, por restar prejudicado a imparcialidade do magistrado, já que não seria possível a utilização desses elementos em um sistema verdadeiramente acusatório. Portanto, verificou-se que, atualmente existe valor probatório nos elementos informativos, servindo para embasar sentenças condenatórias mesmo que de forma não exclusiva e valor probatório da prova não repetível produzida no curso do inquérito policial, valor esse, idêntico à aquela produzida em juízo mesmo sem a devida participação do investigado, o que se apresenta incompatível com o sistema acusatório adotado já pela Constituição Federal de 1988. Diante desse panorama, fora feita uma análise da lei 13.964/2019 e concluiu-se que trouxe grandes avanços, trazendo uma previsão expressa da adoção do sistema acusatório em seu artigo 3º-A, principalmente na separação de quem acusa e produz provas e de quem julga, trouxe a figura do juiz das garantias, um magistrado que irá atuar somente na fase do inquérito, no controle da legalidade e averiguação dos direitos fundamentais do investigado, podendo realizar o devido incidente da produção antecipada de provas, recebendo ou rejeitando a denúncia ou queixa, estando impossibilitado de atuar na fase judicial. Trouxe ainda a previsão de que os autos do inquérito não serão apensados na fase judicial, garantindo maior imparcialidade do juiz da fase processual.

Palavras-chave: Processo penal; valor probatório; inquérito policial; lei 13.964/19.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CP	Código Penal
CF/88	Constituição Federal da República
CPP	Código de Processo Penal
MP	Ministério Público
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2. TEORIA GERAL DA PROVA	14
2.1 CONCEITO E FINALIDADE DA PROVA	14
2.2 DIFERENÇAS ENTRE PROVA E ELEMENTO DE INFORMAÇÃO	15
2.3 CLASSIFICAÇÕES DA PROVA	18
2.3.1 Em relação ao objeto	18
2.3.2 Provas cautelares não repetíveis e repetíveis	18
2.3.3 Previsão legal e as formas da prova	20
2.4 PRINCÍPIOS RELACIONADOS À PROVA	21
2.4.1 Contraditório	22
2.4.2 Ampla defesa	24
2.4.3 Vedação probatória e da oralidade e publicidade	25
2.5 O ÔNUS DA PROVA	29
2.6 O PROCEDIMENTO PROBATÓRIO	31
2.7 DOS SISTEMAS DE APRECIAÇÃO DE PROVA	32
3 OS SISTEMAS PROCESSUAIS E A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR	36
3.1 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS	36
3.1.1 O sistema inquisitivo	37
3.1.2 O sistema acusatório	38
3.1.3 O sistema processual misto e o sistema adotado pelo Brasil	41
3.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR	44
3.3 RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE UMA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR	45
3.4 ÓRGÃOS ENCARREGADOS DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR	47
3.4.1 Investigação preliminar policial	48
3.4.2 Investigação preliminar judicial	49
3.4.3 Investigação preliminar a cargo do Ministério Público	51
3.5 A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR BRASILEIRA	51
3.5.1 Características do inquérito policial	52

3.6 O JUIZ DAS GARANTIAS	57
3.6.1 Conceito e finalidade	57
3.6.2 Competência e desapensamento dos atos investigativos	60
4 O VALOR PROBATÓRIO DAS PROVAS NÃO REPETÍVEIS NO INQUÉRITO POLICIAL ANTES E DEPOIS DA LEI 13.964/19	62
4.1 O VALOR PROBATÓRIO RELATIVO DO INQUÉRITO POLICIAL ANTES DA LEI 13.964/2019	62
4.2 O VALOR PROBATÓRIO DOS ATOS DO INQUÉRITO POLICIAL COM A LEI 13.964/19	71
4.3 O JUIZ DAS GARANTIAS E A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR EM OUTROS PAÍSES	75
5 CONCLUSÃO	83
REFERÊNCIAS	87

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa averiguar o valor probatório dos atos do inquérito policial na atualidade, analisando se o Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019), marcante pelas grandes mudanças que ocasionou tanto no Código Penal (CP) quanto no Código Processo Penal (CPP), representou uma evolução na busca de um sistema persecutório acusatório, principalmente no que se refere aos atos realizados na investigação preliminar durante a execução do inquérito policial. Assim, faz-se necessário explanar sobre a teoria geral da *prova* dentro do processo penal, distinguindo os elementos informativos da prova propriamente dita, pontuando quais características lhe dão escopo probatório, e indicando também qual o procedimento necessário a ser seguido, o ônus probatório da parte acusadora, bem como o seu sistema de apreciação.

Inicialmente, esse estudo pretende demonstrar todo o procedimento necessário para a produção de uma prova, o qual deve ser eivado sempre do contraditório e da ampla defesa perante um juiz, cabendo à parte interessada acusadora (MP ou querelante) o ônus da prova, como regra. Destaca-se sua diferença em relação a um mero elemento informativo, que não se submetendo a todo o procedimento necessário, não detém nenhum valor probatório.

Em seguida, é necessário se debruçar acerca dos sistemas processuais penais e sobre a investigação preliminar, sobretudo no que diz respeito ao inquérito policial brasileiro e suas características, trazendo a figura do juiz das garantias, sendo este o magistrado atuante na fase preliminar, como fora expressamente previsto na Lei 13.964/2019. Dessa forma, é imperativa a explanação sobre a distinção entre um sistema persecutório inquisitório e um sistema acusatório. No primeiro, o investigado é privado de suas garantias fundamentais e não há separação das funções de acusar, julgar e de defender, gerando prejuízos profundos à imparcialidade e reduzindo as chances de haver um julgamento justo. Já no segundo, mostrando-se quase como um processo antônomo, o investigado/acusado é um sujeito de direitos e há uma separação clara das funções, de forma a estabelecer devidamente a imparcialidade ao processo.

Nesse rumo, é relevante traçar quais os reais objetivos e finalidades de uma investigação preliminar, retomando sua natureza jurídica, estabelecendo as especificidades da investigação preliminar brasileira como uma fase administrativa cujo propósito é a coleta de elementos mínimos para a fase judicial, bem como a aplicação de medidas cautelares dentro da própria fase investigativa. Com isso, é válido trazer à tona a figura do juiz das garantias, implementada pela lei supracitada, a qual, momentaneamente, teve sua eficácia suspensa por tempo indeterminado por decisão do Supremo Tribunal Federal (STF). No entanto, tal figura será atuante já na fase policial através do controle da legalidade dos procedimentos investigativos e do direito do investigado, realizando, por exemplo, o devido incidente de produção antecipada de prova.

Noutro giro, esta pesquisa também abordará a atual dimensão do valor probatório dos atos do inquérito policial, com referência tanto às provas repetíveis quanto às provas não-repetíveis, bem como aos elementos informativos não-repetidos, mas que constam nos autos do inquérito; analisando também a contaminação consciente ou inconsciente do julgador ao entrar em contato com o inquérito policial; e discutindo como ficará esse valor de prova quando o referido Pacote Anticrime produzir seus efeitos.

Ademais, os problemas de uma persecução criminal brasileira com muitas características inquisitoriais, mesmo na fase judicial, em uma realidade na qual os elementos informativos coletados no curso da investigação preliminar são constantemente utilizados para fundamentar uma tese de acusação, serão aqui questionados, bem como a falta de possibilidade de participação do investigado de influir na produção de uma prova não repetível no curso do inquérito policial e também as ilegalidades e desrespeitos constantes a seus direitos e garantias fundamentais. Com isso, o objetivo é analisar de forma crítica o atual valor probatório do inquérito policial e traçar linhas gerais sobre as modificações trazidas pela Lei 13.964/2019, para averiguar avanços e/ou retrocessos na busca de um sistema persecutório acusatório.

Por fim, nesse trabalho, foi empregada como metodologia de pesquisa a revisão bibliográfica, através da utilização de doutrina, composta por livros, artigos, periódicos e obras coletivas, assim como jurisprudência, tendo em vista a necessidade de se analisar as questões anteriormente citadas através da teoria que

perpassa cada questão. Quanto à abordagem adotada, a pesquisa será de cunho qualitativo, sendo feita a interpretação e avaliação do objeto para que seja possível responder se o Pacote Anticrime trouxe avanços para o sistema de persecução penal brasileiro. Adotou-se também o método hipotético-dedutivo, uma vez que as hipóteses levantadas estarão sempre em questionamento.

2 TEORIA GERAL DA PROVA

2.1 CONCEITO E FINALIDADE DA PROVA

No curso de um processo criminal, o que se busca é a reconstrução dos acontecimentos objetos de discussão, com o intuito de perseguir e alcançar a verdade. Nessa perspectiva, a prova é entendida como um mecanismo utilizado pelas partes, durante o litígio, para que se consiga atestar a ocorrência ou não dos fatos, com o objetivo de atingir o convencimento do magistrado e, posteriormente, a valoração na sentença (RANGEL, 2019).

Seguindo essa linha, Lopes Jr. (2016) considera:

O processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução de um determinado fato histórico. Como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato. Nesse contexto, as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime) (Lopes Jr., 2016, p. 193).

Assim, segundo Nucci (2007) há três sentidos para o termo prova:

a) o ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato (Nucci, 2007, Apud Alencar, Távora, 2019, p. 627-628).

Etimologicamente, a palavra prova associa-se a ideia de demonstração, reconhecimento e formação de juízo, enquanto que em seu sentido jurídico, configura-se, de maneira geral, como elementos trazidos para a produção de uma certeza diante uma determinada afirmação, sendo a prova um elemento intrínseco ao processo, necessária a demonstração material da pretensão da parte. Por essa razão, considerando que seria impossível atingir a verdade real dos fatos, já que não se pode voltar no tempo, o processo penal busca a verdade processual, aquela desenhada no curso da fase judicial (JACOB, 2018).

Sobre o tema, Muriel Amaral Jacob (2018) leciona sobre a finalidade da prova:

A prova, portanto, tem apenas a capacidade de diminuir a incerteza ou, ao menos, de aumentar a possibilidade de existência do fato narrado por alguém, de modo que sua função primordial é a resolução das celeumas inerentes à atividade processual.

Objetiva-se superar o estado de dúvida para, conseqüentemente, proporcionar no espírito do julgador a “certeza necessária” para que possa decidir racionalmente a respeito da veracidade dos fatos versados na demanda judicial, por meio da construção lógica extraída do contexto probatório carreado ao processo (MURIEL AMARAL JACOB, 2018, p. 130).

Por outro lado, cumpre salientar que, o julgador não deve previamente conhecer os acontecimentos que lhe serão apresentados, pois tal ação pode ter como consequência um impedimento para exercício da jurisdição, que tem como base o sistema acusatório de persecução penal (ALENCAR, TÁVORA, 2019).

Por fim, não é somente o juiz destinatário da prova, mas também as partes de forma indireta, possibilitando que essas influam e contestem a produção das provas, sendo, dessa maneira, efetivados os princípios do contraditório e ampla defesa no processo penal. Em momento posterior, a acusação e a defesa podem não se conformar com a valoração das provas feita pelo magistrado na sentença, dando a possibilidade de interpor recurso, em respeito ao princípio do duplo grau de jurisdição (RANGEL, 2019).

Nesse sentido, é possível afirmar que a prova busca comprovar o acontecimento ou o não acontecimento de um fato alegado na persecução criminal. Esse instrumento comporta vários meios e visa diretamente o juiz e indiretamente as partes, as quais devem estabelecer uma dialética processual no procedimento probatório.

2.2 DIFERENÇAS ENTRE PROVA E ELEMENTO DE INFORMAÇÃO

Para uma reflexão mais profunda acerca do valor probatório do inquérito policial, é de suma importância estabelecer os limites conceituais entre *prova* e *elemento informativo*.

Prova presume um procedimento previsto em lei, que respeite o contraditório e ofereça a ampla defesa ao acusado em uma dialética processual entre as partes

perante um juiz, resultando em uma produção de prova com o contraditório real (ALENCAR, TÁVORA, 2019).

Com relação à produção antecipada de provas, é válido afirmar que se trata de um incidente processual, em que a realização probatória ocorrerá em momento anterior ao que está previsto em lei, sendo que, em regra, há tempo suficiente para sua organização e, por isso, deverá haver a participação das partes e do juiz, com as devidas garantias processuais penais. Entretanto, quando trata-se do uso da prova cautelar, também se tem uma necessidade de produção probatória antes do tempo previsto em lei e não há prazo hábil para participação das partes, sob o risco de perecimento da prova que se pretende produzir. Por essa razão, a prova cautelar, em determinadas situações, não será realizada sob o crivo do contraditório concomitante com sua produção, mas deverá ser possibilitada em momento posterior, de forma diferida ou postergada para que o réu possa construir sua defesa (TOMÉ LOPES, 2011).

A partir disso, Renato Brasileiro (2017) aponta:

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 designação de prova (BRASILEIRO, 2017, p. 575).

Em contrapartida, elementos de informação são entendidos como indícios que são coletados durante a fase preliminar investigativa, com o objetivo de fornecer ao Ministério Público, em ações penais públicas, elementos suficientes para o oferecimento de denúncia ou arquivamento do feito, tendo em vista que, essas informações coletadas também servem para decretações de prisões e medidas cautelares diferentes de prisão. Ressalta-se ainda que os elementos informativos visam, nas ações penais privadas, coletar indícios para apresentação da queixa-crime, que é a peça inicial para delitos de interesse privado. Os elementos informativos não são provas, pela razão de sua formação ocorrer perante o delegado de polícia, sem permissão do contraditório, em um procedimento

inquisitorial em que não há o devido controle da legalidade do que foi produzido (BRENTTEL, 2012).

Nesse certame, Renato Brasileiro (2017) apresenta também o que seria elemento informativo:

Por outro lado, **elementos de informação** são aqueles colhidos na fase investigatória, sem a necessária participação dialética das partes. Dito de outro modo, em relação a eles, não se impõe a obrigatória observância do contraditório e da ampla defesa, vez que, nesse momento, ainda não há que falar em acusados em geral, na dicção do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. Não obstante, tais elementos informativos são de vital importância para a persecução penal, pois podem subsidiar a decretação de medidas cautelares pelo magistrado, bem como auxiliar na formação da *opinio delicti* do órgão da acusação (BRASILEIRO, 2017, p. 575).

Por fim, também é significativo compartilhar a explicação sistematizada de Aury Lopes Jr. (2016) sobre as diferenças entre prova e elemento de informação:

Assim, são atos de prova aqueles que:

1. estão dirigidos a convencer o juiz de uma afirmação;
2. estão a serviço do processo e integram o processo penal;
3. dirigem-se a formar a convicção do juiz para o julgamento final – tutela de segurança;
4. servem à sentença;
5. exigem estrita observância da publicidade, contraditório e imediação;
6. são praticados ante o juiz que julgará o processo.

Substancialmente distintos, os atos de investigação (realizados na investigação preliminar):

1. não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese;
2. estão a serviço da investigação preliminar, isto é, da fase pré-processual e para o cumprimento de seus objetivos;
3. servem para formar um juízo de probabilidade, e não a convicção do juiz para o julgamento;
4. não exigem estrita observância da publicidade, contraditório e imediação, pois podem ser restringidas;
5. servem para a formação da *opinio delicti* do acusador;
6. não estão destinados à sentença, mas a demonstrar a probabilidade do *fumus commissi delicti* para justificar o processo (recebimento da ação penal) ou o não processo (arquivamento);
7. também servem de fundamento para decisões interlocutórias de imputação (indiciamento) e adoção de medidas cautelares pessoais, reais ou outras restrições de caráter provisional;

8. podem ser praticados pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária (LOPES JR., 2016, p. 198).

Portanto, a prova pressupõe, seja ela antecipada ou na fase judicial, um procedimento regado ao contraditório e a ampla defesa, servindo como base para uma decisão condenatória ou absolutória; enquanto que o elemento informativo serve ao órgão acusador para oferecer a denúncia e ao magistrado para efetuar medidas cautelares ao longo da persecução criminal, não possuindo valor probatório.

2.3 CLASSIFICAÇÕES DA PROVA

2.3.1 Em relação ao objeto

Como evidencia Rangel (2019), a prova pode ser direta:

Direta será quando se referir ao próprio fato probando. Pois o fato é provado sem a necessidade de qualquer processo lógico de construção. É aquele que demonstra a existência do próprio fato narrado nos autos. No crime de homicídio, a testemunha presta depoimento sobre o que viu, ou seja, a morte da vítima em face da ação do agente. Nesse caso, o depoimento da vítima é meio de prova sobre o fato (objeto da prova) diretamente (RANGEL, 2019, p. 497).

Noutro giro, a prova indireta, quando apresentada, permite raciocínio lógico, uma conclusão. Pode ser através de presunções, em que determinada prova permita inferir que determinado fato foi cometido por determinado sujeito, quando, por exemplo, um indivíduo encontrado com a arma do crime na mão diante da vítima caída em seus pés, ou até mesmo uma presunção negativa, quando a pessoa acusada consegue comprovar que no dia e hora do acontecimento do crime estava em local diverso (RANGEL, 2019).

2.3.2 Provas cautelares, não repetíveis e repetíveis

A prova cautelar se refere ao momento procedimental, que pode ocorrer no inquérito policial ou durante a fase processual. Quando ocorre na investigação preliminar, é chamada de cautelar preparatória, em que a prova corre perigo de se desfazer, não sendo possível em momento futuro coletar elementos informativos mais robustos para fundamentar o indiciamento e futura denúncia. Por outro lado, quando realizado durante a fase processual, é chamada de cautelar incidental, que ocorre quando é necessária a produção de determinadas provas, antes do seu momento instrutório, estando a prova com risco de perecer ou de perder sua força (ALENCAR, TÁVORA, 2019).

Renato Brasileiro (2017) conceitua e exemplifica prova cautelar:

Provas cautelares são aquelas em que há um risco de desaparecimento do objeto da prova em razão do decurso do tempo, em relação às quais o contraditório será diferido. Podem ser produzidas no curso da fase investigatória ou durante a fase judicial, sendo que, em regra, dependem de autorização judicial. É o que acontece, por exemplo, com uma interceptação telefônica. Tal medida investigatória, que tem no elemento da surpresa verdadeiro pressuposto de sua eficácia, depende de prévia autorização judicial, sendo que o investigado só terá conhecimento de sua realização após a conclusão das diligências (BRASILEIRO, 2017, p. 585).

Portanto, a prova cautelar é aquela produzida em momento anterior ao que deveria ser produzido, por apresentar justo motivo de desaparecimento parcial ou completo no decurso do tempo. No caso de uma interceptação telefônica, ocorre a elaboração de um auto de degravação das conversas, sendo somado ao inquérito policial e, posteriormente, na fase judicial, sendo possível o exercício do contraditório diferido, que pode acontecer tanto na fase investigatória como processual (JÚNIOR, 2017).

Noutro giro, prova é não repetível quando a fonte probatória não pode esperar o decurso do tempo para que seja produzida na fase judicial, seja pela sua inexistência futura ou pela perda das características que lhe dão substrato essencial. Dessa maneira, é possível extrair duas classificações, são elas: prova não repetível natural ou superveniente.

A prova não repetível natural é aquela em que o seu desfazimento ocorrerá com o passar do tempo, sendo possível uma previsão, gerando uma urgência em sua produção antes deste acontecimento, como, por exemplo, na realização de perícia no local do cometimento do crime, exame de corpo de delito, o depoimento de

pessoas em leito de morte, interceptações telefônicas, etc. Já a prova não repetível superveniente ocorre quando não é previsível a sua perda e, diante disso, não teria o status de prova, mas somente de elemento informativo, especificamente por não ter sido feita sob o crivo do contraditório (BRENTTEL 2012).

Renato Brasileiro (2017) conceitua a prova não repetível:

Prova não repetível é aquela que, uma vez produzida, não tem como ser novamente coletada ou produzida, em virtude do desaparecimento, destruição ou perecimento da fonte probatória. Podem ser produzidas na fase investigatória e em juízo, sendo que, em regra, não dependem de autorização judicial (BRASILEIRO, 2017, p. 585).

Com isso, esse tipo de prova é colhido, normalmente, na fase preliminar, já que sua produção em fase judicial é materialmente impossível, tendo o mesmo valor de uma prova produzida no âmbito processual. Dessa forma, a defesa exerceria seu contraditório de forma diferida ou postergada, podendo impugnar os pontos elencados no caso de perícia técnica, bem como apontar um assistente técnico, ainda na fase investigativa (JÚNIOR, 2017). Todavia, na realidade, a atuação da defesa caberá sempre à vontade da autoridade policial que dirige a fase investigatória, o que evidencia a extrema dificuldade em influir na produção da prova não repetível, já que o incidente de produção antecipada de provas não é bem regulamentado e o acesso aos autos do inquérito pelo investigado são constantemente negados e mitigados.

Por outro lado, a prova repetível é aquela que pode ser produzida durante a fase investigativa, servindo como elemento de informação e, em momento posterior, ser realizada novamente, dessa vez em atenção ao procedimento garantido pelo processo penal diante do magistrado, como, por exemplo, em regra, a prova testemunhal (ALENCAR, TÁVORA, 2019).

2.3.3 Previsão legal e as formas da prova

Com relação à previsão no ordenamento brasileiro sobre a prova, vigora a liberdade probatória e, sendo assim, o rol dos meios de provas elencados em nosso ordenamento não é taxativo, mas sim exemplificativo. Tendo isso em mente, o

mecanismo probatório pode ser previsto apenas nominalmente, sem a descrição do seu exato procedimento, ou pode estar antevisto, tendo uma sequência de atos a serem seguidos para que se possa produzir determinada prova. Como as nossas leis apresentam um rol exemplificativo, é possível também, outros meios probatórios, que respeitem os bons costumes e não sejam ilícitas (ALENCAR, TÁVORA, 2019).

Em contrapartida, com relação à multiplicidade de configurações da prova, existem formas para que estas sejam apresentadas durante a persecução criminal. A mais comum é a prova testemunhal, em que um indivíduo é chamado para descrever os acontecimentos que ele tem ciência, relacionados ao suposto fato criminoso que está sendo analisado (RANGEL, 2019).

Como bem definido por Alencar, Távora (2019, p. 637), a prova documental “É o elemento que irá condensar graficamente a manifestação de um pensamento”, assim, é possível que se enquadre como prova documental: contratos, prints de conversas em aplicativos de celular, gravações, etc.

Por fim, a prova material, como definida por Rangel (2019, p. 499), é “aquela consistente em qualquer materialidade que sirva de elemento de convicção sobre o fato probando. São eles os exames de corpo de delito, as perícias e os instrumentos utilizados pelo crime”.

Ainda, é importante trazer uma breve síntese das formas das provas, dada por Renato Brasileiro (2017):

Documento, do latim *documentum*, de *docere* (mostrar, indicar, instruir), é o papel escrito que traz em si a declaração da existência (ou não) de um ato ou de um fato (v.g., escritos públicos ou particulares, cartas, livros comerciais, fiscais, etc.). A prova material é aquela que resulta da verificação existencial de determinado fato, que demonstra a sua materialização, tal como ocorre com o corpo de delito, instrumentos do crime, etc. Por fim, testemunhal é a prova que consiste na manifestação pessoal oral. A prova testemunhal é espécie do gênero prova oral, que é mais abrangente, já que inclui os esclarecimentos de perito e assistente técnico, bem como eventuais declarações da vítima (BRASILEIRO, 2017, p. 588).

2.4 PRINCÍPIOS RELACIONADOS À PROVA

2.4.1 Contraditório

O princípio do contraditório está previsto constitucionalmente no artigo 5º, inciso LV, o qual prevê que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes”.

Nesse rumo, esse princípio encontra salvaguarda também na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos e no Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 8º, sendo aprovado também pelo congresso brasileiro através do Decreto Legislativo número 27 de 1992 (RANGEL, 2019).

Art. 8º Garantias Judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias 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 outra natureza (San José, Costa Rica, 1969).

Portanto, o referido princípio encontra resguarda na legislação nacional, assim como em tratados internacionais firmados pelo Brasil. Com isso, ele é um elemento fundante do próprio processo, como parte intrínseca, sendo um pressuposto de existência a participação de todos aqueles envolvidos por aquele litígio em questão (ROBERTO, 2011).

Nesse passo, como regra, é inadmissível o estabelecimento de um contraditório diferido, o que acaba por privilegiar a parte acusatória, enquanto a parte mais fraca, o acusado, é dado a ciência para encontrar falhas, defeitos ou obscuridades, já que o atual sistema investigativo policial não propicia coleta de elementos e provas que auxiliem uma tese defensiva. Vislumbra-se uma falta de paridade de armas na dialética probatória entre Estado e indivíduo (ROBERTO, 2011).

Dessa maneira, o contraditório permite às partes envolvidas dentro da ação penal a salvaguarda da participação dentro do processo, como maneira de influir no convencimento do juiz. Além disso, também busca o princípio da paridade de armas,

com o intuito de se estabelecer uma efetiva igualdade processual para estabelecer o contraditório pleno (PACELLI, 2019).

Com isso, é possível afirmar que esse princípio comporta um viés objetivo, de acordo com o qual a produção de provas só é possível com o devido respeito ao contraditório; e um viés subjetivo, que se manifesta no momento em que é dada a oportunidade ao acusado de enfrentar as teses acusatórias da outra parte (ROBERTO 2011).

Nesse rumo, Aury Lopes Jr. (2016) explana sobre o contraditório:

Assim, o contraditório é, essencialmente, o direito de ser informado e de participar no processo. É o conhecimento completo da acusação, o direito de saber o que está ocorrendo no processo, de ser comunicado de todos os atos processuais. Como regra, não pode haver segredo (antítese) para a defesa, sob pena de violação ao contraditório.

Reforçando este entendimento sobre o contraditório, Rangel (2019) pontua:

A instrução contraditória é inerente ao próprio direito de defesa, pois não se concebe um processo legal, buscando a verdade processual dos fatos, sem que se dê ao acusado a oportunidade de desdizer as afirmações feitas pelo Ministério Público (ou seu substituto processual) em peça exordial [...] Por isso se diz que há no contraditório informação e reação (Rangel, 2019, p. 18).

Em outra perspectiva, o princípio do contraditório pode ser exercido, concomitantemente com a produção probatória, em que se tem uma participação do acusado e das partes em sua formação, sendo chamado de contraditório real. Porém, em determinadas situações, será exercido após a prova já produzida, em situações excepcionais, para que não se reste frustrado os objetivos almejados, sendo realizado um contraditório diferido ou postergado, como em casos de interceptação telefônica ou busca e apreensão (Alencar, Távora, 2019).

Diante disso, o princípio do contraditório permeia toda a produção probatória, sendo uma garantia fundamental de quem está sendo acusado, como também de quem está acusando, podendo ser tanto o Ministério Público em ações públicas, quanto o querelado em ações privadas, possibilitando-os de terem oportunidades de combater as teses entre si (defesa e acusação) na dialética processual, seja em um

contraditório real, no momento da produção de provas, ou, em situações excepcionais, em um contraditório postergado, assegurando um processo justo.

2.4.2 Ampla defesa

Inicialmente, é válido salientar que o princípio da ampla defesa se difere do do contraditório. Enquanto que o último vale para as duas partes, a ampla defesa é para proteger aquele que está sendo acusado (Alencar, Távora, 2019).

Assim, a ampla defesa apresenta subdivisões: a defesa técnica e a autodefesa. A autodefesa, como bem aponta Alencar e Távora (2019), é:

Realizada pelo próprio imputado [...] está no âmbito de conveniência do réu, que pode optar por permanecer inerte, invocando inclusive o silêncio. A autodefesa comporta também subdivisão, representada pelo direito de audiência, “oportunidade de influir na defesa por intermédio do interrogatório”, e no direito de presença, “consiste na possibilidade de o réu tomar posição, a todo momento, sobre o material produzido, sendo-lhe garantida a imediação com o defensor, o juiz e as provas” (Alencar, Távora, 2019, p. 77-79)

No outro lado da moeda, a defesa técnica não é escolha do acusado, tendo este que ser defendido e acompanhado ou por advogado privado ou, no caso de não possuir condições financeiras para tal, por um defensor público ou dativo. É o que se extrai do artigo 261 do CPP, no qual, mesmo o réu estando foragido, é garantido sua defesa técnica, sendo inclusive, a sua falta, causa de nulidade; e do artigo 366, também do CPP, em que traz uma previsão de que se o réu for citado por edital e não comparecer em audiência, ou não constituir advogado, traz como consequência a suspensão do processo, bem como da prescrição.

Fortalecendo e complementando esse entendimento, tem-se as observações realizadas por Alencar e Távora (2019):

O STF consagra na súmula nº 523, ao tratar da defesa técnica, que no “processo penal a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”. Também do Pretório Excelso é o verbete segundo o qual “é nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor,

o réu não foi previamente intimado para constituir outro” (Súmula nº 708) (Alencar, Távora, 2019, p. 78).

Diante disso, é possível diferenciar os subprincípios de autodefesa e de defesa técnica. Enquanto o primeiro dá alternativa ao acusado à gestão do mérito no litígio penal concreto, sendo um dos seus direitos fundamentais; o segundo garante o desenvolvimento da jurisdição na sua melhor forma, pois sem ele não existe processo, sendo essencial para deflagração de princípios fundantes do processo criminal (HARTMANN, 2010).

Dessa maneira, observa-se que o princípio da ampla defesa, com relação às provas que serão produzidas, oportuniza que o réu se defenda da acusação em seu interrogatório, como também traz a obrigação de uma defesa técnica eficiente, a qual deverá dar a devida valoração que interessa para defesa e rebater os argumentos das provas acusatórias.

Nessa linha, sobre a produção de provas, Eugênio Pacelli (2019) aponta:

Embora a oportunidade para indicação de provas pela defesa seja no prazo de dez dias após a citação (art. 396, art. 396-A, CPP), pensamos ainda aplicável a previsão do art. 189, CPP, na parte que autoriza a indicação de provas pelo acusado por ocasião de interrogatório (Pacelli, 2019, p. 50).

Assim, se o réu, em seu interrogatório, apontar meios de produção de provas para a sua defesa, estando em desacordo com a defesa técnica, tanto do advogado privado quanto do defensor público, o magistrado deverá atuar determinando a prova a ser produzida apontada pelo acusado (PACELLI, 2019).

Portanto, é possível a conclusão de que a ampla defesa acaba por abarcar tanto a defesa técnica efetiva, a qual deve praticar todos os atos ao seu alcance para provar a inocência do réu, ou caso não seja possível estabelecer a pena no mínimo possível; quanto a autodefesa, a qual é exercida, em seu interrogatório, como uma opção do acusado e se realiza também por meio de provas hábeis para a defesa do réu, podendo até mesmo o magistrado determinar a produção de determinada prova específica apontada durante o interrogatório do acusado.

2.4.3 Vedação probatória da oralidade e da publicidade

Em nosso ordenamento, como já explanado, vigora a liberdade probatória, ou seja, apesar de existirem meios probatórios previstos, acoplados ou não com o procedimento, outros mecanismos são possíveis. Entretanto, essa premissa não é absoluta, encontrando certos limites.

Seria impensável uma persecução criminal ilimitada, sem parâmetros, na qual os fins justificassem os meios, inclusive na admissão de provas ilícitas. O Estado precisa ser sancionado quando viola a lei. Assegurar a imprestabilidade das provas colhidas em desrespeito à legislação é frear o arbítrio, blindando as garantias constitucionais, e eliminando aqueles que trapaceiam, desrespeitando as regras do jogo (Alencar, Távora, 2019, p. 642).

Nesse passo, é possível afirmar que a vedação probatória comporta três divisões: a prova ilícita, ilegítima ou irregular. A prova será considerada ilícita, quando houver desrespeito à legislação material, como se pode exemplificar diante de uma confissão mediante tortura ou, até mesmo, quebra de sigilo telefônico sem devida autorização judicial. Em outra medida, a prova será ilegítima quando houver qualquer tipo de ofensa a legislação processual penal, que ocorrerá, por exemplo, quando uma testemunha ouve o depoimento de outra antes de depor (RANGEL, 2019).

Por fim, a prova será irregular, quando um meio probatório é previsto legalmente, bem como o seu procedimento, mas a observância de todos seus requisitos legais não é efetuada, ou seja, as formalidades não são todas cumpridas. Como, por exemplo, uma busca e apreensão domiciliar a qual não apresenta todas as formalidades necessárias previstas no artigo 243 do CPP (Alencar, Távora, 2019).

Dessa forma, cumpre ressaltar que, para o ordenamento pátrio, estes três tipos de vedações probatórias são inadmissíveis, como prevê o artigo 157 do Código de Processo Penal, e deverão, portanto, ser desentranhadas do processo.

Assim, ressalta-se que, a partir da Lei 11.690/2008, alterações significativas ocorreram no Código de Processo Penal, onde apontam expressamente que “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”.

Aury Lopes Jr. (2016) explica a origem da teoria dos frutos da árvore envenenada:

O princípio da contaminação tem sua origem no caso *Silverthorne Lumber & Co. v. United States*, em 1920, tendo a expressão *fruits of the poisonous tree* sido cunhada pelo Juiz Frankfurter, da Corte Suprema, no caso *Nardone v. United States*, em 1937. Na decisão, afirmou-se que “proibir o uso direto de certos métodos, mas não pôr limites a seu pleno uso indireto apenas provocaria o uso daqueles mesmos meios considerados incongruentes com padrões éticos e destrutivos da liberdade pessoal”. A lógica é muito clara, ainda que a aplicação seja extremamente complexa, de que se a árvore está envenenada, os frutos que ela gera estarão igualmente contaminados (por derivação) (LOPES JR, 2016, p. 222).

Entretanto, a teoria dos frutos da árvore envenenada possui exceções, que encontram previsão legal, resguardado em outras teorias, tal como a prova absolutamente independente e da descoberta inevitável (Alencar, Távora, 2019).

A teoria da prova absolutamente independente afirma que se existirem múltiplas provas dentro de um processo criminal, sendo uma ou mais ilícitas, o magistrado deve efetuar uma análise de toda a instrução e preservar aquelas que são independentes da prova inadmissível. Dessa forma, para que provas sejam retiradas do processo há de se comprovar o nexo de causalidade entre a ilicitude e a prova que foi produzida (Alencar, Távora, 2019).

Dessa maneira, Eugênio Pacelli (2019) fundamenta acerca da teoria da fonte independente:

Em primeiro lugar, pode ocorrer que a prova posteriormente obtida já estivesse, desde o início, ao alcance das diligências mais frequentemente realizadas pelos agentes da persecução penal. Pode ocorrer, de fato, que seja possível concluir que o conhecimento da existência de tais provas se daria sem o auxílio da informação ilicitamente obtida. Aí, ao que se vê, a hipótese seria da aplicação da “fonte independente”, isto é, de meio de prova sem qualquer relação fática com aquela ilicitamente obtida (PACELLI, 2019, p. 373).

Por outro lado, a teoria da descoberta inevitável ou exceção da fonte hipotética independente afirma que se o alvo da prova que está eivada de ilicitude, seria por meio legal, de forma inevitável, descoberta posteriormente. Não há de se falar em desentranhar a prova dos autos, tendo em vista que não haveria prejuízo, já que a prova viria à tona de qualquer modo (Alencar, Távora, 2019).

Sobre a descoberta inevitável, Renato Brasileiro (2017) afirma:

A aplicação dessa teoria não pode ocorrer com base em dados meramente especulativos, sendo indispensável a existência de dados concretos a confirmar que a descoberta seria inevitável. Somente com base em fatos históricos demonstrados capazes de pronta verificação será possível dizer que a descoberta seria inevitável. Em outras palavras, não basta um juízo do possível. É necessário um juízo do provável, baseado em elementos concretos de prova (BRASILEIRO, 2017, p. 629).

Portanto, apesar de vigorar no Brasil a liberdade probatória, essa encontra limites em determinados meios de produção de prova, não sendo admissíveis provas consideradas ilícitas, que em determinadas situações acabam por macular todo procedimento probatório de forma derivada, vedação essa que é importante em um estado democrático de direito com um sistema acusatório de persecução penal, que, em seus atos, deve respeitar as garantias fundamentais do acusado.

Com relação ao princípio da oralidade é denotado que, durante o processo penal, em seus atos, haverá a preferência pela oralidade, como o interrogatório e depoimento. Assim, o princípio da oralidade deseja aproximar o magistrado que preside a instrução das provas produzidas, tendo um contato mais direto com o caso concreto, devendo inclusive, o juiz que preside a instrução, como regra, proferir a sentença (ALENCAR, TÁVORA, 2019).

Em contrapartida, o princípio da publicidade traz como regra que os atos sejam públicos durante o processo penal. Entretanto, não é absoluto, tendo em vista a necessidade do sigilo em determinados casos específicos, como a interceptação telefônica (ALENCAR, TÁVORA, 2019).

Nesse passo, Alencar e Távora (2019) chamam atenção para a Súmula Vinculante nº 14 do STF:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão de competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício de defesa. Havendo obstáculo, poderá se valer, de regra, do mandado de segurança e da reclamação constitucional (ALENCAR, TÁVORA, 2019, p. 675).

Dessa maneira, o princípio da oralidade traz, como regra, na produção de provas um contato maior do magistrado, sendo que a publicidade torna os atos públicos durante o processo penal, oportunizando um maior controle de ilegalidades ou arbitrariedades.

2.5 O ÔNUS DA PROVA

O ônus da prova no processo criminal é uma responsabilidade de comprovação daquilo que se está alegando, e, caso não seja respeitado, trará prejuízos a quem afirmou determinado fato. Nessa linha, vale ressaltar que, atualmente, o ônus probatório fica a cargo do Ministério Público ou do querelante, que deve, com base em provas, efetuar a comprovação da materialidade e autoria do crime do denunciado. Assim, mesmo que o réu não realize sua autodefesa ou caso sua defesa técnica seja ineficiente, não restará prejuízos, caso o órgão acusador falhe em demonstrar elementos suficientes para uma condenação em nome do princípio da presunção de inocência e *in dubio pro reo* (MIRZA, 2010).

Assim, leciona Alencar e Távora (2019) sobre a divisão probatória entre acusação e defesa:

A prova da alegação é incumbida a quem a fizer (art. 156, primeira parte, CPP), e se tem indicado que a divisão do ônus da prova entre acusação e defesa levaria a que a primeira demonstrasse a autoria; materialidade (existência de infração); dolo ou culpa e eventuais circunstâncias que influam na exasperação da pena. Já a defesa estaria preocupada na demonstração de eventuais excludentes de ilicitude; de culpabilidade; causas de extinção da punibilidade e circunstâncias que venham a mitigar a pena (Alencar, Távora, 2019, p. 663).

Nessa linha, aponta Renato Brasileiro (2017):

Transportando-se o conceito de ônus para o âmbito da prova, pode-se dizer que ônus da prova é o encargo que as partes têm de provar, pelos meios legal e moralmente admissíveis, a veracidade das afirmações por elas formuladas ao longo do processo, resultando de sua inação uma situação de desvantagem perante o direito (BRASILEIRO, 2017, p. 606).

Entretanto, equivocadamente, é dado o ônus probatório ao acusado quando é apontada alguma excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade, fazendo uma analogia perigosa com o Código de Processo Civil. O réu não tem ônus probatório algum, sendo este dever total da parte acusatória, já que, quando ocorre uma denúncia ou queixa-crime, há a narrativa de todo deslinde supostamente criminoso como fato típico, antijurídico e culpável (MIRZA, 2010).

Ainda com referência ao ônus probatório, o artigo 156 do CPP traz a seguinte previsão:

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

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

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

Dessa forma, apesar de previsto em lei, o magistrado ter o poder instrutório durante a fase judicial vem em total contramão ao sistema acusatório de persecução penal, pois acaba afetando a imparcialidade do juiz. Rangel (2019) sintetiza bem a questão:

A crença de que o juiz é um ser preocupado com os direitos do réu e, por isso, estaria praticando atos de ofício é falsa. Quando o juiz pratica atos de ofício em busca da prova, é para condenar, até porque qualquer neófito sabe que se não há provas ou se há dúvida, o juiz tem que decidir em favor do réu. Todavia, em nome de um princípio (impulso oficial), o juiz sai em busca daquilo que irá justificar o que ele já decidiu: a condenação (RANGEL, 2019, p. 542).

Nessa linha, a Lei nº 11.690/2008, em seu artigo 156, inciso I, trouxe uma medida de natureza explicitamente inquisitorial, a qual prever a solicitação de diligências durante a fase judicial, sendo que essa prática seria, em regra, realizada na fase de investigação preliminar. Isso, como consequência, acaba trazendo o magistrado que atua na fase inquisitorial para, também, proferir a sentença.

Entretanto, a Lei 13.964/2019, em seu artigo 3º, trouxe a seguinte previsão: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. Atualmente, há uma divergência doutrinária, pois este referido artigo acabou por afetar o artigo 156 do CPP, em conjunto com a implantação da figura do juiz das garantias durante o inquérito policial, trazendo uma divisão entre o juiz que atua na fase investigatória e o que atua na fase judicial, modificações estas que serão melhor detalhadas no decorrer deste trabalho.

2.6 O PROCEDIMENTO PROBATÓRIO

Para que se produza uma prova é necessário determinado procedimento, visando a busca da verdade processual, e, em regra, possui quatro fases que devem estar atentas aos direitos e garantias fundamentais para não se eivar de nulidade.

A primeira fase é a da proposição, na qual as partes irão requerer as provas que devem ser produzidas no curso no processo ou então indicar o conteúdo probatório produzido antes da fase judicial. Nesse rumo, este conteúdo deve ser apresentado na inicial acusatória, seja pelo Ministério Público, em crimes públicos, em ações penais públicas, ou pelo querelante, em crimes privados, em ações penais privadas, enquanto que a defesa requer as provas de seu interesse na resposta preliminar. É importante pontuar que, no decorrer do processo, é possível requerer a produção de outras provas, não sendo preclusivo para todo e qualquer tipo de prova, mas a prova testemunhal, por exemplo, deve ser indicada na inicial e na defesa preliminar (ALENCAR, TÁVORA, 2019).

Já a segunda fase é a de admissibilidade, que será exercida pelo magistrado ao analisar o requerimento das partes, seja na denúncia ou queixa-crime seja na resposta preliminar. Ao efetuar a análise, deve-se observar se as provas requeridas são ilícitas, ilegítimas ou irregulares, sob pena de nulidade de todos os atos processuais subsequentes (RANGEL, 2019).

A produção das provas, enquanto terceira fase, é o ápice do procedimento probatório, pois, durante esta fase do processo penal, como bem aponta Rangel (2019, p. 546), “É o momento de maior tensão probatória, em que as partes, dentro do justo processo, discutem a veracidade, a idoneidade, a credibilidade e a legalidade das provas”. Assim, como regra, as provas são produzidas oralmente, com a oitiva de testemunhas, depoimento da vítima e o interrogatório do réu. Entretanto, com relação às provas não repetíveis, na fase judicial, o máximo que se pode ter é a explanação do perito, análise de vícios ou alguma perícia complementar.

Por fim, a quarta fase é a valoração das provas, em que o magistrado deve colher todos os elementos probatórios produzidos e fundamentar sua sentença com base

no que foi produzido em contraditório judicial. Caso haja errônea valoração, é possível tanto um recurso sobre o fundamento de *error in iudicando* ou, se houver qualquer vício no procedimento, poderá haver recurso sob o fundamento de *error in procedendo* (RANGEL, 2019).

2.7 DOS SISTEMAS DE APRECIÇÃO DA PROVA

O magistrado, ao proferir uma sentença, seja absolutória ou condenatória, o faz com base nas provas que foram produzidas, as quais serão objetos de valoração para fundamentação da sentença. O poder judiciário deve efetuar os julgamentos de acordo com o ordenamento jurídico vigente, sendo este o responsável pela investidura da jurisdição. Dessa forma, deve-se se atentar ao valor que o ordenamento dá a determinados tipos de provas. Considerando o curso da história, podemos dividir três tipos de sistemas de valoração de provas realizadas pelo magistrado, são elas: o sistema da certeza moral, o sistema da prova tarifada e o sistema do convencimento motivado (ALMEIDA, 2014).

Com relação ao sistema da certeza moral do juiz, o magistrado decidirá de acordo com sua própria convicção, podendo fundamentar sua decisão nas provas que foram produzidas ou em concepções pessoais de mundo e de justiça (RANGEL, 2019).

Sobre esse sistema, Alencar e Távora (2019) afirma que:

O juiz está absolutamente livre para decidir, despido de quaisquer amarras, estando dispensado de motivar a decisão. Pode utilizar o que não está nos autos, trazendo ao processo os seus pré-conceitos e crenças pessoais. A lei não atribui valor às provas, cabendo ao magistrado total liberdade.

Ainda nesta discussão, Renato Brasileiro (2017) corrobora:

A decisão é o resultado da convicção do magistrado, sem que seja necessária a demonstração de razões empíricas que justifiquem seu convencimento, o que permite, em tese, que o juiz julgue com base na prova dos autos, sem a prova dos autos, e até mesmo contra a prova dos autos (BRASILEIRO, 2017, p. 616).

Portanto, nesse tipo de sistema, há um magistrado soberano, não existindo qualquer limite legal para a sua atuação, podendo este realizar investigações e coleta de provas para embasar uma sentença; e, inclusive, basear sua decisão em fatores extraprocessuais, sendo uma valoração probatória extremamente inquisitorial e fadada ao fracasso pela parcialidade (ALMEIDA, 2014).

É pertinente salientar que no Brasil o sistema da íntima convicção ou certeza moral do juiz é previsto em um procedimento de persecução criminal especial nos casos de homicídio doloso contra a vida, que serão julgados no Tribunal do Júri, conforme a Lei 11.689/2008. Assim, os jurados selecionados, ao proferirem em conjunto a sentença, não tem que justificar seus votos (RANGEL, 2019).

Portanto, este sistema de valoração das provas, em regra, é extremamente defasado, trazendo preceitos inquisitoriais e incompatíveis com o direito processual penal atual, apesar de estar salvaguardado o direito de sigilo dos votos como mecanismo de proteção aos participantes do júri, sendo, assim, possível adaptar esse sistema para que se enquadre a um sistema acusatório.

O sistema da prova tarifada encontra seu fundamento nas normas. Assim, a lei estabelecerá a valoração de cada tipo de prova, dando mais peso a determinados tipos em detrimento de outros. Como consequência lógica, o magistrado fica amarrado a legislação, ficando engessado e proferindo o que a lei manda. Portanto, a condenação ou absolvição se baseia na vontade do legislador que elaborou as normas de valoração probatória (ALMEIDA, 2014).

Nessa mesma linha, Aury Lopes Jr (2016) pontua:

No sistema legal de provas o legislador previa a priori, a partir da experiência coletiva acumulada, um sistema de valoração hierarquizada da prova (estabelecendo uma tarifa probatória ou tabela de valoração das provas). Era chamado de sistema legal de provas, exatamente porque o valor vinha previamente definido em lei, sem atentar para as especificidades de cada caso (LOPES JR., 2016, p. 205).

Ainda sobre o tema, Paulo Rangel (2019) ainda complementa:

Em verdade, o sistema das regras legais é a desconfiança que o legislador tem do juiz. Estabelece-se, assim, a certeza moral do legislador. Em termos de provas, não vale mais o que o juiz diz, mas, sim, o que o legislador estabelece com meio de prova prioritário (RANGEL, 2019, p. 550).

No Brasil, esse sistema encontra previsão na legislação, como, por exemplo, a necessidade de realização do exame de corpo e delito em crimes que deixam vestígios e de condicionar a validade da fotografia a documento que comprove sua autenticação, ambas previstas no CPP (RANGEL, 2019).

Assim, a prova tarifada encontra duas classificações explanadas pela doutrina, a prova tarifada absoluta e relativa. Apresento abaixo as definições apresentadas por Alencar e Távora (2019):

(1) prova tarifada absoluta ou tarifação absoluta: que não permite ao juiz, em qualquer hipótese, afastar-se dos limites traçados pelo legislador [...]

(2) prova tarifada relativa ou tarifação relativa: malgrado estabeleça a forma como deve ser comprovado o fato, a própria lei não fecha as portas para que o juiz, na falta justificada da prova segundo a forma legal, fundamente sua decisão em outros meios de prova (ALENCAR E TÁVORA, 2019, p. 672-673).

Entretanto, a ampla utilização deste sistema para valorar todas as provas encontrou inúmeras críticas, pois engessa o magistrado, que não permitia investigar a verdade processual, pois isso resultava em um julgamento injusto. Dessa forma, Rangel (2019) discute a situação por meio de um exemplo:

“Pois, se o réu, por exemplo, confessasse a prática do crime, mas a prova testemunhal idônea demonstrasse que aquela confissão era para proteger determinada pessoa, o juiz nada poderia fazer a não ser, confessada a infração, condenar o réu” (RANGEL, 2019, p. 552).

Portanto, esse tipo de sistema de valoração é completamente antagônica ao sistema da certeza moral do juiz, enquanto um da total liberdade ao magistrado, outro lhe deixa completamente engessado a aplicar a letra da lei, estabelecendo, inclusive, que deva ser apresentados tipos específicos de prova para a comprovação de determinado direito (ALMEIDA, 2014).

Já o sistema de convicção motivada, também denominado persuasão racional, é amplamente utilizado no Brasil, servindo, em regra, como base para valoração probatória. Nesse passo, o juiz atuará com base nas provas produzidas, durante a fase judicial, que foram submetidas a todo procedimento de maneira correta,

garantindo o contraditório e ampla defesa. Assim, o magistrado tem liberdade para buscar a verdade processual (ALMEIDA, 2014).

Nessa perspectiva, é válido salientar que não existe uma valoração prévia da importância de cada tipo de prova, ou seja, não existe hierarquia entre elas. Tendo isso em vista, todas as provas assumem um valor relativo, até mesmo a confissão do réu, que em períodos anteriores era considerada a prova mais importante, sobrepondo-se, em alguns casos, diante das demais (RANGEL, 2019).

Nesse passo, Renato Brasileiro (2017) pontua que:

À discricionariedade de avaliação do quadro probatório soma-se a obrigatoriedade de motivação da conclusão do magistrado, ponto positivo do sistema da prova tarifada. A obrigação de fundamentar permite às partes não somente aferir que a convicção foi realmente extraída do material probatório constante dos autos, como também analisar os motivos legais que levaram o magistrado a firmar sua conclusão. Essa garantia não só assegura o exame cuidadoso dos autos, mas também permite que, em grau de recurso, se faça o eventual reexame em face de novos argumentos apresentados (BRASILEIRO, 2017, p. 619).

Diante deste cenário, é possível extrair importantes efeitos. O primeiro é de que o magistrado irá atuar dentro das provas produzidas, com o devido procedimento, analisando o conjunto probatório, devendo motivar e fundamentar bem as suas decisões, descrevendo todos os pontos que o levaram a decidir ou por uma condenação ou por uma absolvição. Segundo, só será considerado prova aquilo que foi resultado da fase processual, sob pena de ser inválido. Por fim, nenhuma prova possui nível de hierarquia maior que outra, nem mesmo a própria confissão do réu, que em épocas anteriores era a que mais se buscava, detendo preponderância com relação às demais (BRASILEIRO, 2017).

3. OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

3.1 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

A doutrina costuma classificar os sistemas processuais penais em três: o sistema inquisitorial, o sistema acusatório e o sistema misto. Antes de apresentar os conceitos e características de cada um, é importante trazer a definição da palavra sistema, dada por Aurélio Buarque de Holanda Ferreira:

1. Conjunto de elementos, materiais ou ideias, entre os quais se possa encontrar ou definir alguma relação.
2. Disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que funcionam como estrutura organizada: sistema penitenciário; sistema de refrigeração.
3. Reunião de elementos naturais da mesma espécie, que constituem um conjunto intimamente relacionado [...] (AURÉLIO, apud, RANGEL, 2019, p. 49).

Paulo Rangel (2019), ainda sobre sistema processual penal, define que:

“[...] sistema processual penal é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto” (RANGEL, 2019, p. 49).

Nesse sentido, pode-se afirmar que o sistema processual penal é uma decisão de Estado, podendo ser de cunho mais punitivo (inquisitorial) ou libertário (acusatório), o que variou ao longo da história. O sistema acusatório esteve presente até o século XII e aos poucos foi cedendo espaço para o sistema inquisitivo, que permaneceu como base dos processos penais até o final do século XVIII, quando, como em um movimento pendular, foi perdendo espaço novamente para o sistema acusatório (LOPES, 2016).

Contudo, é válido salientar que o procedimento dentro do processo penal deve diferir daquele dentro do processo civil, tendo em vista o bem jurídico que encontra-se em pauta, que, em regra, é o direito de liberdade do acusado. Assim, o sistema

persecutório penal teria um conjunto de regras e princípios próprios, devendo haver muita cautela ao efetuar analogias trazidas do âmbito civil (SILVA JUNIOR, 2017).

3.1.1 O sistema inquisitivo

Com relação ao sistema processual penal inquisitivo, este acabou surgindo depois de findo o sistema acusatório privado, no qual a própria pessoa ofendida, ou seja, a vítima, deveria representar e comprovar o acontecimento do delito. Assim, o pensamento à época das monarquias, já inconformadas em entregar nas mãos dos particulares a missão de combater a criminalidade, foi tomar para si a função de solucionar e prevenir crimes, ou seja, o mesmo Estado-juiz que acusava, realizava também a produção de provas, efetuava a defesa do réu e o seu julgamento (RANGEL, 2019).

Nessa mesma linha, segue Eugênio Florián, citado por Paulo Rangel (2019), “se as três funções se concentram em poder de uma só pessoa e se atribuem a um mesmo órgão, que as acumula todas em suas mãos, o processo é inquisitivo” (FLORIÁN apud RANGEL, 2019, p. 50).

Entretanto, a concentração de funções nas mãos do Estado-juiz é apenas uma das características deste sistema processual penal, também sigiloso, que afasta a fiscalização da sociedade em atos em nome do combate à criminalidade; é nítida a ausência de contraditório e ampla defesa, uma característica derivada da cumulação de funções pelo juiz, em que o réu é tratado como mero objeto e não como um sujeito de direitos; o sistema de provas é o da prova tarifada, sendo a confissão o principal objetivo, tendo o juiz total controle instrutório da ação penal (NEVES, 2014)

Nesse sentido, é possível identificar a parcialidade do juiz como uma construção lógica, já que aquele que acusa e também julga crê que o delito aconteceu, está completamente contaminado e somente irá buscar comprovação daquilo que já se pré-estabeleceu em sua mente. Além disso, há a desigualdade de armas e oportunidades, já que o réu neste sistema é tratado como um mero objeto, não tendo nenhum tipo de garantia para se defender, enquanto que todo o aparato estatal se movimenta para sua incriminação (LOPES, 2016).

Ainda sobre as características inquisitoriais, pontua de forma brilhante Renato Brasileiro (2017) acerca da atividade probatória:

Trabalha o sistema inquisitório, assim, com a premissa de que a atividade probatória tem por objetivo uma completa e ampla reconstrução dos fatos, com vistas ao descobrimento da verdade. Considera-se possível a descoberta de uma verdade absoluta, por isso admite uma ampla atividade probatória, quer em relação ao objeto do processo, quer em relação aos meios e métodos para a descoberta da verdade. Dotado de amplos poderes instrutórios, o magistrado pode proceder a uma completa investigação do fato delituoso (BRASILEIRO, 2017, p. 39).

Depois de uma breve explanação histórica das características do sistema penal inquisitivo, resta concluir que a sua adoção se mostra incompatível com a ordem constitucional em um Estado Democrático de Direito, tendo características que acabam por atentar contra diversos princípios materiais e processuais penais, como o contraditório e ampla defesa.

Entretanto, apesar desta incompatibilidade, a legislação processual brasileira possui alguns resquícios de características inquisitoriais, vide o artigo 156, que permite ao magistrado ordenar produção probatória urgente e relevante, seja durante a investigação preliminar ou durante a fase judicial (ALENCAR, TÁVORA, 2019).

Com isso, salienta-se a previsão do artigo 3º-A, trazido pela Lei 13.964/2019, que prevê a estrutura acusatória do processo penal brasileiro e veda iniciativas do juiz na fase investigativa e uma substituição probatória do órgão de acusação, existindo uma discussão doutrinária se o artigo 156, do CPP, encontra-se comprometido. Evidencia-se, contudo, uma evolução processual penal em busca de um sistema acusatório pleno capaz de alcançar o justo.

3.1.2 Sistema acusatório

O sistema processual penal acusatório remonta suas origens na Grécia antiga, perdendo espaço para o sistema inquisitivo. Possui previsão de forma expressa na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 129, inciso I (BRASILEIRO, 2017), que prevê em verbis: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I-

promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”. Além disso, a Lei 13.964/2019 traz uma previsão expressa no art. 3º-A, apontando a opção legislativa por um processo penal na forma acusatória no Código de Processo Penal, apesar de já ser possível aferir isso da própria Constituição Federal de 1988.

Nessa linha, a principal característica do sistema acusatório é a separação de funções dentro do processo. O que difere de forma circunstancial do sistema inquisitivo, em que o juiz detinha a função de acusar, defender e julgar, enquanto que no acusatório a separação é nítida (MOREIRA, CAMARGO, 2016).

No Brasil, o Ministério Público é quem efetua a acusação, no caso de uma ação penal pública, por meio da denúncia, enquanto que, em uma ação penal privada, esse papel pertence ao querelante, através da queixa-crime, ambos os agentes estando com o ônus probatório em suas respectivas ações. Já o acusado efetuará sua defesa, sendo assistido, obrigatoriamente, por uma defesa técnica, enquanto que o juiz efetuará o julgamento (ALENCAR, TÁVORA, 2019).

Dessa forma Luigi Ferrajoli aponta que:

Modelo acusatório histórico pode ser definido como um “sistema processual que tem o juiz como sujeito passivo rigidamente separado das partes”, sendo o julgamento um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa, mediante um contraditório público e oral, solucionado pelo juiz (FERRAJOLI apud OLÍMPICO, p.19).

Este tipo de sistema é regado, em regra, pela publicidade dos seus atos, o que permite uma maior transparência da justiça durante o processo penal, entretanto, ele apresenta exceções em situações excepcionais, seja para proteger as partes do processo seja para salvaguardar a legitimidade dos votos dos jurados no Tribunal do Júri. Nessa perspectiva, nesse sistema o réu é um sujeito de direitos, o que significa a presença de um rol de direitos e garantias fundamentais, estando sempre presente os princípios do contraditório e da ampla defesa (RANGEL, 2019).

Além disso, existe à disposição um sistema de provas baseado no convencimento motivado, ou seja, a sentença que será proferida pelo magistrado terá escopo nas provas produzidas durante a fase processual, de forma fundamentada e motivada, a fim de rebater todas as teses defensivas para efetuar uma decisão condenatória ou

absolutória. Para isso, o juiz deve ter como característica principal a imparcialidade, devendo obrigatoriamente estar distante das partes e do conflito envolvido, sendo inclusive causa de nulidade dos atos já praticados, quando um magistrado apresenta a sua suspeição ou impedimento (RANGEL, 2019).

Renato Brasileira (2017) sintetiza as características do sistema processual acusatório:

Como se percebe, o que efetivamente diferencia o sistema inquisitorial do acusatório é a posição dos sujeitos processuais e a gestão da prova. O modelo acusatório reflete a posição de igualdade dos sujeitos, cabendo exclusivamente às partes a produção do material probatório e sempre observando os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e do dever de motivação das decisões judiciais. Portanto, além da separação das funções de acusar, defender e julgar, o traço peculiar mais importante do sistema acusatório é que o juiz não é, por excelência, o gestor da prova (BRASILEIRO, 2017, p. 40).

Aury Lopes Jr. (2017) reitera:

É importante destacar que a posição do “juiz” é fundante da estrutura processual. Quando o sistema aplicado mantém o juiz afastado da iniciativa probatória (da busca de ofício da prova), fortalece-se a estrutura dialética e, acima de tudo, assegura-se a imparcialidade do julgador (LOPES, 2016, p. 27).

O autor ainda aponta algumas características do sistema acusatório, como a igualdade de oportunidades no processo, a regra do procedimento oral e até a possibilidade de impugnação que dá vida ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Sobre a posição do juiz diante deste sistema processual penal, cumpre ressaltar que essa posição estará sempre distante da produção probatória de ofício, cujo ônus é de quem acusa, seja o Ministério Público nas ações públicas seja o querelante nas ações privadas, com o fim de evitar a contaminação consciente ou inconsciente do julgador (LOPES JR, 2016).

Portanto, é possível identificar que o sistema processual acusatório é antagônico ao sistema processual inquisitório, sendo que no primeiro há maior preocupação com os direitos do acusado, buscando estabelecer um procedimento que vise a imparcialidade para chegar numa verdade processual do suposto fato criminoso.

3.1.3 Sistema processual misto e o sistema adotado pelo Brasil

O sistema processual misto, também chamado de acusatório formal, remonta ao canônico Império Romano. Sendo possível identificar dentro deste sistema características tanto inquisitoriais quanto acusatórias, pode-se estabelecer uma divisão entre duas fases procedimentais: uma fase instrutória preliminar, com um cunho inquisitório; e uma segunda fase, esta de cunho judicial ou contraditório (RANGEL, 2019).

Nesse passo, a instrução preliminar é presidida e organizada por um magistrado, que possui amplos poderes inquisitórios em suas atuações (LOPES JR., JACOBSEN, 2014), com o objetivo de reunir os elementos probatórios para uma possível acusação.

Paulo Rangel (2019) diz que “na fase preliminar, o procedimento é secreto, escrito e o autor do fato é mero objeto de investigação, não havendo contraditório nem ampla defesa, face à influência do procedimento inquisitivo;” (RANGEL, 2019, p. 55).

Em contrapartida, com referência a fase contraditória ou judicial, ao acusado é garantido o crivo do contraditório e da ampla defesa, bem como os direitos decorrentes desses princípios essenciais. Vale ressaltar que há a possibilidade de recurso de cassação, ao impugnar questões de direito, e o recurso de apelação, quando se impugna questões de fato e de direito (ALENCAR, TÁVORA, 2019).

Nesse aspecto, Paulo Rangel (2019) leciona:

(...) a fase judicial é inaugurada com acusação penal feita, em regra, pelo Ministério Público, onde haverá um debate oral, público e contraditório, estabelecendo plena igualdade de direitos entre a acusação e defesa (...) o procedimento na fase judicial é contraditório, assegurada ao acusado a ampla defesa, garantia a publicidade dos atos processuais e regido pelo princípio da concentração, em que todos os atos são praticados em audiência (RANGEL, 2019, p. 55).

Entretanto, há divergências sobre a real existência de um sistema misto, como aponta Jacinto Coutinho:

(...) não há – e nem pode haver – um princípio misto, o que, por evidente desconfigura o dito sistema. Para o autor, os sistemas, assim como os paradigmas e os tipos ideais, não podem ser mistos; eles são informados por um princípio unificador. Logo, na essência, o sistema é sempre puro. E explica, na continuação, que o fato de ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro. Portanto, é reducionismo pensar que basta ter uma acusação (separação inicial das funções) para constituir-se um processo acusatório. É necessário que se mantenha a separação para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite a imparcialidade do juiz (Jacinto Coutindo apud Aury Lopes Jr., 2016).

Portanto, o sistema misto apresenta uma reunião comum de características tanto do sistema inquisitivo quanto do sistema acusatório, presentes durante todo o desenrolar do processo, composto tanto por uma fase instrutória inquisitória, sendo esta pré-processual, quanto por outra acusatória, com suas características próprias. Entretanto, segundo parte da doutrina, não existiria um sistema processual penal misto, tendo em vista a impossibilidade de conciliação entre o acusatório e o inquisitório (ABREU, 2008).

No entanto, no Brasil, existe uma fase investigativa, que é inquisitorial, já que é preliminar e visa a coleta de elementos informativos para decisões interlocutórias dentro de sua fase e para lastrear o mínimo para embasar a denúncia ou queixa. Em seguida, há uma fase judicial, que apesar de constitucionalmente prever um sistema acusatório, apresenta fortes elementos ainda inquisitórios. Por essa razão, a doutrina, de forma majoritária, define o sistema brasileiro como misto ou até mesmo um sistema acusatório misto (PACELLI, 2019).

Assim, é nítido a presença de elementos inquisitórios não só na fase policial, mas também na fase judicial. Por esta razão, vislumbrava-se um processo penal brasileiro inquisitório ou neoinquisitório, tendo em vista a presença de poder instrutório nas mãos do julgador. Dessa maneira, o ordenamento brasileiro possui previsões que permitem ao juiz assumir protagonismo probatório, função esta que deveria ser exercida pelo Ministério Público ou o querelante, já que o ônus probatório compete ao titular da ação penal (LOPES JR., 2016).

Nesse sentido, Aury Lopes Jr. traz exemplos de previsões inquisitórias do magistrado no ordenamento brasileiro durante a fase judicial:

(...) permitir que o juiz de ofício converta a prisão em flagrante em preventiva (art. 310), pois isso equivale a “prisão decretada de ofício”; ou mesmo decreta a prisão preventiva de ofício no curso do processo (o problema não está na fase, mas, sim, no atuar de ofício!), uma busca e apreensão (art. 242), o sequestro (art. 127); ouça testemunhas além das indicadas (art. 209); proceda ao reinterrogatório do réu a qualquer tempo (art. 196); determine diligências de ofício durante a fase processual e até mesmo no curso da investigação preliminar (art. 156, incisos I e II); reconheça agravantes ainda que não tenham sido alegadas (art. 385); condene, ainda que o Ministério Público tenha postulado a absolvição (art. 385), altere a classificação jurídica do fato (art. 383) etc (LOPES JR., 2016, p. 29).

Vale destacar também a passagem claramente inquisitorial no artigo 385 do Código de Processo Penal, que permite ao magistrado não apenas efetuar uma condenação, mesmo que o titular da ação penal pública peça a absolvição, como também reconhecer agravantes que nunca teriam sido alegadas ou apresentadas na denúncia.

Assim, é possível afirmar que o Código Penal Brasileiro, de 1941, possui muitas passagens inquisitivas, as quais foram sofrendo muitas mudanças no decorrer do tempo. No entanto, a Lei 13964/2019 trouxe de forma expressa, pela primeira vez, a adoção de um sistema acusatório em seu artigo 3º-A, “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição probatória do órgão de acusação”. Cumpre salientar que, constitucionalmente, este já era consagrado como acusatório, entretanto era e ainda é incompatível com o Código de Processo Penal.

Portanto, é possível afirmar que o Brasil possui um sistema processual misto, ou, como afirmado por Auri Lopes Jr., neoinquisitorial, já que ainda possui previsões inquisitoriais em seu ordenamento processual penal, problemas esses que ainda não foram enfrentados pelo legislador. Entretanto, é possível vislumbrar uma parcela de evolução do sistema processual penal inquisitório para o acusatório na Lei 13.964/2019, que trouxera algumas mudanças positivas, mesmo que boa parte do Código de Processo Penal ainda seja incompatível com um verdadeiro sistema acusatório.

3.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

A investigação preliminar é o momento pretérito a ação penal. É o momento no qual, em regra, é visado a coleta de elementos informativos, que servirão como base para o órgão acusatório ou o titular da ação penal efetuar a denúncia ou queixa (ALENCAR, TÁVORA, 2019).

No Brasil, como bem aponta Tourinho Filho, a investigação preliminar é “o conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária para a apuração de uma infração penal e sua autoria com o fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo”.

Aury Lopes Jr. E Ricardo Jacobsen (2014), em contrapartida, concluem, que a investigação preliminar é:

(...) o conjunto de atividades realizadas concatenadamente por órgãos do Estado; a partir de uma notícia-crime ou atividade de ofício; com caráter prévio e de natureza preparatória em relação ao processo penal; que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delitivo, com o fim de justificar o exercício da ação penal ou arquivamento (não processo) (LOPES JR., JACOBSEN, 2014, p. 90/91).

Assim, conclui-se que a investigação preliminar visa a apuração de um suposto fato criminoso, buscando indícios de autoria, isto é, quem cometeu a infração criminosa, e da materialidade, a qual se refere ao bem jurídico tutelado e que fora violado, através de atos de um órgão estatal, servindo como base para uma ação criminal ou para arquivamento do feito pelo titular da ação. É priorizado ainda a proteção ao bem jurídico tutelado pelo Estado (SANTOS, 2016).

Com referência a natureza jurídica da investigação preliminar, esta dependerá dos seus atos predominantes, podendo ter natureza administrativa pré-processual ou até mesmo judicial pré-processual. Terá natureza jurídica judicial, contudo, quando for uma fase preparatória para a parte processual, sendo presidida por um órgão investigatório que pertence ao poder judiciário, como um magistrado ou até mesmo o Ministério Público, quando este é vinculado ao Poder Judiciário, tendo o condão de investigar, sendo que este não irá exercer atividades jurisdicionais, apenas judiciais (LOPES JR., JACOBSEN, 2014).

Porém, a investigação preliminar será administrativa quando for uma fase preparatória para a parte processual, e for presidida por um órgão estatal que não tenha poder jurisdicional e não esteja vinculado ao poder judiciário. No caso do Brasil, temos o inquérito policial, que está vinculado ao poder executivo, e que exerce função administrativa, com o intuito de investigar a notícia-crime (LOPES JR., JACOBSEN, 2014).

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2019) apontam sobre a natureza jurídica do inquérito policial brasileiro: “O inquérito é um procedimento de índole eminentemente administrativa, de caráter informativo, preparatório da ação penal. Rege-se pelas regras do ato administrativo em geral”.

Assim, ao se estabelecer a investigação preliminar com natureza administrativa, conclui-se que se trata de um procedimento, e não de um processo. Por esta razão, não há a presença de princípios fundamentais que existem na fase judicial, como o contraditório e a ampla defesa, até porque formalmente o investigado não está sendo acusado. Apesar disso, parte da doutrina afirma que ao tratar de provas não renováveis, como, por exemplo, o exame de corpo de delito ou determinadas perícias, seria necessário estabelecer o contraditório e a ampla defesa ainda no inquérito policial, enquanto que nas provas renováveis não seria possível estabelecer os referidos direitos e garantias fundamentais, sendo exercidos na fase processual, momento em que seriam produzidas novamente (RANGEL, 2019).

Portanto, durante o inquérito policial, diante da produção de uma prova não renovável na fase processual, se faz necessário a verificação do contraditório e da ampla defesa ao acusado, para que ele possa se defender e influir na produção da prova, afim de que se tenha o contraditório pleno, não diferido ou postergado.

3.3 RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE UMA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

A investigação preliminar possui alguns fundamentos para a sua existência, quando, por exemplo, há o acontecimento de um fato criminoso, ferindo algum bem jurídico tutelado pelo estado. Normalmente, o *modus operandi* objetiva ser o mais discreto e oculto possível, para que não restem frustrados os fins do crime, evitando que seja descoberto e para que não sofra com a pena imposta pelo tipo penal.

Diante deste cenário, é possível concluir que existe uma quantidade de crimes que acontecem na vida real e uma porcentagem que é noticiada, investigada e solucionada, a qual podendo ser chamada de *Criminal Case Mortality*. Assim, um aparato estatal mais eficiente que consegue investigar e solucionar a maioria dos crimes cometidos gera uma maior confiabilidade nas instituições e maior segurança social, sendo a investigação preliminar função essencial, traduzindo-se como o primeiro degrau para a solução de casos criminosos, reunindo elementos para deflagração ou não da ação penal (LOPES JR., JACOBSEN, 2014).

Nesse rumo, quase como uma consequência lógica, a investigação preliminar assume uma função simbólica, como disserta Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen (2014):

A investigação preliminar também atende a uma função simbólica, poderíamos dizer até de natureza sociológica, ao contribuir para restabelecer a tranquilidade social abalada pelo crime. Significa que, numa dimensão simbólica, contribui para amenizar o mal-estar causado pelo crime, através da sensação de que os órgãos estatais atuarão, evitando a impunidade. Essa garantia de que não haverá impunidade manifesta-se também através da imediata atividade persecutória estatal, que não se confunde com a necessidade de uma cautelar pessoal (prisão processual) (LOPES JR., JACOBSEN, 2014).

Assim, as atuações da polícia judiciária nas investigações preliminares exercem um estímulo negativo a prática de novos delitos, sendo comum a prisão em flagrante delito, prevista nos artigos 301 e 302 do Código de Processo Penal, com o intuito de prevenir a consumação do delito.

Cumprе salientar também que a investigação encontra extrema relevância em cautelares, com o propósito de que sejam tomadas: medidas pessoais, como no caso de decretação de prisão preventiva, tendo em vista os requisitos do artigo 313 do CPP; medidas cautelares patrimoniais, para assegurar o ressarcimento da vítima e das custas processuais; e medidas cautelares probatórias, quando se está diante de uma prova que não será possível repetir sua produção no futuro (LOPES JR., JACOBSEN, 2014).

Em outra perspectiva, a investigação preliminar encontra razão de existência quando se apresenta como um verdadeiro filtro processual, ou seja, nos seus atos

investigativos, quando se identifica uma acusação que se resta infundada, protege-se aquele que é inocente.

Nessa mesma ideia, aponta Canuto Mendes, juntamente com Ricardo Jacobsen (2014):

“se a instrução definitiva prova ou não prova que existe crime ou contravenção, a instrução preliminar prova ou não prova se existe base para a acusação”. Seu primeiro benefício é proteger o inculpado. O processo penal é um processo formal de seleção, atuando a instrução preliminar como um sistema de filtros desde onde se vai destilando a notícia criminis até chegarem ao processo penal os elementos de fato que verdadeiramente revistam caracteres de delito, com o prévio conhecimento dos supostos autores. (MENDES apud, LOPES JR., JACOBSEN, 2014, p. 107).

Portanto, é válido ressaltar que a condenação de um inocente é a maior ofensa não só ao direito penal e processual penal, como também à justiça e ao Estado Democrático de Direito e, portanto, a investigação preliminar encontra razão de existência como um filtro contra as acusações infundadas, o que acaba gerando uma economia no sistema judiciário criminal, para que notícias-crime sem provas não cheguem ao judiciário.

A investigação preliminar também funciona como um filtro no momento em que reúne os elementos necessários para deflagração da ação criminal, apontando quais informações são relevantes e excluindo as inúteis, de forma que possibilite o recebimento ou não da denúncia ou queixa-crime pelo magistrado (LOPES JR., JACOBSEN, 2014).

3.4 ORGÃOS ENCARREGADOS DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

A investigação preliminar terá um órgão estatal que será o encarregado, ou seja, o responsável pelos atos investigatórios, tomando as decisões para elucidar os supostos fatos criminosos.

Dessa maneira, a investigação preliminar poderá ser policial, por meio do delegado de polícia judiciária, poderá ser por meio de um juiz instrutor, ou ainda poderá ser função do Ministério Público, por meio promotor investigador.

3.4.1 Investigação preliminar policial

Nesse sistema, a investigação preliminar ficará a cargo da polícia judiciária, recebendo as informações e notícias-crime referente ao acontecimento de delitos, para que faça a filtragem e decida quais os atos que serão necessários para sua elucidação, bem como em que ordem serão executadas as diligências, tendo ampla discricionariedade para tomada de decisões investigativas, salvo para atos com restrição de direito fundamental, o qual irá necessitar de autorização judicial, como prisão cautelar, intervenção telefônica, etc. (LOPES JR., JACOBSEN, 2014).

Marcio Cesar Fontes Silva (2006) mostra que:

A polícia judiciária, neste diapasão, não é auxiliar da investigação criminal, mas seu titular. Preside a investigação preliminar, dirige a apuração das infrações penais e de sua autoria com autonomia, não se subordinando funcionalmente ao Poder Judiciário, nem ao Ministério Público (SILVA, 2006, p. 72).

O inquérito policial oferece uma maior economia ao Estado, em razão da menor especialização do policial em face do juiz instrutor ou do promotor investigador, até porque nesses outros dois sistemas, haverá, de qualquer maneira, a presença da força policial como um meio de auxílio do órgão investigador encarregado (LOPES JR., JACOBSEN, 2014).

Outra vantagem apresentada é com referência ao seu potencial de alcance em todo território nacional, principalmente em países com dimensões continentais e disparidades sociais gigantes como o Brasil, o que faz com que sua chegada seja mais rápida e abrangente. No entanto, isso não é sinônimo de qualidade ou eficiência (SILVA, 2006).

Por outro lado, a investigação preliminar policial possui extensas e sérias desvantagens, até mesmo sendo um modelo bastante criticado e considerado ultrapassado. Uma das principais desvantagens é a interiorização das normas legais, tendo em vista que os direitos e as garantias fundamentais do suspeito são interpretadas de forma restritiva pela polícia, por considerarem uma burocracia

desnecessária que atrapalha o desenvolvimento do seu trabalho e não como um avanço constitucional. Por esta razão, há constante mitigação de direitos do acusado pela polícia (LOPES JR., JACOBSEN, 2014).

Além deste fato, a polícia sofre constantes influências políticas, principalmente de quem ocupa o cargo máximo do executivo, contando com a pressão da mídia, o que pode resultar em uma investigação rápida, porém maculada com injustiças e ilegalidades, gerando um certo distanciamento da realidade social, o que faz com que os mais desfavorecidos economicamente sofram abusos de poder (LOPES JR., JACOBSEN, 2014).

Com relação ao nosso inquérito policial, pode-se afirmar, além de todas as críticas anteriormente feitas, que:

Não serve para o MP, pois, ao ser levado a cabo por uma autoridade diversa daquela que irá exercer a ação penal, não atende suas necessidades. Ademais, é parente o descompasso na relação promotor-policial.

Não serve para a defesa, pois a polícia nega qualquer possibilidade de o sujeito passivo participar da investigação e solicitar diligências de descargo. Além disso, em regra geral, a autoridade policial nega arbitrariamente o contraditório (visto como direito de informação) e o direito de defesa (ainda que em grau mínimo e previsto na Constituição)

Não serve para o juiz, porque a própria forma de atuar da polícia não permite dar maior credibilidade ao material colhido (LOPES JR., JACOBSEN, 2014, p. 131).

Portanto, é possível concluir que a investigação preliminar a cargo da polícia, apresenta severos problemas, sendo constante o acontecimento de desrespeitos a garantias fundamentais dos suspeitos e frequentemente passível de influência política, provocando um descolamento da realidade social, o que torna esse modelo ultrapassado e prejudicial ao processo penal.

3.4.2 Investigação preliminar judicial

Neste modelo, o juiz será o titular da investigação, é quem irá impulsionar as diligências que julgar necessário, definindo em qual ordem serão efetuadas as investigações, reunindo os elementos base para o oferecimento ou não da denúncia

pelo Ministério Público. Assim, rege-se o princípio da oficialidade, ou seja, o juiz instrutor não depende de ninguém para efetuar qualquer tipo de investigação, podendo inclusive utilizar de medidas cautelares. Cumpre ressaltar que, por ser um juiz, mesmo que exercendo função investigativa, ele deverá ser imparcial, apesar de visível a impossibilidade de imparcialidade (PERAZZONI, PORCINO SILVA, 2015).

Nesse rumo, o juiz tem ao seu lado o auxílio da polícia judiciária, que viabiliza o exercício investigatório, e o titular da investigação não só busca elementos que auxiliem a acusação, como também para a defesa, sendo possível que tanto o Ministério Público quanto o acusado peçam o processamento de diligências, que ficarão a cargo de decisão do magistrado (SILVA, 2006).

Salienta-se que, nesse modelo, em nome da imparcialidade, aquele magistrado que efetua as diligências, não poderá atuar na fase processual e prolatar a sentença, como apresentado na Espanha na *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, como um sistema bifásico, primeiro a cargo do juiz instrutor, na fase investigativa, e, na segunda fase, a cargo de outro magistrado, em uma fase processual (SILVA, 2006).

A investigação preliminar a cargo do juiz instrutor apresenta algumas vantagens. A primeira é que a fase investigativa se encontra, em tese, sob responsabilidade de um ser imparcial, efetuado por um órgão suprapartes, resultando no aumento da qualidade e da credibilidade dos elementos informativos.

Neste processo, são recolhidos elementos que servirão tanto para o órgão acusador como para aquele que irá efetuar a defesa, possibilitando uma maior celeridade na tomada de medidas limitadoras de direitos fundamentais, já que é o próprio magistrado que estará presidindo a investigação. Por fim, a garantia de que aquele juiz que estará efetuando diligências na fase investigativa não irá julgar agrega maior imparcialidade na fase processual (LOPES JR, JACOBSEN, 2014).

No entanto, este modelo apresenta problemas evidentes. Primeiramente, porque o mesmo juiz que irá impulsionar a investigação será o que controlará a legalidade dos seus atos, não existindo nenhuma figura garantidora dos direitos do acusado. Destaca-se também a utilização de elementos informativos da fase preliminar como elementos de prova, o que é inconcebível, considerando a fase inquisitorial (LOPES JR, JACOBSEN, 2014).

3.4.3 Investigação preliminar a cargo do Ministério Público

A investigação preliminar comandada pelo Ministério Público, através do promotor investigador, irá efetuar as diligências de forma pessoal ou por meio da polícia judiciária a qual estará subordinada. O promotor recolherá os elementos informativos da maneira como achar mais conveniente e na ordem que preferir (PERAZZONI, PORCINO SILVA, 2015). Assim, este não atuará apenas como parte, mas executará suas ações com notória imparcialidade, como afirma Guarnieri: o Ministério Público constitui um agente público que tem “corpo de parte” e “alma de juiz”.

Cumprido ressaltar que o promotor tem total liberdade para efetuar as diligências necessárias. Entretanto, quando resultar na limitação de algum direito fundamental, deverá solicitar autorização judicial. Essa autorização, por sua vez, será realizada por um magistrado imparcial, efetuando o controle de legalidade do ato investigativo (LOPES JR., JACOBSEN, 2014).

Os pontos positivos deste modelo de investigação preliminar são evidentes, pois mantém o juiz afastado da fase investigativa, garantindo total imparcialidade; o Ministério Público configura-se como titular da ação penal, portanto nada mais lógico sua atuação como parte interessada para efetuar a investigação, apresentando uma maior celeridade e economia processual. Além disso, a adoção deste modelo afasta de forma significativa as ilegalidades cometidas em um inquérito policial (Lopes JR, JACOBSEN, 2014).

Entretanto, o ponto negativo de extrema relevância é que o promotor investigador efetuará a acusação, portanto será parte interessada no processo e, por esta razão, pode acentuar a desigualdade entre a máquina estatal e o acusado na comprovação de sua inocência, o que, evidentemente, pode prejudicar a defesa (Lopes JR, JACOBSEN, 2014).

3.5 A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR BRASILEIRA

No Brasil, há um predomínio da investigação preliminar por meio do inquérito policial. No entanto, há a previsão de meios investigativos não policiais. O primeiro a

se destacar é o inquérito parlamentar, por meio das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI), devendo ter prazo certo e aprovação de pelo menos um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal. Dessa forma, uma CPI terá poderes para efetuar prisões em flagrante em determinados casos, realizar oitivas de testemunhas, ouvir indiciados, dentre outras ações. Assim, colhidos elementos informativos suficientes de prática criminosa, será encaminhado o relatório da investigação ao órgão acusatório competente para o prosseguimento do feito (TÁVORA, ALENCAR, 2019).

Vale destacar também a existência do inquérito civil. Este pode ser presidido pelo Ministério Público, pelo próprio STF, quando o crime for cometido por uma autoridade que goze de determinado foro de prerrogativa de função, ou até mesmo por um particular, numa investigação particular ou criminal defensiva (TÁVORA, ALENCAR, 2019).

Ademais, o principal meio de investigação preliminar fica a cargo da polícia judiciária, que como já explanado anteriormente, realiza um conjunto de diligências para apurar o cometimento de um determinado crime, averiguando a materialidade delitiva e também a autoria, com o intuito de recolher elementos informativos mínimos para deflagração da ação penal ou o seu arquivamento.

3.5.1 Características do inquérito policial

O inquérito policial é inquisitorial, o que é possível devido à sua natureza jurídica administrativa, já que a pessoa que está sendo investigada ainda não está sendo formalmente acusada de nenhum crime. Nesse rumo, essa característica dá completa autonomia para a autoridade policial presidir as investigações conforme suas prerrogativas, já que na maioria dos seus atos não será efetuada a contrapartida do investigado (GAVIÃO, 2015).

Essa característica inquisitorial permite uma maior agilidade nos mecanismos de investigação, já que não contará com a participação do suspeito na formulação dos elementos informativos. Entretanto, como se trata de elemento informativo, não poderá ser valorado em uma futura sentença condenatória, justamente pela

ausência de contraditório e ampla defesa do procedimento (ALENCAR, TÁVORA, 2019).

Porém, o exercício do contraditório e da ampla defesa não podem ser completamente mitigados, como aponta Rosmar Rodrigues Alencar e Nestor Távora (2019):

Atenuar o contraditório e o direito de defesa na fase preliminar, por suas próprias características, não pode significar integral eliminação. O inquérito deve funcionar como procedimento de filtro, viabilizando a deflagração do processo quando exista justa causa, mas também contribuindo para que pessoas nitidamente inocentes não sejam processadas. Vivemos numa fase de “processualização dos procedimentos”, e estes, como “método de exercício de poder, vêm sendo modulados com a previsão de respeito ao princípio do contraditório”, ampliando-se o espectro horizontal de incidência dos direitos e garantias fundamentais (ALENCAR, TÁVORA, 2019, p. 151)

Portanto, apesar da predominância inquisitorial nos atos investigativos do inquérito policial, é válido lembrar que, no caso de diligências que resultem em provas não repetíveis, considerando a possibilidade de uma condenação futura do investigado, é fundamental sua participação na produção desta prova, com o devido procedimento permeado pelo contraditório e pela ampla defesa.

Entretanto, quase como uma consequência lógica, o inquérito policial tem a característica de ser discricionário, ou seja, diferente da fase processual, em que se tem todo um procedimento pré-estabelecido, o inquérito policial terá seu prosseguimento de acordo com o estabelecido pelo delegado de polícia (GAVIÃO, 2015). Com referência às diligências, o Código de Processo Penal contempla em seus artigos 6º e 7º um rol exemplificativo, constituído pela oitiva de testemunhas, pela reconstituição do fato delituoso, pelo exame de corpo de delito, dentre outros. Assim, não existe uma ordem de prosseguimento das diligências, ela irá variar de acordo com cada caso concreto e com a análise da autoridade policial (BRASILEIRO, 2017).

Entretanto, essa discricionariedade encontra sua limitação dentro do próprio ordenamento jurídico brasileiro, já que não é possível efetuar atos investigativos de forma arbitrária, como, por exemplo, realizar alguma diligência que necessite de autorização judicial ou efetuar tortura para obter uma confissão (BRASILEIRO, 2017).

É essencial ressaltar também que o Ministério Público, como titular da ação penal, tem o poder de efetuar a requisição para a autoridade policial de diligências que julgar necessárias, não podendo haver a recusa, já que esse “poder” é previsto na própria Constituição Federal (RANGEL, 2019).

Vale lembrar que é possível que o investigado solicite ao delegado a efetuação de diligências, cabendo a este a decisão de realizá-las ou não. Mas, quando se tratar de pedido de diligência estritamente necessário, que verse sobre a materialidade do suposto fato criminoso, ou que seja essencial para o esclarecimento dos fatos, como um exame de corpo de delito em crimes como estupro ou lesão corporal, a autoridade policial não poderá negar o requerimento (BRASILEIRO, 2017).

Nesse passo, aponta Rosmar Rodrigues Alencar e Nestor Távora (2019) a possibilidade de recorrer da decisão da autoridade policial quando este denega diligência requerida pelo investigado:

Havendo a denegação da diligência requerida, nada impede que seja apresentado recurso administrativo ao Chefe de Polícia, por analogia ao art. 5º, §2º, CPP. Sempre é bom lembrar que apesar de não haver hierarquia entre juízes, promotores e delegados, caso os dois primeiros emitam requisições ao último, este está obrigado a atender, por imposição legal (art. 13, II, do CPP) (ALENCAR, TÁVORA, 2019, p.138).

O inquérito policial também tem a característica da oficialidade, como aponta Rosmar Rodrigues de Alencar e Nestor Távora: “O delegado de polícia de carreira, autoridade que preside o inquérito policial, constitui-se em órgão oficial do Estado (art. 144, §4, CF/1988)” (ALEVANCAR, TÁVORA, 2019, p. 149).

Contudo, o inquérito policial também é oficioso, ou seja, a autoridade diante de um crime público incondicionado deve, obrigatoriamente, efetuar a investigação de imediato, independentemente de consentimento da vítima. Todavia, com referência aos crimes públicos condicionados e privados, só poderá instaurar o inquérito após a expressa manifestação de pedido da vítima (BRASILEIRO, 2017).

Uma outra característica seria a dispensabilidade. O inquérito policial não é estritamente necessário para colher os elementos informativos para deflagração da ação criminal. Entretanto, é necessário recolher estes elementos de outra maneira,

para que se mostre justificado o início da fase judicial, como, por exemplo, através das investigações não policiais já exemplificadas (MARIANO DA PAZ, 2015).

O inquérito policial apresenta-se também em um padrão escrito, tendo em vista a previsão expressa no CPP, em seu artigo 9º, onde é dito que todas as diligências e trabalhos realizados na investigação serão reduzidas a termo por escrito ou datilografadas, sendo posteriormente rubricadas pelo delegado (BRASILEIRO, 2017). Nesse contexto, Rosmar Rodrigues de Alencar e Nestor Távora (2019) complementam:

Nada impede, com base em interpretação progressiva da lei, que outras formas de documentação sejam utilizadas, de maneira a imprimir maior fidelidade ao ato, funcionando como ferramenta complementar à forma documental, como a gravação de som e/ou imagem na oitiva dos suspeitos, testemunhas e ofendidos na fase preliminar (art. 405, §1º, CPP), por meio de sistema audiovisual (ALENCAR, TÁVORA, 2019, p. 139).

Em outro aspecto, o inquérito policial tem, em regra, a característica de ser sigiloso em seus atos investigatórios, tendo em vista que este visa a coleta de elementos informativos de autoria e materialidade e, por muitas vezes, é essencial ter o elemento surpresa ao seu lado, para que as diligências tenham máxima eficiência (GAVIÃO, 2015). Dessa forma, diferente da fase processual, aqui não há publicidade dos atos praticados, de acordo com o artigo 20 do Código de Processo Penal: “A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

Nesse passo, é válido ressaltar a diferença entre o sigilo interno e o externo da investigação policial. O sigilo externo trata da confidencialidade dos atos investigatórios para a sociedade e para os veículos midiáticos, enquanto que o sigilo interno é aquele que dá confidencialidade aos atos do inquérito para as partes envolvidas, como o indiciado e o seu advogado (ALENCAR, TÁVORA, 2019). Cumpre ressaltar que o sigilo não atinge o Ministério Público e nem ao magistrado.

Sobre o sigilo interno, leciona Fauzi Hassan Choukr (2019):

O sigilo “interno” da investigação diz respeito ao acesso limitado aos autos tal como concebido na forma inquisitiva do processo penal, e configura verdadeira restrição a que o investigado e mesmo seu defensor, possam

consultar o produto da investigação. No direito brasileiro – assim como em outros países – o acesso limitado aos autos é dificultado pelo fato das investigações serem produzidas unilateralmente por agências públicas, haver escassa previsão legal de participação efetiva da defesa técnica – mesmo nas situações de constrição da liberdade ou de outros direitos fundamentais – e, sobretudo, pela própria cultura inquisitiva que permeia nosso sistema (CHOUKR apud ALENCAR, TÁVORA, 2019, p. 139).

Com isso, através do sigilo se busca uma maior eficiência dos atos investigatórios, e também uma maior celeridade. Mas, com o sigilo, também se busca preservar a imagem da pessoa investigada, já que ainda não há a existência de provas, evitando a antecipação de punições morais e a condenação midiática do suspeito, que nesta fase ainda é presumidamente inocente.

Nesse rumo, é possível identificar na Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da OAB), em seu artigo 7º, incisos XIII a XV, a garantia de acesso pelo advogado às informações do inquérito policial, sendo inclusive um tema pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme Súmula Vinculante nº 14 *in verbis*:

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.

Renato Brasileiro (2017) diz que:

Logo, a despeito do art. 20 do CPP, e mesmo em se tratando de inquérito sigiloso, tem prevalecido o entendimento de o advogado deve ter acesso aos autos do procedimento investigatório, caso a diligência realizada pela autoridade policial já tenha sido documentada. Porém, em se tratando de diligências que ainda não foram realizadas ou que estão em andamento, não há falar em prévia comunicação ao advogado, nem tampouco ao investigado, na medida em que o sigilo é inerente à própria eficácia da medida investigatória. É o que se denomina de sigilo interno, que visa assegurar a eficiência da investigação, que poderia ser seriamente prejudicada com a ciência prévia de determinadas diligências pelo investigado e por seu advogado (BRASILEIRO, 2017, p. 115).

Entretanto, apesar de todas essas previsões legais, ainda há a constatação de abusos e resistência por parte das autoridades policiais para dar acesso ao advogado o devido acesso aos atos investigativos. Por esta razão, apesar de esse

acesso ser garantido ao advogado, assim como a impetração de instrumentos como o mandado de segurança e mesmo Habeas Corpus em determinados casos ser possível, para garantir essa publicidade interna, é necessário assegurar um maior acesso ao inquérito policial pelo defensor do suspeito (ALENCAR, TÁVORA, 2019).

3.6 O JUIZ DAS GARANTIAS

O juiz das garantias é uma figura presente em investigações preliminares em outros locais do mundo, tais como a Espanha, França, Alemanha, México e Chile, e que fora trazido para a realidade brasileira através da Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019, em seu artigo 3º-B, a qual passaria a produzir seus efeitos no final de janeiro de 2020. Entretanto, por meio de decisão cautelar, o Ministro do STF, Luiz Fux, suspendeu por tempo indeterminado a sua eficácia. Diante desse cenário, cumpre uma análise perfunctória da figura do juiz das garantias e, posteriormente, é efetuada uma averiguação para analisar se houve um avanço com relação as provas não repetíveis produzidas no curso do inquérito policial.

É válido ressaltar que a presença exclusiva de um magistrado na fase investigativa e outro na fase processual vem sendo tendência internacional, na busca de um sistema acusatório de fato, como bem aponta Fabiano Augusto Martins Silveira citado por Alessandra Dias Garcia (2014):

“[...] a separação entre as funções judiciais atinentes à investigação e ao processo é uma tendência bem consolidada na experiência internacional”, podendo ser citados, como exemplos, o *giudice per le indagini preliminari* na Itália, o juiz da instrução em Portugal e o juez de garantia no Chile. Em todos esses casos, procedeu-se, guardadas as particularidades de cada ordenamento jurídico, à individualização das funções do juiz que intervém na investigação, como forma de diferenciá-lo do juiz que atua na face processual e que julgará o mérito (SILVEIRA apud GARCIA, 2014, p. 157).

3.6.1 Conceito e finalidade

O juiz, diante de uma investigação preliminar, de maneira ideal, não deve ter um papel instrutório ou investigativo, muito pelo contrário, deve assumir uma função de

garantidor. Ele deve verificar se os atos investigativos estão dentro da legalidade e se estão sendo respeitados os direitos e garantias fundamentais do investigado. Portanto, diante de uma situação de ilegalidade, violação ou ameaça a algum direito do suspeito, não poderá ficar inerte, devendo tomar as medidas cabíveis (LOPES JR. JACOBSEN, 2014).

Nesse rumo, lecionam Aury Lopes Junior e Ricardo Jacobsen (2014):

Tradicionalmente, no processo penal brasileiro, o juiz mantém-se afastado da investigação preliminar – como autêntico garantidor – limitando-se a exercer o controle formal da prisão em flagrante e a autorização daquelas medidas restritivas de direito (cautelares, busca e apreensão, interceptações telefônicas, etc) (LOPES JR. JACOBSEN, 2014, p. 258/259).

Nesse contexto, o juiz das garantias é um magistrado responsável por atuar somente na fase preliminar investigativa, não apenas com uma atuação formal, ao autorizar ou indeferir medidas cautelares, mas também estabelecendo proteção máxima aos direitos fundamentais do investigado ao efetuar uma análise perfunctória dos atos investigativos (GARCIA, 2014).

Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner (2014) pontuam:

Esse juiz da instrução (e não de instrução) será quem, mediante prévia invocação do MP, decidirá sobre todas as medidas e atos que impliquem a restrição dos direitos fundamentais do sujeito passivo, isto é, decidirá sobre as medidas cautelares de natureza pessoal ou real, presidirá a coleta da prova no incidente de produção antecipada, autorizará a busca e apreensão, a intervenção telefônica etc. Também, mediante invocação da defesa, decidirá sobre a legalidade dos atos de investigação levados a cabo pelo MP. É um verdadeiro controlador da legalidade dos atos praticados pelo promotor na investigação preliminar (LOPES JR. JACOBSEN. 2014).

Portanto, é possível concluir que o juiz das garantias tem a finalidade de garantir a liberdade pessoal e de comunicação do investigado, o controle da duração da investigação preliminar e os requisitos formais da ação penal, bem como de garantir a formação antecipada da prova com o devido incidente probatório eivado do contraditório e da ampla defesa, detendo ainda uma função de decisão e controle do resultado da investigação preliminar (LOPES JR. JACOBSEN, 2014).

Diante disso, a Lei 13.964/2019, nos incisos do artigo 3º-B, alterou o Código de Processo Penal, atribuindo algumas funções ao magistrado da fase preliminar. A primeira a se destacar está presente no inciso III, o qual prevê a garantia dos direitos fundamentais do preso, podendo inclusive determinar sua condução para a presença do juiz, para se efetuar averiguações. Já o inciso IV aponta que o magistrado terá que ser informado sobre qualquer tipo de inquérito policial instaurado, para que possa exercer suas funções essenciais.

Nesse passo, o juiz das garantias também irá decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou qualquer outra medida cautelar, podendo prorrogar, substituir ou revogá-las conforme a necessidade. Porém, uma importante função prevista para o juiz das garantias ao se deparar com um requerimento de produção de provas antecipadas, urgentes e não repetíveis, é a realização de uma audiência pública e oral, assegurando ao investigado o exercício do contraditório e da ampla defesa para que possa influir na produção de tais provas, exercendo plenamente seus direitos mesmo na fase investigativa.

O magistrado poderá também solicitar qualquer tipo de informação ou documentos ao delegado de polícia, com o intuito de averiguar o andamento do inquérito policial. Decidirá sobre o recebimento da denúncia ou da queixa-crime, verificando se há elementos mínimos que justifiquem a ação penal, bem como se não há qualquer tipo de excludente de ilicitude. Assegurará amplo acesso tanto ao investigado quanto ao seu defensor aos autos do inquérito policial, bem como às provas já produzidas, para que se possa efetuar a defesa técnica e defender os direitos do suspeito da melhor maneira, salvo nas hipóteses das diligências ainda em andamento, para que não reste prejudicada a eficácia da investigação.

Diante desse panorama, o juiz de garantias visa, principalmente, retirar o protagonismo exacerbado do magistrado atuante na fase processual, para que assim seja garantido a devida imparcialidade e um julgamento mais justo. Diferentemente da situação atual, a atuação do magistrado na fase administrativa não seria motivo de prevenção, mas sim de impedimento para prolatar a sentença e conduzir a fase processual. Por isso, ao juiz da fase preliminar é atribuído atuação exclusiva a essa fase, não podendo atuar na fase posterior (SALLUM, 2019).

3.6.2 Competência e desapensamento dos atos investigativos

A lei 13.964/2019 estabeleceu também para quais crimes e até que momento será competente o juiz das garantias no inquérito. Com relação aos tipos de crimes, será competente para todos os tipos, exceto nos casos de delitos de menor potencial ofensivo. Vale ressaltar que será considerado crime de menor potencial ofensivo as infrações que não ultrapassem a pena máxima de 2 anos, de acordo com o artigo 61 da Lei 9.099/1995. Portanto, o magistrado da fase investigativa terá um amplo leque de atuação, como em investigações de crime de roubo, furto, estelionato, estupro, lesão corporal gravíssima, etc.

Segundo o art. 3º-C da mesma lei, a atuação do juiz das garantias se estende por todo o processo investigativo em todos os seus atos, cessando sua competência a partir do momento em que recebe a denúncia ou a queixa-crime, sendo que a partir deste momento, as questões ainda pendentes serão resolvidas pelo juiz da instrução. Vale ressaltar que ao atuar no inquérito policial, o magistrado estará impedido de exercer função na fase processual.

Portanto, a Lei 13.964/2019 estabeleceu uma nítida separação entre o juiz da investigação preliminar e o juiz da instrução, impedindo o primeiro de atuar na segunda fase. Um ponto de extrema importância para a busca de um sistema acusatório, já que a atuação de um juiz na fase investigativa gera um problema de imparcialidade, de contaminação consciente ou inconsciente do julgador (LOPES JR. JACOBSEN, 2019).

Por fim, a referida lei, estabeleceu o desapensamento dos atos do inquérito policial nos autos da fase processual, salvo aquelas provas não repetíveis, medidas de obtenção ou antecipação de provas, que serão produzidas eivadas do contraditório em audiência com o juiz das garantias. Cumpre salientar que os autos do inquérito ficarão à disposição tanto do Ministério Público e da defesa quanto da secretaria do juízo competente, com amplo acesso estabelecido.

Dessa maneira, a instituição do juízo das garantias, o desapensamento dos atos do inquérito nos autos processuais, a previsão expressa do art. 3º-A, tudo isso vem na intenção de estabelecer uma persecução criminal acusatória, que visa o respeito aos direitos e garantias fundamentais do investigado e do acusado, em um processo mais justo, em meio a um Código de Processo Penal antigo com veias inquisitórias.

4 O VALOR PROBATÓRIO DAS PROVAS NÃO REPETÍVEIS NO INQUÉRITO POLICIAL ANTES E DEPOIS DA LEI 13.964/19

4.1 O VALOR PROBATÓRIO DO INQUÉRITO POLICIAL ANTES DA LEI 13.964/2019

Como já demonstrado ao longo do trabalho, o inquérito policial visa, sobretudo, a coleta de elementos informativos para dar suporte a denúncia ou queixa, sendo uma fase administrativa inquisitorial, ou seja, há, principalmente, ausência de contraditório e da ampla defesa do investigado. Nesta perspectiva, vale ponderar que, antes das alterações propostas pelo Pacote Anticrime, a investigação preliminar continha certo valor probatório relativo.

Destaca-se ainda que os elementos informativos colhidos na fase policial não apenas servem para denúncia ou queixa-crime, mas também para dar base as medidas cautelares de restrição de liberdade, como a prisão preventiva e a disponibilidade de bens, como na realização de arresto ou sequestro, ficando visível a importância de mecanismos de controle dos atos da fase preliminar, principalmente se o órgão encarregado for policial, devido aos problemas e desvantagens que este modelo oferece (LOPES JR., JACOBSEN, 2014).

Nesse rumo, leciona Aury Lopes Jr., citado por Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2019):

Podemos afirmar que o inquérito somente gera atos de investigação, com uma função endoprocedimental, no sentido de que sua eficácia probatória é limitada, interna à fase. Servem para fundamentar as decisões interlocutórias tomadas no seu curso (como fundamentar o pedido de prisão temporária ou preventiva) e para fundamentar a probabilidade do *fumus commissi delicti* que justificará o processo ou o não processo (LOPES JR., apud ALENCAR, TÁVORA, 2019, p, 158).

Complementando essa ideia, Rosmar Rodrigues Alencar e Nestor Távora dissertam sobre o assunto:

A relatividade do valor dos elementos de informação do inquérito policial se deve a mais de um motivo: **(1)** os elementos colhidos não são submetidos à formação contraditória; **(2)** o juiz não poderá tomar decisões fundadas apenas nos elementos de informação, ressalvadas as provas cautelares, antecipadas e irrepitíveis, valendo notar que o inquérito não é excluído fisicamente do processo, conquanto não seja idôneo para justificar isoladamente um decreto condenatório; **(3)** os elementos de informação devem ser interpretados em conjunto com as provas carreadas em juízo, sendo relativos justamente porque são vistos conjuntamente com vistas à compatibilidade com a prova constituída durante o trâmite do processo penal, sob o crivo do contraditório (ALENCAR, TÁVORA, 2019, p. 158).

Destarte, é válido trazer a posição doutrinária minoritária que entende que os elementos colhidos no inquérito policial podem ser valorados pelo magistrado sem qualquer limitação, em nome do livre convencimento, como aponta Hidejalma Muccio, citado por Luiz Henrique Nogueira Araújo Miranda:

É comum tanto na doutrina como na jurisprudência, sustentar que o juiz não pode condenar só com a prova do inquérito, porque nele não se observa o contraditório, pois é sigiloso e inquisitivo, postergando-se a ampla defesa, uma vez que as provas também são colhidas pela autoridade policial e não por um juiz de direito, sendo apenas de conteúdo informativo, cuja finalidade é fornecer os elementos necessários ao titular da ação penal (ministério Público ou ofendido), para que ele possa exercê-la. [...] Adotado o princípio do livre convencimento, é evidente que o juiz pode, para firmá-lo valer-se da prova colhida no inquérito, ainda que na fase judicial não seja reproduzida (MUCCIO, 2009, p. 204-205) (MUCCIO, APUD, MIRANDA, 2016, p. 26/27).

Noutro giro, diante da redação do artigo 155, do CPP, trazida pela reforma de 2008 e com majoritária interpretação jurisprudencial, seria possível uma sentença condenatória com a utilização de elementos informativos colhidos na fase inquisitorial, desde que não de forma exclusiva, salvo as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, o que permite uma condenação baseada exclusivamente em elementos do inquérito policial. Dessa maneira, esta previsão apresenta uma clara prática inquisitorial, o que acaba permitindo diversas práticas incompatíveis com a Constituição Federal e autorizando violações aos direitos fundamentais do acusado (LOPES JR, JACOBSEN, 2014). Pelo explanado, cumpre trazer à tona o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em agravo regimental no recurso especial:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 306 DO CTB. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. DECRETO CONDENATÓRIO FUNDADO EM LAUDO PERICIAL, TESTEMUNHOS E CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. PROVA CAUTELAR, ANTECIPADA E NÃO REPETÍVEL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ARTIGO 155 DO CPP. CONDENAÇÃO FUNDADA EM CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO VÁLIDO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A formulação de juízo condenatório em matéria penal depende da existência de base probatória idônea formada, como regra, pela união das provas produzidas durante a instrução criminal, sob o crivo do devido processo legal, com inerente respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. É certo que, assim como ocorre noutras hipóteses, essa preposição não revela preceito intangível ou absoluto. A exceção à regra foi expressa objetivamente tratada pelo legislador ordinário que, na confecção do art. 155, caput, do CPP, **previu a possibilidade de o juiz estribar sua convicção – condenatória, inclusive – em provas cautelares, antecipadas e não repetíveis.** 2. No caso concreto, a condenação do recorrente foi lastreada no Boletim de Ocorrências, no Auto de Prisão em Flagrante, nos depoimentos colhidos na instrução processual e, principalmente, no Laudo Pericial de Constatação de Embriaguez e na confissão extrajudicial, via do qual se concluiu que o acusado conduzia o veículo automotor com alteração de capacidade psicomotora em razão da influência do álcool ou outra substância. 3. No que tange à materialidade delitiva, o contexto fático-probatório considerado pela instância ordinária é mesmo suficiente para constatá-la. **Neste caso, o Laudo Pericial de Constatação de Embriaguez, enquanto prova cautelar irrepitível, é suficiente para demonstrar de forma inequívoca a prática do delito do art. 306 do CTB. Inegável o enquadramento deste elemento na hipótese que permite excepcionar a regra da judicialização das provas.** Ademais, cumpre observar que, a despeito de ter sido construída cautelarmente antes do processo-crime, tal prova foi submetida ao contraditório diferido, não tendo a defesa buscado de algum modo desconstituí-la (...)

(STJ) AgRg no REsp: 1725337 MT 2018/0038206-9, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 21/05/2019, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/06/2019);

Assim, boa parte da doutrina e também da jurisprudência aponta os atos praticados durante a investigação preliminar policial como válidas até que seja comprovado o contrário. Presunção esta que não encontra escopo legal no ordenamento jurídico brasileiro. Sobre o assunto, Aury Lopes Jr e Ricardo Jacobsen Gloeckner (2014) lecionam de forma brilhante:

Essa presunção de veracidade gera efeitos contrários à própria natureza e razão de existir do IP, fulminando seu caráter instrumental e sumário. Também leva a que sejam admitidos no processo atos praticados em um procedimento de natureza administrativa, sigiloso, não contraditório e sem exercício de defesa. Na prática, essa presunção de veracidade dificilmente pode ser derrubada e parece haver sido criada em outro mundo, muito distinto da nossa realidade, em que as denúncias, coação, tortura, maus-tratos, enfim, toda espécie de prepotência policial, são constantemente noticiados. Se alguma presunção deve ser estabelecida, é exatamente no sentido oposto (LOPES JR, JACOBSEN, 2014, p. 300/301).

Diante dessa realidade, fica perceptível o distanciamento de um modelo penal acusatório puro no ordenamento brasileiro, que ainda possui fortes raízes inquisitoriais prejudiciais a direitos humanos e fundamentais, em nome de um suposto combate à criminalidade, sem se preocupar com os meios e injustiças acometidas em seu caminho.

Com referência a prova repetível, vale lembrar que esta é compreendida como aquela coletada no curso da investigação preliminar, sendo possível, caso haja prosseguimento para próxima fase, sua produção novamente na fase judicial, sob o édito do contraditório, da ampla defesa e perante o magistrado, pela defesa e pela acusação (LOPES JR. JACOBSEN, 2014).

Essa repetição na fase processual não consiste em uma reprodução, que seria uma mera constatação do que foi coletado na fase do inquérito policial. Por essa razão, diante um testemunho, ela deve ser realizada novamente, efetuando as perguntas pertinentes ao caso concreto, realizando o mesmo ato, só que agora perante ao órgão jurisdicional e para todas as partes em uma instrução dialética (ALENCAR, TÁVORA, 2019).

Como consequência lógica, repetição também não é ratificação. Um testemunho colhido durante a fase policial, na fase processual, apenas diz que o que fora dito na fase anterior é verdadeiro em todos os termos. Esse tipo de testemunho não possui valor probatório algum, como aponta Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner (2014):

A oralidade garante a imediação e ilumina o julgador, que, com o contato direto, dispõe de todo um campo de reações físicas imprescindíveis para o ato de valorar e julgar. O ato de confirmar o anteriormente dito, sem declarar de modo efetivo, impede alcançar os fins inerentes ao ato. A ratificação ou retificação deve ser aferida ao final, após a declaração integral, pelo confronto com a anterior (LOPES JR, JACOBSEN, 2014, p. 325).

Assim, não é possível a leitura do depoimento efetuado na fase investigatória com o intuito de pressionar a ratificação daquele que está prestando o testemunho, ainda que haja ameaça de crime de falso testemunho, com o intuito de obter a confirmação

daquilo que fora produzido no inquérito policial que, por muitas vezes, comete ilegalidades na confecção dos seus atos (LOPES JR. JACOBSEN, 2014).

Desse modo, as provas repetíveis não possuem valor probatório algum, já que carecem de produção durante a fase judicial, com o fim de se estabelecer o contraditório e a ampla defesa e para que possua escopo de prova, não de mero elemento informativo. Por essas razões, o elemento informativo que não for repetido na fase processual, não é considerado prova, ficando sua eficiência limitada dentro da própria fase policial, para tomada de medidas cautelares ou servir de base para denúncia ou queixa. Entretanto, como já demonstrado, sua utilização é possível, mesmo que de forma não exclusiva, para fundamentação de sentença condenatória, caso esteja em consonância com outras provas produzidas no processo (TÁVORA, ALENCAR, 2019).

Assim, os elementos informativos que não foram repetidos na fase judicial são constantemente utilizados junto com outros elementos probatórios para dar fundamento a alguma tese acusatória, de forma completamente inquisitória, já que não tem participação do acusado em sua produção (MACHADO, 2009).

(...) a coesão de um modelo processual de partes foi comprometida. Isso porque a proibição total de inserção dos elementos informativos no campo cognitivo, desenhada pela proposta original da Comissão de Reforma, foi sensivelmente abrandada. Pela versão aprovada, fica o juiz autorizado a buscar naqueles elementos o reforço para certas provas produzidas em contraditório, confirmando assim a veracidade de uma das teses. Mais lógico seria que o conflito resultante de provas divergentes, não superável pela possibilidade de obtenção de novas provas, levasse à absolvição do acusado e não à invocação de elementos colhidos unilateralmente” (ZILLI apud Machado, 2009, p. 49).

Portanto, o valor probatório das provas repetíveis, anteriormente ao Pacote Anticrime, era relativo, sendo erroneamente utilizado, sem a devida repetição em juízo, para fundamentar tese acusatória condenatória, contrapondo-se aos avanços penais e processuais penais. Essa questão é um claro e forte resquício inquisitório no ordenamento brasileiro, que utiliza os elementos informativos sem o devido contraditório e ampla defesa ao acusado, já que é colhido de forma unilateral.

Entretanto, com referência a prova não repetível, pela simples razão de se esvaír com o tempo, há a impossibilidade de análise posterior. Com isso, este tipo de

prova, na maioria das vezes, aparece durante a investigação preliminar, devendo ser produzido de imediato, já que não poderá ser realizada na fase processual.

Diante disso, as provas não repetíveis, normalmente, possuem cunho pericial técnico, tais como um exame de corpo de delito, perícia no local do crime para verificar se houve destruição ou rompimento de obstáculo e, raramente, alguma prova testemunhal que tem conhecimento elementar sobre o fato criminoso, mas, por alguma enfermidade ou razão, não poderá prestar seu depoimento na fase judicial (LOPES JR. JACOBSEN, 2014).

Vale destacar que esses tipos de provas técnicas são utilizados a todo tempo na fase judicial, inclusive com o mesmo valor de prova daquelas que são produzidas em juízo para uma sentença condenatória. Esta utilização se baseia, sobretudo, pela confiança na isenção e profissionalismo daqueles que realizam as perícias, mesmo sem a presença e influência da defesa do acusado/investigado em sua produção. Diante desse panorama, o acusado poderia exercer o seu contraditório e ampla defesa de forma diferida ou postergada, ou seja, depois que a prova já estiver confeccionada (Alencar, Távora, 2019).

Lembra-se que, por previsão do artigo 155 do Código de Processo Penal, seria possível a utilização de provas cautelares, não repetíveis ou antecipadas, produzidas durante o inquérito policial, para fundamentar uma sentença condenatória.

Pela impossibilidade de repetição em iguais condições, tais provas deveriam ser colhidas pelo menos sob a égide da ampla defesa (isto é, na presença fiscalizante da defesa técnica), posto que não são provas definitivas e, via de regra, incriminatórias (exemplos: exame de corpo de delito, apreensão de substância tóxica em poder do autor do fato) Nesse sentido, é importante permitir a manifestação da defesa, para postulação de outras provas; solicitar determinado tipo de análise ou de meios; bem como formular quesitos aos peritos, cuja resposta seja pertinente para o esclarecimento do fato ou da autoria (LOPES JR, JACOBSEN, 2014, p. 326).

Diante desse cenário, parte da doutrina elenca que a solução para a produção de uma prova não repetível no inquérito policial se encontra na produção antecipada de provas, com uma devida audiência pública e oral, presente as futuras partes do processo e garantindo ao investigado o contraditório e a ampla defesa plena, já que aquela prova poderá servir para sua condenação no futuro, restando-lhe grande

prejuízo caso houvesse um contraditório diferido ou postergado (ALENCAR, TÁVORA, 2019).

Sobre o tema, aponta Laís Gonçalves Vasconcelos (2011):

O Inquérito, como procedimento a cargo da Polícia e sem natureza processual, possui alto grau de liberdade na forma e, por isso, o seu valor probatório é limitado. Ademais, é inviável transferir ao Inquérito a estrutura dialética do processo e suas garantias plenas, da mesma forma que não se pode tolerar uma condenação com base em um procedimento onde as garantias são limitadas. Para equacionar este problema, deve-se valorar adequadamente os atos da investigação policial e, nas situações excepcionais, em que seja inviável a repetição em juízo, o ideal é transferir a estrutura dialética do processo à fase pré-processual, através do incidente de produção antecipada de provas

Com isso, o incidente de produção antecipada de prova tem alguns requisitos a serem atendidos para sua instauração. Primeiro, a prova deve ter grande relevância de conteúdo, de possível utilização em uma sentença futura. Segundo, ela deverá ter sua impossibilidade de repetição em juízo comprovada. E terceiro, deverá ser urgente, relevante, necessária, proporcional e adequada (LOPES JR., JACOBSEN, 2014).

Nesse mesmo sentido, lecionam Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen (2014) acerca da produção antecipada de prova:

Concluindo, a produção antecipada de prova deve ser considerada como medida excepcional, justificada pela sua relevância e impossibilidade de repetição em juízo. A nosso juízo, a única forma de valorar na sentença condenatória um ato do inquérito dessa natureza, sem que tenha sido repetido em juízo, é através da produção antecipada, que opera como um instrumento para jurisdicionalizar e conceder-lhe o status de ato de prova. Resumindo, a produção antecipada de provas tem sua eficácia condicionada aos requisitos mínimos de jurisdicionalidade, contraditório, possibilidade de defesa e fiel reprodução na fase processual (LOPES JR. JACOBSEN, 2014, p. 328).

Todavia, sua previsão não era tão clara no ordenamento brasileiro, carecendo de uma sistematização mais contundente, já que, como já explanado, o inquérito policial é discricionário e, por muitas vezes, prejudica os direitos fundamentais do investigado (ALENCAR, TÁVORA, 2019). Dessa maneira, ocorre constantemente a produção de prova não repetível sem a presença do investigado e do seu defensor,

o que lhe acarreta sérias dificuldades em apresentar vícios na confecção dessas provas. Portanto, utilizar uma prova colhida em uma fase unilateral para fundamentar e basear uma condenação é um grave resquício inquisitorial, tendo ainda em vista que a distância temporal entre o inquérito e a audiência em que irá exercer o contraditório diferido é muito grande.

Nessa situação, resta outro grande prejuízo, em que, sabendo que a defesa perde a oportunidade de participar da prova não repetível, ela perde a oportunidade de indicar alguns elementos que podem interessar a uma tese defensiva futura. É semelhante ao sistema inquisitorial da idade média, quando o poderoso Estado mexia sua máquina pública para colher elementos que comprovassem a imputação feita e o acusado nada pode fazer, já que não pode participar da produção probatória que irá lhe incriminar, aguardando apenas sua condenação sem um procedimento justo.

Cumprido ressaltar que provas cautelares, tais como busca e apreensão e interceptação telefônica, se revelam de grande dificuldade para se estabelecer o contraditório e ampla defesa plenos, já que sua própria eficácia depende do elemento surpresa. Por essa razão, não é possível que o acusado influencie na sua produção, porém deve ser oportunizado o controle de sua legalidade, seja por sua defesa técnica, ou pelo magistrado, oportunizando a posteriori um contraditório diferido (ALENCAR, TÁVORA, 2019).

O inquérito policial, como explanado, está longe de ser apenas uma peça informativa, tendo em vista o posicionamento de magistrados em utilizar seus elementos inquisitoriais para fundamentar uma condenação. Sobre o assunto, Aury Lopes Junior e Ricardo Jacobsen Gloeckner (2014) dissertam:

Claro está que só a prova judicial é válida, pois o que se pretende não é a verdade material – obtida a qualquer custo -, mas sim a formalmente válida, produzida no curso do processo penal. Ou há prova suficiente no processo para condenar, e o veredito deve ser esse, ou permanecer a dúvida, e a absolvição é o único caminho. Recordemos que a dúvida, a falta de acusação ou de provas ritualmente formadas impõem a prevalência da presunção de inocência e atribuição de falsidade formal ou processual às hipóteses acusatórias (LOPES JR., JACOBSEN, 2014, p. 329).

Nessa linha, destaca-se outro problema relevante no sistema persecutório brasileiro: o magistrado muitas vezes não só atua na fase investigativa, mas também normalmente fica prevento, e acaba também ficando a seu cargo a atuação na fase judicial, sob o péssimo argumento de já conhecer a causa. Entretanto, esse contato com os atos da investigação preliminar policial influenciam a decisão do magistrado, gerando uma contaminação de forma consciente ou inconsciente, prejudicando sua imparcialidade. Vale ressaltar que, mesmo um magistrado que não atua propriamente no inquérito, ao atuar na fase de admissibilidade, também entra em contato com os autos do inquérito, do começo ao fim do processo. (LOPES JR., JACOBSEN, 2014).

Sobre o tema, Ieciona Pellegrini Grinover, citado por Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner (2014), acerca dos motivos da contaminação do magistrado:

- a) em primeiro lugar, porque quem realiza o juízo de pré-admissibilidade da acusação é o mesmo juiz que proferirá a sentença no processo (exceto no caso do Júri);
- b) em segundo lugar, porque os autos do inquérito são anexados ao processo e assim acabam influenciando direta ou indiretamente no convencimento do juiz (LOPES JR, JACOBSEN, 2014, p. 330)

Com relação aos problemas apontados por Pellegrini Grinover, o primeiro tinha uma íntima conexão com a falta de um magistrado distinto daquele da fase processual, o qual efetuará o juízo de admissibilidade da denúncia, efetuando seu recebimento ou não. Com relação ao segundo problema, têm-se que o inquérito sempre busca elementos incriminadores, influenciando o juiz em suas decisões futuras. Essas adversidades resultam na contaminação consciente ou inconsciente do juiz, já que ao entrar em contato com a investigação preliminar irá buscar elementos do inquérito policial para fundamentar tese acusatória, já que fora influenciado pelos seus atos praticados (LOPES JR. JACOBSEN, 2014).

Portanto, é possível concluir que esse contato com os autos do inquérito policial pode prejudicar a imparcialidade do juiz, sendo mais um problema do sistema processual penal brasileiro, já que em um verdadeiro sistema acusatório, que busca um processo justo, o magistrado da fase judicial se mantém distante a todo tempo da investigação preliminar.

4.2 O VALOR PROBATÓRIO DOS ATOS DO INQUÉRITO POLICIAL COM A LEI 13.964/2019

Diante o explanado, é evidente a existência de sérios problemas na investigação preliminar policial brasileira, com muitos traços inquisitórios que prejudicam o deslinde de uma persecução criminal justa. Dentre os graves problemas, está a utilização dos elementos informativos para fundamentar uma condenação, mesmo sem a devida repetição. O impedimento do investigado para influir na produção de prova não repetível será utilizado na fase judicial contra ele, resultando em graves prejuízos a sua defesa.

Nesse passo, há uma clara contaminação do julgador, que tem amplo acesso ao inquérito policial, efetuando juízo de admissibilidade, atuando, por muitas vezes, na fase policial, sendo o mesmo magistrado o responsável por efetuar o julgamento daquele caso, resultando em graves prejuízos a imparcialidade.

Portanto, diante de todo esse cenário, fica claro que na realidade brasileira a investigação preliminar está longe de ser uma mera peça informativa e, apesar da doutrina destacar o seu valor probatório relativo, este é constantemente utilizado como fundamento para condenação. Assim, é necessário se fazer uma análise da Lei 13.964/2019 e se suas alterações, as quais, apesar de muitas estarem suspensas, trouxeram mudanças positivas diante dos problemas aparentes, com referência ao valor probatório dos atos do inquérito policial.

Nesse passo, vale ressaltar que o Pacote Anticrime, pela primeira vez, demonstra de forma expressa no Código de Processo Penal, em seu artigo 3º-A, a adoção de uma persecução criminal acusatória, ou seja, há uma separação de funções entre quem acusa, quem defende e quem irá efetuar o julgamento, sempre eivado de contraditório e ampla defesa. Vale ressaltar, também, a impossibilidade de atuação probatória pelo magistrado, visando sua imparcialidade plena, o que acabou revogando de forma tácita a previsão do artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal. Com essa adoção, já ficaria evidente a impossibilidade de se utilizar elementos informativos na fase judicial, já que são inquisitoriais, tendo em vista

ainda que sua utilização vem em total contramão do sistema acusatório (CARVALHO, MILANEZ).

Entretanto, é válido lembrar que o sistema acusatório já encontrava escopo na Constituição Federal de 1988. Apesar disso, o Código de Processo Penal continha e ainda contém inúmeras passagens inquisitórias, que são incompatíveis com a realidade constitucional brasileira. O caminho ainda é longo para o enfrentamento dos resquícios inquisitoriais, mas a Lei 13.964/2019 mostra-se útil para se avançar nesse combate.

Com referência ao valor probatório das provas repetíveis, é imperativo destacar que as alterações ocasionadas pela implementação dessa lei, juntamente com a atuação da figura do juiz das garantias, irão trazer profundas mudanças em sua dinâmica. Primeiro, porque o magistrado atuante apenas na fase preliminar irá controlar a legalidade dos atos dirigidos pela autoridade policial, garantindo amplo acesso do investigado e do seu referido defensor aos autos do inquérito policial. Por outro lado, constata-se que haverá o desapensamento da investigação preliminar dos autos da fase processual, ficando os atos investigativos na secretaria do juízo competente, podendo ser acessada a qualquer momento pela defesa ou pela parte acusadora. Vale salientar que os documentos referentes a provas não repetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas serão apensados.

Diante disso, conclui-se que a utilização, pelo juiz da instrução, dos elementos informativos do inquérito policial para fundamentação de sua sentença será impossível. Motivo esse que encontra razão, porque o mesmo não terá mais acesso aos autos investigativos e nem atuará na fase preliminar. Sobre esse tema, Aury Lopes Jr. e Alexandre de Moraes da Rosa, citados por Antonio Henrique Graciano Suxberger, pontuam:

(...) quando sublinham que o juiz de instrução e julgamento “não receberá, nem se contaminará pelo produzido na fase anterior”. O acautelamento do inquérito na secretaria do juízo, segundo sustentam, permitiria acabar “com o uso manipulado de declarações da fase de investigação, porque só vale o produzido oralmente perante o Juiz de Julgamento. Trata-se de um pleito por nós defendido há décadas – da exclusão física dos autos do inquérito – que finalmente é recepcionado” (LOPES JÚNIOR; ROSA, 2019). Só assim, segundo entendem esses autores, estaria assegurada a distinção entre atos de investigação e atos de prova e, por consequência, efetivado o direito de ser julgado com base em prova, entendida esta como a produzida em contraditório judicial (LOPES JR., ROSA, apud, SUXBERGER, p. 15).

Nessa perspectiva, as mudanças apontadas trazem benefícios a persecução criminal, tendo em vista que atende aos anseios de um sistema acusatório, em que a investigação, por sua própria natureza inquisitorial, não poderia ser utilizada para fundamentar uma condenação. Assim, o inquérito policial cumprirá verdadeiramente sua função, com uma eficácia probatória limitada a sua própria fase, tendo função endoprocedimental, servindo apenas para reunir elementos mínimos para deflagração da denúncia ou queixa e fundamentar as decisões interlocutórias da investigação (LOPES JR. JACOBSEN, 2014).

Portanto, limitado o acesso do magistrado aos autos investigatórios e com a nítida separação de atuação do juiz das garantias e da atuação do juiz da instrução, efeitos positivos serão gerados também na garantia da imparcialidade. Pois, como já explanado, fica claro que os elementos informativos não apenas são utilizados para fundamentar sentença condenatória, como também influenciam na tomada de decisão do julgador ao invocar o princípio do convencimento motivado (LOPES JR., JACOBSEN, 2014).

Por outro lado, é importante ter em mente que a prova não repetível é aquela que não poderá ser repetida no futuro, e, portanto, diante de uma prova dessa natureza, ela deve ser produzida de forma imediata. Entretanto, o que se vislumbra na prática brasileira é a exclusão de participação do investigado e de sua defesa técnica na formação desse tipo de prova na fase investigativa, estabelecendo, portanto, um impedimento ao contraditório pleno, permitindo-lhe apenas um postergado. Válido lembrar que a prova não repetível comumente é utilizada na fase judicial com o mesmo valor probatório daquelas que foram produzidas em juízo, o que gera grandes prejuízos devido a limitação do acusado de provar algum vício na prova não repetível depois de um longo espaço temporal.

Sobre o tema da produção da prova não repetível no inquérito policial, Rosmar Rodrigues Alencar e Nestor Távora (2019) já lecionavam:

Além de ser recomendável que a autoridade policial, em tais casos, autorize fundamentalmente que o indiciado e/ou seu advogado acompanhe a produção da prova não repetível, a solução encontra guarida no incidente de produção antecipada de prova, em que ainda durante o inquérito, instaura-se um procedimento, perante o magistrado, sob o crivo do

contraditório e da ampla defesa, com a participação das futuras partes do processo, desde que determinada prova seja imprescindível para a prolação de futura sentença, e haja indícios a demonstrar que o perecimento da mesma é provável (ALENCAR, TÁVORA, 2019, p. 159).

Rosmar Rodrigues Alencar e Nestor Távora apontavam ainda que “É necessário que nossa legislação de forma mais clara discipline a produção antecipada de provas, medida cautelar das mais relevantes e que encontra parca ressonância no art. 225, do CPP”. Ainda nessa linha, é possível dizer sobre a necessidade de transferir características jurisdicionais a investigação preliminar, diante de uma prova não repetível:

O incidente de produção antecipada de prova é uma forma de jurisdicionalizar a atividade probatória no curso do inquérito, através da prática do ato ante uma autoridade jurisdicional e com plena observância do contraditório e do direito de defesa. A publicidade ou ausência de sigilo externo poderia ser limitada atendendo às especiais características do ato, tendo em vista o momento em que se realiza e o interesse em evitar prejuízos para investigação e a prematura estigmatização social do sujeito passivo (LOPES JR. JACOBSEN, 2014, p. 326).

Diante desse panorama, com a previsão do juiz garantidor na Lei 13.964/2019, regulamentado pelos artigos 3º-B a 3º F, traz-se como uma de suas competências dentro da fase preliminar investigativa a decisão sobre o requerimento da produção antecipada de provas, assegurando assim, o contraditório e a ampla defesa em uma audiência pública e oral. É válido trazer à tona, o predisposto no art. 3º-B, inciso XVI, que prevê que o magistrado da investigação defira o pedido de admissão de assistente técnico para acompanhamento de perícia.

Assim, diante dos problemas apresentados pela investigação preliminar policial, deixar a cargo de um magistrado imparcial e não da autoridade policial que preside o inquérito a produção antecipada de provas revela um grande avanço em busca de um sistema acusatório criminal, podendo ser assegurado ao investigado o direito pleno de defesa ainda na fase investigativa, no caso de provas não repetíveis.

Com isso, a prova não repetível no inquérito policial pode assumir verdadeiramente o status de prova, já que irá se submeter à devida jurisdicionalidade e ao contraditório, dando a possibilidade de defesa e posterior reprodução na fase judicial (LOPES JR. JACOBSEN, 2014). Vale lembrar que esse tipo de prova colhido no

inquérito será apensado nos autos da fase judicial, por assumir o status de prova e não apenas de um elemento informativo. Assim, a nova realidade apresentada pela lei se revela muito diferente da situação em que se encontra hoje na prática, representando avanços em respeito aos direitos e garantias fundamentais do investigado, aproximando-se mais de um sistema persecutório acusatório.

4.3 O JUIZ DAS GARANTIAS E O VALOR PROBATÓRIO DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR EM OUTROS PAÍSES

Para que seja possível uma conclusão concisa e bem delineada, faz-se necessário analisar se as referidas mudanças trazidas pelo Pacote Anticrime são realmente positivas e trouxeram, de fato, avanços em busca de uma persecução criminal acusatória, principalmente no que se refere aos elementos informativos, as provas não repetíveis e a imparcialidade do magistrado. É preciso realizar um estudo de Direito Comparado e averiguar a situação dos países ao redor do mundo.

Na Itália, o atual Código de Processo Penal fora finalizado em 1987/1988, entrando em vigor no ano seguinte, trazendo mudanças substanciais no funcionamento da investigação preliminar. Dessa forma, a investigação é presidida pelo Ministério Público, existindo a figura do promotor investigador, sendo importante ressaltar que o sujeito tanto na condição de investigado quanto na de acusado tem a garantia de direito de defesa técnica de forma obrigatória, sendo essa prerrogativa irrenunciável (LOPES JR. JACOBSEN, 2014).

Nesse modelo, há a presença do juiz das garantias, chamado de *giudice per le indagini preliminari*, que não atua de forma instrutória nem efetua atos investigativos, sendo responsável pelo controle da legalidade e pela concretização das medidas restritivas de direitos fundamentais do investigado (LOPES JR, JACOBSEN, 2014).

(...) com a reforma, surge uma nova articulação da presença jurisdicional, um novo ofício para adaptar o juiz à distinta função e estrutura da investigação preliminar. Ao juiz incube, basicamente, a condução do incidente probatório e da audiência preliminar, além do controle das medidas restritivas de direitos fundamentais, como as cautelares, intervenções telefônicas, etc. (CHIAVARIO, apud, LOPES JR. JACOBSEN, p. 372/373).

Com esse contexto, o magistrado atuante na investigação tem como função garantir a liberdade pessoal do investigado, controlar a duração e o controle do resultado em audiência preliminar, e garantir a formação antecipada da prova no devido incidente probatório. Salienta-se que o ordenamento italiano se preocupou com a imparcialidade do juiz, afirmando que aquele que atua na fase preliminar fica impossibilitado de atuar na fase processual (LOPES JR. JACOBSEN, 2014).

Portanto, em regra, não existe valor probatório da investigação preliminar italiana, já que só gera elementos informativos, tendo valor de prova somente para medidas que serão adotadas em seu curso. Com relação a prova não repetível, essa sim será juntada aos autos, desde que tenha se realizado o devido incidente probatório da produção antecipada de provas, presidida pelo juiz e com as devidas garantias fundamentais. Assim, para assegurar esse valor probatório limitado, há a exclusão desses atos investigativos nos autos processuais:

(...) toda a atividade desenvolvida na investigação preliminar forma o *fascicolo dele indagati*, iniciado com a notícia-crime, que acompanhará a ação penal ou o pedido de arquivamento. Será elemento de valoração para a decisão sobre o acolhimento ou rejeição da ação penal. Ficará depositada no cartório, à disposição do sujeito passivo e do seu defensor, para que apresentem uma satisfatória defesa na sucessiva fase intermediária – *udienza preliminare*. É, também, uma preciosa fonte de informação para orientar a defesa na escolha do procedimento, seja ordinário ou outro alternativo, como procedimento abreviado ou a imediata aplicação da pena (DALIA, FERRAIOLI, apud, LOPES JR, JACOBSEN, 2014, p. 376).

Assim, é clara a preocupação da persecução criminal italiana na busca pela imparcialidade do magistrado que irá presidir a fase processual, evitando por completo sua contaminação ao não entrar em contato com os atos investigativos. Com isso, existe uma figura suprapartes que fiscaliza os atos do promotor investigador, sendo este, o juiz das garantias, sendo que, ao realizar qualquer ato na investigação, este nunca poderá presidir a fase processual, em nome da imparcialidade, respeitando o sistema acusatório adotado. Por isso, tem-se o valor probatório extremamente limitado dos atos investigativos e o desapensamento desses nos autos da fase processual, ressalvados aquelas provas não repetíveis, que irão ser produzidas seguindo o devido procedimento.

Já na Alemanha, desde a reforma em 1974, o órgão responsável pela investigação preliminar é o Ministério Público, com o promotor investigador, efetuando as diligências necessárias com o auxílio da polícia judiciária. Vale salientar que o promotor não só verifica os elementos incriminadores, mas também aqueles que irão ajudar o investigado (LOPES JR. JACOBSEN, 2014).

Nesse rumo, Shunemann, aponta alguns defeitos da investigação preliminar alemã que não foram solucionados com a reforma de 1974:

(...) a) o poder de investigação foi aumentado em largos passos mediante principalmente as novas técnicas investigativas, necessitando de um controle efetivo; b) as possibilidades do defensor, de atuar na fase investigatória, podem influenciar construtivamente no desfecho da fase preliminar e do juízo oral devendo ser melhoradas; c) inexistente um controle efetivo sobre o Ministério Público justamente nos casos em que a investigação é encerrada mediante a aplicação do princípio da oportunidade; d) o traslado das peças da investigação preliminar ao juízo oral, hoje admitido quase que irrestritamente pela jurisprudência, com toda a sorte de artimanhas, deve ser restringido de modo severo, isso se se quiser seguir com o juízo oral como o grande centro de decisões exaradas no processo penal (SHUNEMANN, apud, LOPES JR., JACOBSEN, 2014, p. 378).

No entanto, outro atuante importante na fase pré-processual é o juiz da instrução preliminar, que efetua o juízo de pré-admissibilidade, realiza o controle da legalidade, bem como no incidente de produção antecipada de provas, quando o Ministério Público se depara com uma prova não repetível, ele decide cautelares e também, de forma excepcional, pratica atos de investigação quando houver caráter urgente (LOPES JR., JACOBSEN, 2014).

Nesse passo, com relação ao valor de prova dos atos praticados pelo promotor na fase investigativa, estes implicam apenas em elementos informativos, salvo quando evitados pelo incidente de produção antecipada de prova, quando realmente terá o escopo de prova. Após reunir elementos suficientes, será realizada uma fase de admissibilidade em uma fase intermediária por um tribunal, em que o investigado poderá apresentar provas e efetuar sua defesa. Cumpre ressaltar que nessa sistemática, o mesmo tribunal dessa fase intermediária efetuará o julgamento (LOPES JR., JACOBSEN, 2014).

Portanto, mostra-se importante a presença de um juiz garantidor, na fase preliminar a cargo do promotor investigador, de controle da legalidade, o qual, em regra, não atua como investigador, mas como garantidor. Verifica-se também, alguns resquícios prejudiciais ao acusado, como sua ínfima participação na instrução preliminar e a realização de juízo de admissibilidade pelos mesmos magistrados que irão prolatar a sentença.

Com referência a investigação preliminar americana, esta é cabeada pela polícia, que está intimamente vinculada ao poder executivo, tanto no âmbito federal quanto no estadual. Nesse rumo é possível dividir o processo penal americano em três fases, a primeira é uma fase investigatória preliminar, responsável por colher os elementos mínimos da suposta prática delitiva. A segunda é considerada uma fase intermediária, em que um magistrado irá analisar as provas, descartando ou admitindo-as, ficando a cargo de o promotor efetuar ou não a acusação. Por fim, a terceira fase se dá perante um júri, que poderá condenar ou absolver o acusado (LOPES, JACOBSEN, 2014).

Com referência a fase investigativa, num primeiro momento, é efetuado diligências para apurar se realmente houve o acontecimento de um delito e elencar determinado suspeito, intensificando as investigações sobre ele. Por essa razão, os técnicos e peritos criminais assumem papel de destaque, já que eles são responsáveis por colher elementos que comprovem a materialidade e indícios de autoria. Vale ressaltar que determinados casos ou tipos específicos de crimes podem ser investigados pelo Ministério Público (LOPES JR. JACOBSEN, 2014).

Nesse rumo, em determinados casos, como crime capital, infame ou crime federal, a coleta desses elementos na fase preliminar será feita perante o grande júri, sempre que previsto na Constituição, como aponta Aury Lopes Junior e Ricardo Jacobsen Gloeckner (2014):

Trata-se de uma prerrogativa do acusado, que dela poderá renunciar, fato pelo qual a investigação correrá como nos demais crimes. Todavia, correndo a investigação perante o grande júri, esse órgão se transformará em diretor e destinatário da investigação e do material colhido durante a fase preparatória. Essa instituição, ao exercer tal atividade, assume cariz nitidamente inquisitório, o que permite que se possa levar adiante acusações infundadas, mormente através do apelo midiático, bem como mediante a astúcia de algum promotor, já não mais servindo essa instituição

como uma barreira às acusações desprovidas de adminículo probatório (LOPES JR., JACOBSEN, 2014, p. 395).

Nesse sentido, na etapa investigatória a cargo da polícia ou até mesmo em outras sob responsabilidade do promotor de justiça, as condutas investigatórias são secretas, com o intuito de não alertar o suspeito cuja única limitação encontra escopo na 4ª Emenda da Constituição Americana que contém o seguinte texto:

O direito do povo de estar seguro em sua pessoa, casas, papéis e demais pertences contra desarrazoadas buscas e apreensões, não poderá ser violado, nem mandados poderão ser expedidos, senão baseados em causa provável, suportada por juramento ou afirmação, e particular descrição do local a ser buscado e das pessoas e coisas a serem apreendidas (LOPES JR, JACOBSEN, 2014, p. 395/396).

Essa é a única limitação para a atividade policial, que lhe dará escopo de prova ilícita, sendo descartada sua utilização contra o suspeito/acusado. Assim, um dos principais objetivos nessa fase é estabelecer um suspeito, começando a persecução penal propriamente dita. O suspeito tem o direito de ser assistido por um advogado, devendo sua prisão ser precedida de alguns avisos dos seus direitos. Encerrada a investigação, inicia-se a fase de adjudicação, em que o investigado apresenta suas provas e realiza o confronto com a tese acusatória (LOPES JR., JACOBSEN, 2014).

Diante desse cenário, é possível afirmar que um dos pontos positivos é estabelecer um sistema adversarial, com partes muito bem definidas, que produzirão suas provas e irão confrontá-las, não tendo confusão entre quem acusa, quem julga e quem efetua a defesa. Entretanto, é imperioso destacar que os pontos negativos se sobressaem muito, já que os elementos de prova são colhidos unilateralmente pela polícia, que efetua suas diligências sem a presença do investigado e de forma secreta, sendo uma forte característica inquisitorial (LOPES JR., JACOBSEN, 2014).

Como consequência lógica, não há paridade de armas, já que a polícia conta com todo o aparato estatal acusatório contra um único indivíduo, o que acaba gerando um abuso processual, sendo o investigado forçado a assumir acordos propostos, na tentativa de diminuir os danos de uma futura condenação por não ter possibilidade de provar sua inocência. Além disso, não há uma limitação temporal, sendo possível

desarquivar casos arquivados depois de muitos e muitos anos, dificultando a atuação da parte defensiva (LOPES JR., JACOBSEN, 2014).

Com referência a perseguição chilena, o seu Código Processual Penal passou por severas mudanças no ano 2000, após um forte regime ditatorial ocorrido entre 1973 e 1990, que resultava em uma perseguição criminal fortemente inquisitória. Entretanto, alterações importantes em busca de um sistema acusatório foram feitas, efetuando o reconhecimento de direitos fundamentais de seus cidadãos (GIMENES, 2019).

Nesse passo, Amanda Mendes Gimenes (2019) aponta a importância da implementação figura do juiz das garantias:

Especificamente quanto à figura do juiz de garantias, este se tornou um instituto chave no processo penal do Chile, sendo responsável não apenas por efetivar a imparcialidade do julgamento penal em razão da separação entre as figuras do juiz e do acusador, assim como das fases processuais, em administrativa e judicial, não se confundindo suas provas, mas por ser um elemento estruturante de um modelo oral, muito mais afeito à matriz acusatória e à agilidade processual, assim como à efetivação das garantias dos direitos fundamentais, a partir de uma facilitação do cumprimento do devido processo legal na esfera do processo pena (GIMENES, 2019, p. 05)

Assim, no modelo chileno, se adota o chamado sistema acusatório adversarial, em que o magistrado que irá presidir a fase judicial, se mantém distante nos atos investigatórios, já que quem atua na fase preliminar é o juiz das garantias. Este tem a função de controle da legalidade bem como da duração razoável do processo investigatório e de decidir sobre medidas que impliquem prejuízos a direitos fundamentais do suspeito, por exemplo, não efetuando nenhum ato investigativo, deixando isso a cargo das partes relacionadas (CARVALHO, MILANEZ, 2020).

Findo o procedimento investigatório, há uma etapa de preparação do julgamento, em que ocorre numa audiência, onde o Ministério Público, que é o titular da ação penal e quem preside a fase investigativa, aduz sua acusação de forma oral e aponta as provas que pretende utilizar, enquanto a defesa apura o que é dito pelo órgão acusador e indica as provas que também pretendem utilizar (CARVALHO, MILANEZ, 2020). Com relação a esse aspecto, impressiona o quão aberto é o Ministério Público com o investigado/acusado, o qual não esconde quais provas serão

utilizadas contra ele, sendo oferecida a denúncia, realmente em casos de provável condenação. Destaca-se que a defesa, mesmo na fase investigativa, pode solicitar a produção de determinada prova que irá auxiliar na elucidação de sua inocência (RAVAZZANO, 2016).

Nesse rumo, o juiz das garantias, ao se deparar com a tese acusatória, se limita a controlar os vícios formais, podendo efetuar o devido arquivamento, em caso de coisa julgada ou extinção da punibilidade, por exemplo. Sobre o tema, dissertam Luis Gustavo G. C. de Carvalho e Bruno Augusto Vigo Milanez (2020):

O juiz não pode rejeitar a acusação por insuficiência de provas ou motivos similares, cuidando, o código, para que não haja intromissão judicial na função acusatória. Se a acusação estiver de acordo com a legalidade, o juiz das garantias designa audiência de preparação do julgamento oral (CARVALHO, MILANEZ, 2020, p. 14).

Assim, o juiz das garantias irá deferir ou indeferir as provas indicadas e dar a abertura a uma nova audiência, sendo levada a conhecimento dos julgadores que efetuarão a sentença. Fase essa denominada de júízo oral, a qual é presidida por três julgadores, e na qual serão registradas a ocorrência de devidos debates, a produção probatória e a prolação da sentença (CARVALHO, MILANEZ, 2020). Esses juízes não tem nenhum contato com os autos da investigação e nem aos autos do processo, tomando conhecimento de todos os fatos e provas na audiência, buscando a garantia total da imparcialidade (RAVAZZANO, 2016).

Vale ressaltar que pode haver o requerimento de produção antecipada de prova, cabendo as partes esse requerimento ao juiz das garantias, que irá garantir e determinar sua produção em uma audiência pública e oral, que respeite o contraditório e a ampla defesa. É importante lembrar que há alguns procedimentos criminais abreviados, em que é possível uma decisão monocrática pelo juiz das garantias (CARVALHO, MILANEZ, 2020).

A possível crítica pertinente ao sistema persecutório criminal chileno seria o momento do interrogatório do réu, que ocorre no início da audiência, sendo que garantiria uma melhor prática de autodefesa no final, após todos os elementos probatórios serem produzidos e explanados. Entretanto, elogia-se a preocupação com as vítimas e testemunhas, sendo que, ao não se sentirem confortável diante do

acusado, lhes são providenciados o uso de biombos ou disfarces, para que assim se garanta a proteção do testemunho e ao mesmo tempo o réu possa presenciar (RAGAZZO, 2016).

5. CONCLUSÃO

Após toda a explanação e análise feita, em síntese, pode-se afirmar que:

I – Elementos informativos são aquelas informações colhidas no curso do inquérito processual, que servem para lastrear uma denúncia ou queixa-crime e que para serem efetivados como prova propriamente dita é necessário passar por um procedimento específico, diante de um magistrado, em uma audiência pública, sempre eivado do contraditório e da ampla defesa. O elemento informativo é coletado de forma unilateral, não existindo participação do investigado, restando impossível o exercício de sua defesa nessa etapa.

II – Existe a prova repetível, em que será possível uma nova produção desta mesma prova em juízo; e a prova não repetível, que é aquela que não seria possível sua repetição no futuro, por se esvaír com o tempo.

III – O sistema processual inquisitivo tem por característica principal a reunião das funções de julgar, acusar e defender em um único indivíduo, no qual o investigado/acusado não exerce a ampla defesa ou o contraditório, sendo um mero objeto e não um sujeito com direito e garantias fundamentais. Possui, também, como características, o sigilo, a discricionariedade e a forma escrita.

Este tipo de sistema persecutório traz graves prejuízos a imparcialidade daquele que exerce todas as funções, assim como não dá a oportunidade de defesa ao acusado, já que todos os atos são realizados de forma unilateral, o que acarreta uma série de problemas e julgamentos injustos.

IV – O sistema acusatório vem em total contramão com relação ao sistema inquisitivo, já que possui como principal característica a divisão das funções de acusar, defender e julgar, visando total imparcialidade do julgador. Assim, este possui como características a oralidade, a publicidade dos seus atos e tem o investigado/acusado como um sujeito de direitos e garantias fundamentais, sempre oportunizando o contraditório e a ampla defesa.

V – A investigação preliminar busca realizar diligências para coleta de indícios de autoria e materialidade mínimos para deflagração da ação penal, seja através da denúncia, no caso de crimes públicos, ou através da queixa-crime, no caso de

crimes privados. No Brasil, o órgão encarregado é a polícia judiciária, sendo uma fase de natureza jurídica administrativa, inquisitorial pré-processual. Nesse passo, o inquérito policial brasileiro busca maior celeridade e ampla atuação em todo seu território nacional. No entanto, apresenta muitos pontos negativos, como o distanciamento social, constantes desrespeitos aos direitos e garantias fundamentais e a não aceitação de normas que visem maior proteção ao investigado. Vale ressaltar que, nessa fase, existe uma atuação mínima da defesa técnica, sendo constantemente privada de acessar os atos realizados pela entidade policial, o que traz graves prejuízos, principalmente, na produção de provas não repetíveis, dificultando tese defensiva do acusado na fase judicial.

VI – O juiz das garantias é uma figura atuante apenas na fase preliminar investigativa, lhe restando o controle da legalidade dos atos praticados nessa fase, bem como garantir os devidos direitos e garantias fundamentais ao investigado. Nesse rumo, realiza a produção antecipada de provas, autoriza medidas cautelares, recebe ou rejeita a denúncia, etc. Cumpre salientar também que, em regra, o juiz das garantias atuando na fase preliminar fica impedido de atuar na fase judicial, em nome da imparcialidade.

VII – Diante dessa realidade, é válido destacar que os elementos colhidos na fase investigativa normalmente não deveriam ter valor probatório algum, devido a própria natureza jurídica do inquérito policial, e já que são colhidos de forma unilateral, não sendo oportunizado o contraditório e a ampla defesa ao investigado. Assim, deveriam apenas dar substrato a denúncia ou a queixa com indícios mínimos; e embasar decisões interlocutórias dentro da própria fase investigativa. Entretanto, não é o que se enxerga na realidade.

VIII – Ao se deparar com a previsão do art. 155 do CPP, bem como com a jurisprudência dominante, é constante a utilização de elementos informativos para reforçar tese de acusação, mesmo sem a sua devida produção em juízo. Noutro giro, constantemente se atribui uma presunção de veracidade nos atos policiais, principalmente no que se refere as provas não repetíveis, mesmo sem a devida participação do investigado. Com referência as provas não repetíveis, estas são constantemente utilizadas com o mesmo valor de prova daquelas produzidas em juízo, em que o contraditório diferido é extremamente limitado, sendo extremamente

difícil comprovar qualquer tipo de vício formal, seja por não ter sido acompanhado pela defesa, ou, raras as vezes, devido ao grande lapso temporal.

IX – Já o amplo acesso do julgador do processo aos autos do inquérito policial e sua prévia atuação na fase administrativa geram grandes prejuízos a sua imparcialidade, sendo os elementos informativos e as provas não repetíveis utilizados sem o devido incidente de produção antecipada de prova para embasar uma sentença condenatória, evidenciando, portanto, uma forte característica inquisitorial.

X – A lei 13.964/2019, diante desse panorama, trouxe profundas mudanças positivas ao CPP, em busca de um sistema acusatório, que ainda permeia o inquisitório. No seu art. 3º-A, ela traz a expressa opção legislativa pelo sistema acusatório, realçando a divisão de funções de quem julga e de quem compete o ônus probatório.

XI – Apesar de ter sua eficácia suspensa por tempo indeterminado, trouxe a previsão do juiz das garantias, estabelecendo um grande avanço diante das ilegalidades e problemas vislumbrados no inquérito policial. Assim, potencialmente, ela irá atuar em toda fase preliminar, efetuando controle dos atos da entidade policial, garantindo os direitos ao investigado, principalmente garantindo o acesso aos autos do inquérito, assim como realizará a devida audiência diante de uma prova não repetível, com o devido incidente da produção antecipada de prova, receberá ou rejeitará a denúncia, dentre outras responsabilidades. Vale lembrar também que o juiz das garantias não poderá atuar na fase judicial, e os atos do inquérito policial não serão mais pensados aos autos da fase processual, salvo as provas cautelares e as não repetíveis produzidas no devido incidente probatório.

XII – Assim, os elementos informativos não mais irão lastrear uma sentença condenatória, já que os autos do inquérito policial não estarão ao alcance do juiz da fase processual. Já as provas não repetíveis e cautelares terão o devido controle de sua legalidade, bem como, se necessário, o incidente probatório da produção antecipada de provas, garantindo o contraditório e a ampla defesa, obtendo, assim, o escopo de prova. O desapensamento e a realização do recebimento ou rejeição da denúncia pelo juiz das garantias trazem grandes avanços na imparcialidade do julgamento pelo magistrado da instrução, que estará completamente alheio aos atos pretéritos administrativos inquisitórios. Diante desse novo cenário que vem a se

desenhar com a nova lei, vislumbra-se grandes avanços na busca do sistema acusatório em um Código de Processo Penal ainda com fortes raízes inquisitórias.

REFERÊNCIAS

BRASILEIRO DE LIMA, RENATO. Manual de Processo Penal. 5ª edição. Editora JusPOVIVM, 2017.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 13ª edição. Editora Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação Preliminar no Processo Penal. 6ª edição. Editora Saraiva, 2014.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 23ª edição. Editora Atlas, 2019.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 27ª edição. Editora Atlas, 2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 14ª edição. Editora JusPODIVM, 2019.

ABREU, Guilherme Schroeder. Sistema processual penal acusatório e o juiz no processo penal: pressupostos de (in) efetividade. 2008. 135f. Dissertação (Pós graduação em Direito). Universidade Federal do Paraná, Paraná.

BRENTEL, Camilla. As provas não repetíveis no processo penal brasileiro. 2012. 110 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

COSTA, Héberto Olímpico. O garantismo e a proteção dos direitos fundamentais na perspectiva do sistema acusatório. 2016. 164 f. Dissertação (Pós graduação em Direito) Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Rio Grande do Norte.

GARCIA, Alessandra Dias. O juiz das garantias e a investigação criminal. 2014. 208 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo.

GAVIÃO, Renato. O inquérito policial no Brasil e seus conceitos: questões de verdade entre a forma e o conteúdo. 2015. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito do Sul de Minas, Minas Gerais.

HARMANN, Érica de Oliveira. Processo penal democrático: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa. 2010. 341 f. Tese (Doutorado em Direito) Universidade Federal do Paraná, Paraná.

JACOB, Muriel Amaral. A verdade no processo penal: a gestão dialético-aproximativa da prova. 2018. 197 f. Tese (Doutorado em Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

JUNIOR, Rubens Pereira e Silva. As alterações na teoria geral da prova no projeto de lei 8045/2010: o novo código de processo penal. 2017. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito de Brasília, Distrito Federal.

LOPES, Mariângela Tomé. O reconhecimento como meio de prova. 2011. 224 f. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade Federal de São Paulo, São Paulo.

MACHADO, André Augusto Mendes. A investigação criminal defensiva. 2009. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal de São Paulo, São Paulo.

ROBERTO, Welton. A paridade de armas no processo penal brasileiro: uma concepção do justo processo. 2011. 332 f. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco.

SANTOS, Ernandes Silva dos. Condução da investigação preliminar pelo Ministério Público. 2016. 53 f. Monografia (Bacharelado em Direito) Associação Caruaruense de Ensino Superior e Técnico, Pernambuco.

SILVA, Marcos Cesar Fontes. A investigação criminal, a polícia judiciária e o Ministério Público. 2006. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

ALMEIDA, Vitor Luis. A apreciação judicial da prova nos sistemas de valoração. Bd.tjmg.jus.com.br. 2014. 34 f. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/8428/1/A%20aprecia%C3%A7%C3%A3o%20judicial%20da%20prova%20nos%20sistemas%20de%20valora%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 12 de maio de 2020.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho; MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. O juiz de garantias brasileiro e o juiz de garantias chileno: breve olhar comparativo. CEJAJSCA, Publicado na biblioteca virtual da CEJAJSCA. 2020. 37 f. Disponível

em: <http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5645>. Acesso em 25 de maio de 2020.

GIMENES, Amanda Mendes. A função do juiz das garantias no Projeto de Lei 8.045/2010 frente aos semelhantes institutos previstos na lei italiana e chilena. *Revista Jurídica da UniFil*, [S.l.], v. 15, n. 15, p. 13-24, jun. 2019. ISSN 2674-7251. Disponível em: <<http://periodicos.unifil.br/index.php/rev-juridica/article/view/1078>>. Acesso em: 20 maio de 2020.

JUNIOR, Jaime Pimentel. Atos probatórios do inquérito policial: elementos informativos, provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. *Periódico Jurídico publicado na RDPJ*. 2017. Fls. 9-47. Disponível em: <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RDPJ/article/view/507>. Acesso em: 08 de maio de 2020.

MARIANO DA PAZ, César Ferreira. Inquérito policial: uma breve análise. *Revista Jurídica da ATHENAS*, v. 1, ano IV, jan-out 2015. ISSN 2316-1833. Disponível em: http://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_athenas_ano4_vol1_2015_artigo6.pdf. Acesso em: 02 de maio de 2020.

MIRANDA, Luiz Nogueira Araújo. O valor probatório do inquérito policial. *Dejure.mpmg.mp.br*. 2016. 34 f. Disponível em: <http://dejure.mpmg.mp.br/index.php/dejure/article/view/79>. Acesso em: 02 de maio de 2020.

MIRZA, Flávio. Processo justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. *Revista Eletrônica de Direito processual da UERJ*, vol. 5, fls. 540-559, 2010. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23103/16456>. Acesso em: 08 de maio de 2020.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro; CAMARGO, Margaria Lacombe. Sistemas processuais penais à luz da constituição. *Revista Jurídica do Ministério Público de São Paulo*. RDCO vol. 97, fls. 03-14, set. – out. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_bibliotec_a/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.97.05_1.PDF. Acesso em: 08 de maio de 2020.

NEVES, Luiz Gabriel Batista. Sistemas processuais penais. *Revista Jurídica da UNIFACS*. Nº 163, ISSN 1808-4435. 27 f. 2014. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2924/2116>. Acesso em: 08 de maio de 2020.

PERAZZONI, Franco; SILVA, Wellington Clay Porcino. Inquérito policial: um instrumento eficiente e indispensável à investigação. Revista Brasileira de Ciências Policiais. 2015. 39 f. Disponível em: <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/385>. Acesso em: 17 de maio de 2020.

RAVAZZANO, Fernanda. A experiência no Chile e a busca por um sistema acusatório no Brasil. JUSBRASIL. 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/357708186/a-experiencia-no-chile-e-a-busca-por-um-sistema-acusatorio-no-brasil>. Acesso em: 28 de maio de 2020.

SALLUM, Camila. A busca pela adequação aos preceitos do sistema acusatório: o controle da legalidade no curso da investigação criminal pelo juízo das garantias. ViruaJus, v. 3, n. 4, fls. 230-247, 2018, ISSN 1678-3425. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/18017>. Acesso em: 15 de maio de 2020.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Juiz das garantias: o inquérito policial deve compor os autos do processo? Revista Jurídica TJDFT, V. 111, n. 1, fls. 10-27, 2019. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/582/95>. Acesso em: 28 de maio de 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941, Código de Processo Penal.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de Dezembro de 2019, aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.

BRASIL. Lei nº 11.690, de 09 de junho de 2008, altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941- Código de Processo Penal, relativo à prova, e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

(STJ) AgRg no REsp: 1725337 MT 2018/0038206-9, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 21/05/2019, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/06/2019);