

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS**

**PAOLA SILVA ABERO**

**O VALOR DA PROVA COLHIDA NO INQUÉRITO POLICIAL À LUZ DO ARTIGO  
155, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

**PORTO ALEGRE  
2019**

PAOLA SILVA ABERO

**O VALOR DA PROVA COLHIDA NO INQUÉRITO POLICIAL À LUZ DO ARTIGO  
155, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Trabalho de conclusão apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade.

PORTO ALEGRE  
2019

PAOLA SILVA ABERO

**O VALOR DA PROVA COLHIDA NO INQUÉRITO POLICIAL À LUZ DO ARTIGO  
155, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Trabalho de conclusão apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

**Aprovado em: 12 de dezembro de 2020.**

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professor Doutor Mauro Fonseca Andrade (Orientador)  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

---

Professor Doutor Odone Sanguiné  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

---

Professor Doutor Marcus Vinicius Aguiar Macedo  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

À memória de meu avô que assim como eu,  
sempre sonhou, com este momento.  
À minha mãe, por todo o amor e suporte  
que me permitiram chegar até aqui.

## **AGRADECIMENTOS**

A todos os meus amigos que me incentivaram, me motivaram e me confortaram com palavras e gestos, nessa reta final da formação acadêmica. Vocês foram e sempre vão ser essenciais na minha vida.

Especial agradecimento a Ana Laura e a Mariana por fazerem tanto por mim.

Ao estimado Professor Mauro Fonseca Andrade, por toda atenção, paciência e ensinamentos transmitidos durante esses meses e por ter me inspirado a realizar esse trabalho.

A Rejane e a Katarine pela enorme compreensão e por terem me permitido viver essa experiência no estágio, onde tanto aprendi e tive o ardor por essa temática.

## RESUMO

A alteração do Código de Processo Penal, advinda com a Lei nº 11.690 de 2008, trouxe significativas mudanças relativas a prova. Nesse sentido, o art. 157, do Código de Processo Penal de 1941 concedia ampla liberdade e discricionariedade ao juiz na apreciação da prova, não fazendo ressalvas na definição desta. Tal norma, se transformou no art. 155, *caput*, que restringiu a livre apreciação da prova pelo juiz ao impor o contraditório como requisito de validade da prova. Elidiu os elementos informativos, ou seja, aqueles colhidos no Inquérito Policial da formação de seu convencimento, caso não estivessem corroborados por provas, ressalvando, contudo, as provas cautelares, antecipadas e não repetíveis. Essas, outrossim, produzidas na fase pré-processual, sem que haja uma denúncia ou a queixa-crime, mas são dotadas de extrema relevância, pois são impossíveis de repetição em juízo, porquanto pereceriam em decorrência do tempo ou outros motivos. Assim, tendo em vista o momento em que são produzidas – na fase investigativa – e a ausência do devido processo legal nesta fase – portanto, carência de garantias fundamentais previstas na Constituição Federal – não são produzidas sob o crivo do contraditório, mas são parciais, produzidas pela polícia e sem a presença das partes. Por essa razão elas foram salientadas pelo legislador e colocadas na parte final do referido artigo. Contudo, a produção antecipada de provas, com previsão no art. 156, inciso I, do Código de Processo Penal (CPP), é um procedimento que prescinde do contraditório e da ampla defesa, sendo realizada em audiência pública, com a presença das partes e conduzida pelo magistrado. É uma antecipação, na fase investigativa, daquilo que seria produzido em Juízo, tendo em vista a urgência e importância da prova para o julgamento. Portanto, se questiona a colocação deste procedimento na parte final do artigo 155, *caput*, do CPP, junto a provas produzidas na ausência de um contraditório contemporâneo.

**Palavras-chave:** Processo Penal. Investigação Preliminar. Inquérito Policial. Prova. Princípio do Contraditório. Produção Antecipada de Prova.

## ABSTRACT

The amendment of the penal code accrued with the law 11690 of 2008 brought significant changes relative to proof. In this sense, the article 157 from Penal Code of 1941 gave broad freedom of discretion to the judge in the assessment of the evidence making no reservations in the definition of this. This norm became in art. 155, caput, which restricted the free assessment of the evidence by the judge imposing the contradictory as a requirement of proof validity. Elided the informative elements, that is, those collected in the police inquiry from the formation of this conviction. If they were not corroborated by evidence, however, the precautionary evidence was anticipated and not repeatable. These are produced in the pre-procedural phase without a complaint or the filing of an action by the prosecution, but they are extremely relevant because they are impossible to repeat in court. They would perish due to time or other reasons. In this way, in view of the moment in which they are produced – in the investigative phase - and the absence of due process in this phase - therefore, lack of fundamental guarantees provided for in the Federal Constitution - they are not produced under the contradictory sieve, but are partially produced by the police and without the presence of the parties. For this reason they were stressed by the legislator and placed at the end of that article. However, the anticipated production of evidence provided in art. 156 - item I - of the code of criminal procedure is a procedure that dispenses with the contradictory and broad defense being held in public hearing with the presence of the parties and conducted by the magistrate. It is an anticipation in the investigative phase of what would be produced in judgment given the urgency and importance of proof for the trial. Therefore if it is questioned the placement of this procedure in the final part of article 155, caput, of the criminal procedure code along with evidence produced in the absence of a contemporary contradictory.

**Keywords:** Criminal process. Preliminary Investigation System. Evidence. Adversarial principle.

## LISTA DE ABREVIATURAS

CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
IP	Inquérito Policial
MP	Ministério Público
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 A PROVA E O CONTRADITÓRIO NO PROCESSO PENAL.....</b>	<b>13</b>
2.1 O CONCEITO DE PROVA .....	13
2.2 O OBJETO DA PROVA.....	14
2.3 A FINALIDADE DA PROVA.....	16
2.4 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO .....	19
2.5 A RELAÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA PROVA.....	25
<b>3 A FASE INVESTIGATÓRIA: O INQUÉRITO POLICIAL .....</b>	<b>28</b>
3.1 CONCEITO DE INQUÉRITO POLICIAL.....	28
3.2 NATUREZA JURÍDICA.....	32
3.2.1 Procedimento administrativo .....	32
3.2.2 Procedimento Inquisitivo.....	33
3.3 ELEMENTOS INFORMATIVOS .....	33
3.4 AS DIFERENÇAS ENTRE ELEMENTOS INFORMATIVOS E PROVA .....	36
3.5 O CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL.....	39
4.4 VALOR PROBATÓRIO DO INQUÉRITO POLICIAL.....	44
<b>4 O ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....</b>	<b>48</b>
4.1 A LIVRE APRECIÇÃO PELO JUIZ ou O LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ .....	48
4.2 A ALTERAÇÃO DO ARTIGO.....	51
4.3 PROVAS CAUTELARES, ANTECIPADAS E NÃO REPETÍVEIS.....	54
4.3.2 Provas cautelares ( <i>inaudita altea parte</i> ) .....	55
4.3.2 Provas não repetíveis .....	56
4.3.3 Produção antecipada de provas .....	56
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>60</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>63</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Quando alguém viola o ordenamento jurídico infringindo uma lei e pratica uma infração penal, nasce para o Estado o dever de punir – *jus puniendi* -, que se efetuará com a aplicação das sanções legalmente previstas esperando “recobrar, junto à sociedade e na medida dos recursos de que dispõe, a paz pública ou a segurança individual”<sup>1</sup>. Contudo, a punição só se concretizará caso o Estado o faça por meio de um processo, que deverá seguir o devido processo legal, assegurando todos os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal (CF).

Para que se inicie um processo, contudo, é necessário reunir previamente um mínimo de elementos que demonstrem a existência de um fato delituoso, bem como de sua autoria e o meio mais comum, embora não exclusivo, de realizar isso é por meio do chamado *Inquérito Policial*.

Trata-se de procedimento administrativo, pré-processual, dirigido pela Polícia Judiciária que buscará angariar informações suficientes que permitam aferir se houve o cometimento de um crime ou não.

Em caso afirmativo, o Ministério Público (MP) poderá ofertar uma denúncia contra determinado indivíduo e, a partir da aceitação dessa pelo magistrado, se iniciará a fase processual penal.

O processo culminará com uma sentença, cujo resultado - condenação ou absolvição – será atingido por meio da análise de provas pelo juiz que buscará, a partir delas, a reconstrução de um fato.

Até 2008, o Código de Processo Penal (CPP) conferia plena liberdade ao juiz para analisar todos os elementos da persecução penal (fase investigativa somada à fase processual), a fim de formar sua convicção. Assim, tendo em vista que as peças do *Inquérito Policial* ficam adstritas aos autos do processo, ele poderia lastrear sua decisão, igualmente, nos elementos informativos colhidos na fase de investigação.

Com o advento da Lei 11.690/08, o art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal passou a impor ao julgador que respalde sua decisão com base em provas colhidas sob a égide do contraditório, não podendo mais fazê-lo, exclusivamente, com base em elementos colhidos na fase investigativa, com exceção das provas cautelares, antecipadas e não repetíveis.

---

<sup>1</sup>MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

O presente trabalho tem por escopo analisar a alteração do Código de Processo Penal, especificamente quanto ao art. 155, ao delimitar o sistema de livre apreciação do juiz, resguardando-a a prova produzida em contraditório judicial e proibindo que ele fundamente sua decisão com base exclusivamente nos elementos informativos colhidos na fase investigativa – sem contraditório - excetuando as provas cautelares, antecipadas e não repetíveis.

A simples leitura do texto da lei nos permite deduzir que dentro dos elementos informativos, podendo defini-los como aqueles indícios colhidos durante o Inquérito Policial, se incluem aquelas exceções, portanto, não incidindo o contraditório – ao menos contemporâneo – na produção delas. Contudo, ao analisar o instituto da produção antecipada de provas, nos deparamos com um possível erro do legislador.

O presente estudo foi realizado tendo, como base teórica, doutrina, jurisprudência e legislação, por meio de pesquisa bibliográfica em livros, artigos científicos e legislação.

Com o fito de explorar a temática com a maior clareza possível, optou-se por dividir o presente trabalho em três capítulos. No primeiro, abordar-se-á o conceito de prova, esmiuçando a teoria sobre o assunto, abarcando seu objeto e sua finalidade, tudo com enfoque no processo penal.

Em seguida, uma exposição do princípio do contraditório, seu conceito, uma breve evolução histórica e sua integração ao nosso ordenamento jurídico e seu *status* constitucional. Em seguida, será abordada a correlação entre prova e contraditório, e a importância desta para a seara penal.

No segundo capítulo, para o perfazimento do objeto deste labor, se faz necessária a análise do Inquérito Policial, aquele que vem a ser o instrumento de investigação mais utilizado no Brasil.

Com a exposição de seu conceito, dando-se especial relevância à sua natureza jurídica, atentaremos para a sua finalidade e seu caráter administrativo e inquisitivo. Nesse ínterim, veremos a definição de elementos informativos e a diferença entre eles e as provas - já delineadas no capítulo anterior. Por fim, adentraremos em um assunto que divide a doutrina e que é causa de grandes debates, que é sobre a incidência ou não do contraditório no Inquérito Policial.

Após assentar essas considerações, partir-se-á para o último capítulo, cujo enfoque recai sobre a análise do art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal, que ordena que o juiz forme sua convicção com base na prova produzida em

contraditório judicial. Outrossim, coíbe a fundamentação com base em elementos informativos colhidos na investigação, ressalvando, contudo, as chamadas provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Analisaremos o sistema da livre apreciação, adotado pelo ordenamento jurídico, que confere discricionariedade ao magistrado na apreciação da prova; a alteração do Código de Processo Penal, com o advento do art. 155, *caput*; abordaremos cada uma das exceções trazidas na lei, que dão a entender que podem ser valoradas independentemente do contraditório.

Por serem produzidas em fase pré-processual, onde, em princípio, ainda não incide o contraditório, não são provas *stricto sensu*, mas elementos de informação que carecem de submissão ao contraditório diferido para sua utilização posterior na sentença. Contudo, veremos que nem todas essas exceções serão produzidas na ausência do contraditório.

## 2 A PROVA E O CONTRADITÓRIO NO PROCESSO PENAL

### 2.1 O CONCEITO DE PROVA

Em sentido amplo, *provar* significa demonstrar a veracidade de um enunciado sobre um fato tido por ocorrido no mundo real. Em sentido estrito, a palavra *prova* tem vários significados<sup>2</sup>, sendo uma de suas características seu caráter polissêmico<sup>3</sup>. O termo prova pode referir-se a significados diversos conforme o ângulo que se examine, e, assim, pode-se falar em fonte de prova, meio de prova, elemento de prova ou resultado probatório<sup>4</sup>.

Guilherme de Souza Nucci destaca três sentidos para o termo prova: a) 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.<sup>5</sup>

Portanto, verificamos que, além de portar sentidos diversos, a prova exerce diversas funções dentro do processo, resumidos em ato, meio e resultado. Assim, podemos perceber que a prova se faz presente em todas as fases de um processo, sendo os atos de que ele se constitui, os meios pelos quais atingem os objetivos e, principalmente, o resultado do processo.

Nesse sentido, Badaró<sup>6</sup> aduz que a prova se faz presente em momentos distintos:

Há o momento da descoberta, o momento da instrução, há o momento da valoração e o momento da decisão. A estes, se pode acrescentar o momento da justificação, posterior à atividade de reconstrução histórica dos fatos, mas fundamental para legitimá-la e permitir um controle intersubjetivo das escolhas racionais do julgador.

Para Marco Barros, prova pode ser definida como tudo o que nos pode trazer

<sup>2</sup>LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5ª ed. Salvador: JusPodivim, 2017, p. 583

<sup>3</sup>DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 5ª ed. Revista dos Tribunais. Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 478

<sup>4</sup>POLASTRI, Marcellus. **Curso de Processo Penal**. 9ª ed. São Paulo: Gazeta Jurídica. 2016, p. 425

<sup>5</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual do Processo Penal e execução penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 351

<sup>6</sup>BADARÓ, **Processo Penal**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 432

a certeza de algum fato, circunstância ou proposição controvertida<sup>7</sup>.

Para Capez<sup>8</sup> é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros (p. ex. peritos) destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação<sup>9</sup>.

Távora e Alencar<sup>10</sup> ensinam que prova é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio.

Carnelutti define prova como o objeto mediante o qual o juiz obtém as experiências que lhe servem para julgar<sup>11</sup>.

Assim, concluímos que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual<sup>12</sup>. Ela serve à demonstração de uma afirmação, seja para comprovar algo ou provar que algo não é verdadeiro. É por meio dela que a acusação ou defesa, convencerão o magistrado ou o Tribunal das alegações que buscam defender. É ela que vai conduzir o processo e, nas palavras de Tourinho Filho, “dar a cada um o que é seu”<sup>13</sup>.

## 2.2 O OBJETO DA PROVA

Em que pese a definição e o objeto da prova se confundam, cumpre destacá-los, a fim de identificar algumas peculiaridades. Assim, o objeto da prova é tudo aquilo que as partes entenderem pertinentes levar ao juiz para que delas ele conheça e com elas corroborem suas afirmações. No processo penal, diferentemente do processo civil, os fatos ainda que incontroversos, prescindem de prova, em face dos princípios que o norteiam<sup>14</sup>.

<sup>7</sup> BARROS, Marco Antônio de. **Processo Penal: da investigação até a sentença**. 5ª ed. Curitiba: Juruá, 2019, p. 315

<sup>8</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 26ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 371

<sup>9</sup> Carnelutti classifica as provas como positivas e negativas: positiva chama-se a prova quando serve para provar a existência, negativa quando serve para provar a inexistência de um fato diverso dela (Carnelutti, Francesco. **Lições sobre o Processo Penal**. Campinas: Bookseller, 2004, p. 278-279).

<sup>10</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 14ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 627

<sup>11</sup> Carnelutti, Francesco. **Lições sobre o Processo Penal**. Campinas: Bookseller, 2004, p. 275

<sup>12</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 26ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 371

<sup>13</sup> TOURINHO FILHO, Fernando Da Costa. **Manual de Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 p. 53

<sup>14</sup> Princípio da presunção de inocência, da não culpabilidade ou do estado de inocência, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio do contraditório, princípio da ampla defesa, princípio do

Assim, mesmo que o réu confesse todos os fatos narrados na denúncia, sua confissão não tem valor absoluto<sup>15</sup>, devendo ser confrontada com os demais elementos de prova dos autos<sup>16</sup>.

Para Nestor Alencar Távora e Rosmar Rodrigues<sup>17</sup>, prova é o que se deve demonstrar, ou seja, aquilo sobre o que o juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver a demanda. É o que de fundamental deve estar conhecido e demonstrado para viabilizar o julgamento.

Acrescenta Capez<sup>18</sup> que objeto da prova é toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa. São, portanto, fatos capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade penal e na fixação da pena ou medida de segurança, por essa razão, de adequada comprovação em juízo.

Mirabete<sup>19</sup> acrescenta que o objeto da prova abrange não só o fato criminoso e sua autoria, como todas as circunstâncias objetivas e subjetivas que possam influir na responsabilidade penal e na fixação da pena ou na imposição da medida de segurança.

Somente fatos que tenham relevância para o julgamento da causa merecem ser alcançados pela atividade probatória, “devendo ser excluídos aqueles que não apresentam qualquer relação com o que é discutido e que, assim, nenhuma influência podem ter na resolução do litígio”<sup>20</sup> como corolário do princípio da economia processual<sup>21</sup>.

Nesse sentido, a doutrina elenca quatro fatos que independem de provas: a) fatos axiomáticos ou intuitivos; b) fatos notórios; c) presunções e d) fatos inúteis.

Fatos axiomáticos, também denominados evidentes ou intuitivos são fatos evidentes, cuja convicção já está formada. Por exemplo, não é necessário provar que a cocaína causa dependência química.

---

devido processo legal, dentre outros.

<sup>15</sup> Neste sentido: Apelação Crime nº 0017323-18.2015.8.07.00030017323-18.2015.8.07.0003, Segunda Turma Criminal, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, TJ-DF, Relator Desembargador João Timóteo de Oliveira, Julgado em 01/09/2016.

<sup>16</sup> Art. 197. Código de Processo Penal. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

<sup>17</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 14ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 371

<sup>18</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 26ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 371

<sup>19</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 257

<sup>20</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 257

<sup>21</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 26ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 372

Fatos notórios são aqueles cujo conhecimento faz parte da sociedade, por exemplo, a água molha e o fogo queima.

As presunções decorrem da lei ou da ordem natural das coisas. É o caso de menores de dezoito anos, presumidos inimputáveis, não havendo como provar o contrário.

Por fim, os fatos inúteis ou irrelevantes são aqueles que não possuem relação com a causa, não importam ao deslinde da ação, devendo ficar de fora da discussão processual.

### 2.3 A FINALIDADE DA PROVA

Eugênio Pacelli<sup>22</sup> leciona que, no âmbito judiciário, a prova tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo.<sup>23</sup>

Quanto ao tema, leciona Tourinho Filho<sup>24</sup>:

O objetivo ou finalidade da prova é formar a convicção do Juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Para julgar o litígio, precisa o Juiz ficar conhecendo a existência do fato sobre o qual versa a lide. Pois bem: a finalidade da prova é tornar aquele fato conhecido pelo juiz, convencendo-o da sua existência. As partes, com as provas produzidas, procuram convencer o juiz de que os fatos existiram, ou não, ou então, de que ocorreram desta ou daquela maneira.

Portanto, a partir de um fato concreto, que chega ao conhecimento do julgador, atrelado a uma imputação de violação às normas da ordem jurídica, dirigida ao acusado, aquele buscará realizar a reconstrução dos fatos históricos, da forma mais condizente possível com a realidade, o que fará através da instrução probatória, que é a junção das provas colhidas no curso do processo.

<sup>22</sup>PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 329

<sup>23</sup> Marco Antonio de Barros: Já não possui sentido lógico e útil o emprego das expressões princípio da verdade material e princípio da verdade formal, notadamente porque destituídos de base científica que justifique a distinção por eles enunciada. Tais princípios perderam aquele encanto que seduziu intensamente a doutrina antiga, pois, seja no processo civil, seja no processo penal, interessa hoje pura e simplesmente descobrir a verdade, atributo de um juízo racional no qual firma-se a certeza do julgador. E a verdade possível de ser descoberta na ação penal é apenas e tão somente a “verdade processual”. (BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 286)

<sup>24</sup>TOURINHO FILHO, Fernando Da Costa. **Manual de Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 523

Assim, o objetivo precípua da prova é a obtenção do convencimento daquele que vai julgar, decidindo a sorte do réu, condenando ou absolvendo.<sup>25</sup> Ressalva-se, contudo, que, para que haja uma condenação, o juiz necessita estar convencido de que os fatos como narrados pela acusação são verdadeiros<sup>26</sup>, sendo que tal apuração será realizada durante a fase processual.

Isso tudo porque as provas se destinam a demonstração do que se denomina *verdade provável*<sup>27</sup>, ou seja, a versão dos fatos que mais se aproxima do que realmente aconteceu, porquanto nunca se atingirá uma verdade absoluta do que ocorreu após o cometimento de um crime, devido à fragilidade de elementos à disposição para a reconstrução da realidade.

Mirabete<sup>28</sup> elucida que, no nosso processo penal brasileiro, o princípio da verdade real não vige em toda a sua inteireza. Não se permite que, após uma absolvição transitada em julgado seja ela rescindida, mesmo quando surjam provas contundentes contra o agente. A transação é permitida, por exemplo, nas ações privadas com o perdão do ofendido. A omissão ou desídia do querelante pode provocar a perempção. Há, também, inúmeras outras causas de extinção da punibilidade que podem impedir a descoberta da verdade real.

Mesmo em crimes em que hajam testemunhas, nos quais vítima e réu não sejam os únicos presentes, não é possível fazer uma perfeita reconstrução daqueles momentos ocorridos, seja pela distração das pessoas, seja pela distância, pelo lapso temporal, enfim diversas limitações que acometem a memória das pessoas<sup>29</sup>.

<sup>25</sup>TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 14ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 627

<sup>26</sup> Incide aqui o Princípio In Dubio Pro Reo: Sobre o assunto afirma Antônio Magalhães Gomes Filho: só a prova cabal do fato criminoso é capaz de superar a presunção de inocência do acusado, que representa a maior garantia do cidadão contra o uso arbitrário do poder punitivo

<sup>27</sup> Ocorre que, enquanto o juiz civil ou não penal, de acordo com a doutrina mais tradicional, se contentaria, em maior grau com a verdade formal, ou seja, aquela acordada entre as partes no Processo Penal o juiz deve procurar, pelo menos, a verdade provável. (POLASTRI, Marcellus. **Curso de Processo Penal**. 9ª ed. São Paulo: Gazeta Jurídica. 2016, p. 420)

<sup>28</sup>MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 44

<sup>29</sup> O fenômeno das falsas memórias é reconhecido pela doutrina e jurisprudência, tendo incidência inclusive sobre julgamentos. Assim trago como exemplo julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. APELAÇÃO CRIME. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. LAPSO TEMPORAL ENTRE OS FATOS E A DENÚNCIA. POSSIBILIDADE DE FALSAS MEMÓRIAS. ABSOLVIÇÃO. Em que pese exista demonstração de um quadro crônico de violência doméstica no caso dos autos, envolvendo a ofendida e os demais familiares, a questão atinente ao delito de atentado violento ao pudor não restou demonstrada com a certeza necessária para a prolação de uma condenação. Quadro de violência física e psicológica que podem ter gerado falsas memórias especialmente diante do lapso temporal de 10 anos entre o fato e a denúncia. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Criminal, Nº 70082112541, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Viviane de Faria Miranda, Julgado em: 17-10-2019) Acessado em 17.11.2019

Destarte, a essencialidade da prova que foi exposta anteriormente pode ser claramente observada, haja vista as consequências da atividade probatória projetarem-se de maneira inexorável na vida das pessoas, o que a torna fundamental para a busca da decisão mais justa possível dentro do processo, seja condenatória, seja absolutória, ligando-se assim à própria punição de crime.<sup>30</sup>

Nesse ínterim, Antônio Magalhães Gomes Filho<sup>31</sup> atribui à prova, ainda, uma função social:

Os mecanismos probatórios servem à formação do convencimento do juiz e, concomitantemente, cumprem função não menos relevante de justificar perante o corpo social a decisão adotada (...) em outras palavras, além de ser um procedimento cognitivo, a prova é também um fenômeno psicossocial.

Mas, em última análise, é com base nas provas que exibem uma verdade provável, que se legitimará a restrição de direitos e de liberdade a que os indivíduos serão submetidos quando encararem uma sentença condenatória.

Conforme afirma Polastri<sup>32</sup>:

O processo, como visto, tem por fim a descoberta da verdade provável e é através da instrução probatória que o juiz poderá chegar a esta verdade, reconstruindo e buscando na instrução criminal elementos sobre o fato concreto ocorrido, para depois sopesar a prova e chegar à decisão final. Irá ser elucidado, então, o *themaprobandum*, que é a hipótese a ser verificada através da prova.

É através das provas que as partes tornam os fatos alegados, conhecidos do juiz, e a partir delas tentam convence-lo de sua veracidade<sup>33</sup>.

Nesse sentido, podemos concluir que o principal destinatário das provas é o juiz<sup>34</sup>, pois é para ele que elas serão explanadas e é ele que dará a elas o valor probatório que entender pertinente, em cada caso concreto, através de uma livre apreciação delas.

Posteriormente, as provas se destinam ainda às partes, a fim de que possam

<sup>30</sup>DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 5ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. Thomson Reuters Brasil. 2019, p. 476-477

<sup>31</sup>GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 13.

<sup>32</sup>POLASTRI, Marcellus. **Curso de Processo Penal**. 9ª ed. São Paulo: Gazeta Jurídica. 2016, p. 423

<sup>33</sup>RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen, 2007, p. 401

<sup>34</sup>Ibidem p. 401

aceitar ou não a decisão judicial final como justa<sup>35</sup>.

Neste diapasão, Ieciona Carnelutti<sup>36</sup>:

O juiz, com efeito, ao julgar, quer saber o que aconteceu, além do presente, no passado da pessoa a quem julga, e o que se lhe fará no futuro: se ele cometeu ou não certo delito e se uma pena será ou não aplicada, com finalidade preventiva e repressiva. O juízo é, em definitivo, uma espécie de salto no além, mas para saltar é necessário algo de firme sob os pés. Este algo de firme é o presente, do qual se argui aquele desconhecido passado ou futuro; a isto se faz referência quando se fala de provas.

Por isso, a importância de processos com qualidade e provas contundentes, pois só poderá haver condenações em face da certeza de culpabilidade, e esta não é obtida através de conjecturas ou suposições e, sim por intermédio de um esforço probatório sólido.<sup>37</sup>

## 2.4 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

A Constituição Federal de 1988, que buscou estabelecer um Estado Democrático de Direito, após o longo período ditatorial onde se consagrou o totalitarismo e com ele, a supressão de direitos constitucionais do cidadão<sup>38</sup>, elenca, em seu art. 5º<sup>39</sup> direitos e garantias fundamentais, com o escopo de criar uma sociedade mais igualitária<sup>40</sup> e usufrutuária de garantias fundamentais que respeitem a dignidade da pessoa humana<sup>41</sup>.

As diversas garantias constitucionais, embora tenham operacionalidade em si e isoladamente, ganham força quando atuam de forma coordenada e

<sup>35</sup> Ibidem p. 401

<sup>36</sup> Carnelutti, Francesco. **Lições sobre o Processo Penal**. Campinas: Bookseller, 2004, p. 273

<sup>37</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 14ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 628

<sup>38</sup> JORGE, Estêvão Luís Lemos. **O contraditório no inquérito policial à luz dos princípios constitucionais**. São Paulo: Millennium Editora, 2015, p. 13

<sup>39</sup> Art. 5 da **Constituição Federal de 1988**. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

<sup>40</sup> Art. 5º da **Constituição Federal de 1988**: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”;

<sup>41</sup> As garantias processuais referidas não se restringem aquelas contidas na Carta Magna, mas estão previstas em Tratados Internacionais, ratificados pelo Brasil, que possuem status de Emendas Constitucionais, conforme preceitua o §3º, do art. 5º, da CF (acrescido com a EC nº 45) como A Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica, entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 678, de 6.11.1992. Ver art. 8º do referido Tratado.

integradamente, constituindo um sistema ou um modelo de garantias processuais<sup>42</sup>.

Desses direitos e garantias, extrai-se princípios que podem ser definidos, segundo Renato Marcão<sup>43</sup>, como postulados fundamentais, expressos ou implícitos, que integram o sistema jurídico e se prestam a ressaltar valores de categoria superior, de modo a orientar e delimitar a criação, interpretação e aplicação das regras jurídicas.

Os princípios, por sua vez, refletem no direito, tanto material quanto processual, servindo de norte para a criação e interpretação de normas jurídicas. Haja vista a superioridade hierárquica das normas constitucionais, em caso de confronto, prevalecem sobre as normas infraconstitucionais e as afastam, no caso concreto. Os princípios incidem sobre todas as situações fáticas e jurídicas possíveis, diferentemente das normas, que se subsomem a determinada situação fática que se adequa à hipótese prevista na lei<sup>44</sup>.

A Constituição da República foi pródiga em estabelecer uma série de princípios do processo e, em especial, do processo penal, que são instrumentos à efetivação dos direitos e garantias constitucionais.

Entre os princípios<sup>45</sup> mais importantes que norteiam, não só o processo penal, como o processo judicial e o administrativo, está o Princípio do Contraditório (*audiatur et altera pars*). Ele se consubstancia, segundo Norberto Avena<sup>46</sup>, no direito assegurado às partes de serem cientificadas de todos os atos e fatos havidos no curso do processo, podendo manifestar-se e produzir as provas necessárias antes de ser proferida a decisão jurisdicional.

Historicamente no Brasil, o contraditório não foi disposto nas Constituições de 1824, de 1891 e 1934, vindo a se consolidar na Carta Magna apenas em 1937, no art. 122, §11º, passando pelas Constituições sucessoras até seu texto atual, no Art.

<sup>42</sup>BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 39

<sup>43</sup>MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 64

<sup>44</sup>Nesse sentido, trecho de ementa do STJ: [...] Os princípios constitucionais do Estado de Inocência e da Liberdade Provisória não podem ser elididos por normas infraconstitucionais que estejam em desarmonia com os princípios e garantias individuais fundamentais. Cessada a violência ou a coação ilegal merçê da concessão de liberdade ao paciente esvazia-se o objeto da impetração. Ordem de Habeas Corpus julgado prejudicado. HC nº 17264 SP 2001/0078872-4 Sexta Turma STJ – Rel. Ministro Paulo Medina (STJ - HC: 17264 SP 2001/0078872-4, Relator: Ministro PAULO MEDINA, Data de Julgamento: 19/02/2004, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: -->DJe 16/02/2009)

<sup>45</sup>Para Bonavides “os princípios são a alma e o fundamento de outras normas. Uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 231

<sup>46</sup>AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal esquematizado**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2015, p. 36

5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988 que assim refere<sup>47</sup>:

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

Tourinho filho<sup>48</sup> oferece a sua conceituação do princípio:

Traduz a ideia de que a Defesa tem o direito de se pronunciar sobre tudo quanto for produzido em juízo pela parte contrária. Já se disse: a todo ato produzido por uma das partes caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de dar uma interpretação jurídica diversa daquela apresentada pela parte *ex adversa*.

Dazem<sup>49</sup> reconhece dois elementos essenciais contidos neste princípio: necessidade de informação e possibilidade de reação. Há parcela da doutrina que inclui esse conceito para inserir como seu integrante também a paridade de armas.

Corroborando essa esteira de pensamento, Feitoza destaca princípios derivados do Princípio do Contraditório:

Como corolários, temos os princípios da isonomia processual (a parte contrária deve ser ouvida em igualdade de condições), da igualdade processual (igualdade de direitos entre as partes acusadora e acusada) e da liberdade processual (faculdade que tem o acusado de nomear advogado de sua preferência, de apresentar provas etc.).

Nucci<sup>50</sup> explica que o significado do contraditório é que toda a alegação fática ou apresentação de prova, feita no processo por uma das partes, tem a outra, adversária, o direito de se manifestar, havendo um perfeito equilíbrio na relação estabelecida pela pretensão punitiva do Estado em confronto com o direito à liberdade e à manutenção do estado de inocência do acusado (art. 5º, LV, CF).

Destarte, o direito ao contraditório é basilar no processo penal brasileiro, pois ele é responsável por criar essa sistemática que caracteriza nosso processo penal além de permitir que outros direitos e garantias sejam efetivados.

Reflexo prático desse princípio, por exemplo, é a regra de que o processo não

<sup>47</sup>VALLE, Vinícios Batista do. **A devida Fase Investigativa Constitucional e Convencional**. Rio de Janeiro: Lumen, 2018, p. 180-181

<sup>48</sup>TOURINHO FILHO, Fernando Da Costa. **Manual de Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 65

<sup>49</sup>DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 5ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. Thomson Reuters Brasil. 2019, p. 117-118

<sup>50</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 86

poderá ser iniciado sem a efetiva intimação do acusado, ou seja, sem que antes se verifique que ele tenha pleno conhecimento das imputações que lhe são feitas. Caso, após esgotadas todas as tentativas disponíveis, o denunciado ainda não seja localizado, decorrerá a suspensão do processo até que a situação mude<sup>51</sup>. Ademais, caso a ação penal inicie sem que ele tenha sido devidamente citado, ensejará a nulidade do processo<sup>52</sup>.

Nota-se que o contraditório está situado no mesmo artigo que outro princípio fundamental, o da ampla defesa, o que não ocorreu por descuido do legislador. Em que pese sejam sistematicamente diferentes, esses dois princípios se comunicam, à medida em que o contraditório é um meio para o exercício da ampla defesa<sup>53</sup>.

A ampla defesa pode ser definida como o direito conferido ao acusado de produzir e apresentar provas, através de todos os meios admitidos em direito. Destaca-se o direito à defesa técnica e à paridade de armas (à acusação), essa última sendo considerado novo princípio por parte da doutrina<sup>54</sup>.

Segundo Marcão, esses dois princípios são visceralmente ligados e indissociáveis na medida em que ao exercer o contraditório, o acusado se defende<sup>55</sup>.

A ligação entre essas duas garantias foi bem delineada pelo doutrinador Marco Antônio de Barros<sup>56</sup>:

Primeiramente devemos considerar que ampla defesa somente pode existir se for precedida de integral cumprimento judicial ao princípio do contraditório. A aplicação deste último dogma é que torna possível o exercício pleno da defesa.

Não obstante, a diferença primordial entre eles é que, enquanto a ampla defesa diz respeito a direito assegurado somente ao réu, o direito ao contraditório também é assegurado à acusação – Ministério Público ou querelante -, pois,

<sup>51</sup> Art. 366 do **Código de Processo Penal**. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

<sup>52</sup> Art. 564. **Código de Processo Penal**. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa;

<sup>53</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 1ª ed. 2ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010, p. 133

<sup>54</sup> “É o princípio da par conditio ou da equalituofarms. Os direitos e poderes que se conferem à Acusação não podem ser negados à Defesa, e vice e versa”. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 61)

<sup>55</sup> MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 76

<sup>56</sup> BARROS, Marco Antônio de. **Processo Penal: da investigação até a sentença**. 5ª ed. Curitiba: Juruá, 2019, p. 53

conforme a lei, tal princípio se direciona a todos os litigantes.

Estevão Luis Lemos Jorge<sup>57</sup> aduz que juntos, o contraditório e a ampla defesa são as pedras fundamentais de todo processo, buscando atingir o interesse público com a realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção.

Outrossim, ambos são corolários do Princípio do Devido Processo Legal – *dueprocessoflaw* -, previsto no art. 5º, inciso LIV, da CF, o qual consiste na garantia de alguém somente poder ser privado de sua liberdade ou de seus bens, por meio de um processo desenvolvido na forma estabelecida pela lei.<sup>58</sup> Assim, para que um julgamento seja legitimado pelo ordenamento pátrio, é necessário que se obedeça rigidamente aos comandos da lei, além de observar todas as garantias previstas na Constituição Federal.

Assim, defesa e acusação terão condições iguais de produzir e apresentar suas provas, assim como de sustentar suas razões, e o direito de vê-las seriamente apreciadas e valoradas pelo órgão jurisdicional<sup>59</sup>. Ainda, deverão ser notificadas de tudo o que ocorre no processo e poderão manifestar-se antes de qualquer decisão judiciária ser tomada.

O juiz, dessa maneira, coloca-se, na atividade que lhe incumbe o Estado-Juiz, equidistantes das partes, só podendo dizer que o direito preexistente foi devidamente aplicado ao caso concreto se, ouvida uma parte, a outra possibilitar-se manifestar-se em seguida.<sup>60</sup> Dessa forma, poderão se manifestar e apontar suas insurgências. As partes detêm as mesmas condições e posições, no plano processual, estando em paridade de situação, até o momento da decisão.

Contudo, essa igualdade a que nos referimos, inclusive assegurada pela Constituição Federal, não significa que os agentes vão, de fato, ter *status* isonômicos ao longo da persecução criminal. Badaró<sup>61</sup> defende que o contraditório

<sup>57</sup> JORGE, Estêvão Luís Lemos. **O contraditório no inquérito policial à luz dos princípios constitucionais**. São Paulo: Millennium Editora, 2015, p. 30

<sup>58</sup> FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2010, p. 144

<sup>59</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 26ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 65

<sup>60</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 26ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 64

<sup>61</sup> Badaró explica: no processo penal deve ser buscada uma igualdade substancial. É insuficiente proclamar que todos são iguais. É preciso criar mecanismos para reequilibrar os pratos da balança e, efetivamente, tratar desigualmente os desiguais para que se atinja a verdadeira igualdade. É de reconhecer que há uma desigualdade inicial na persecução penal. A defesa se coloca em uma posição de desvantagem na fase de investigação, que se inclui no direito à investigação das fontes das provas. A investigação da acusação é realizada por órgãos estatais, estruturados para tanto. Por

deixou de ser uma mera possibilidade de participação de desiguais, passando a se estimular a participação dos sujeitos em condições de desigualdade. Subjetivamente, porque a missão de igualar os desiguais é atribuída ao juiz e, assim, o contraditório não só permite a atuação das partes, como impõe a participação do julgador<sup>62</sup>. Assim, esse deve atuar para possibilitar a isonomia das partes na realidade processual.

Andrade<sup>63</sup>, argumenta que o princípio do contraditório, portanto, experimentou uma variação em seu significado ao longo da história do processo. Em sua definição clássica ele era encarado como um dever do juiz de informar, anteriormente ao julgamento da causa, o réu sobre a existência de uma acusação, a fim de que pudesse rebater as afirmações nela expostas. Atualmente, passou a ser definido como um dever judicial de informar as partes sobre a existência de questões que possam ser prejudiciais, tanto aos interesses do acusado, como aos interesses do próprio acusador, para que esse mesmo juiz possa se pronunciar.

É fácil perceber o que os autores argumentam. Antes de iniciado o processo, na fase pré-processual ou fase investigativa, a qual trataremos adiante, há uma disparidade entre o Estado (sujeito ativo), representado pelos seus membros - Polícia Judiciária e Ministério Público – e o Indivíduo (sujeito passivo), que ainda não assumiu a posição de réu, mas de mero investigado ou indiciado.

É claro que o Estado tem todas as condições, inclusive asseguradas pela lei, de produzir provas, como perícias, inspeções, busca e apreensão, bem como ouvir testemunhas, ao passo que o sujeito sobre o qual recaí indícios de autoria, às vezes sequer, sequer tem conhecimento da investigação, ou se tem, não tem direito ao contraditório ou acesso a todos os seus elementos, não podendo defender-se adequadamente até que uma acusação formal lhe seja imposta.

Destarte, percebemos a relevância de submeter as provas produzidas ao contraditório, pois somente dessa forma se gerará igualdade entre as partes para que a decisão tomada respeite o devido processo legal e seja justa, não prevalecendo a nenhuma das partes.

---

outro lado, a defesa deve desenvolver a investigação com as próprias forças, além de inexistir, entre nós, uma disciplina legal que regulamente a investigação defensiva. O problema se mostra ainda mais sensível ao se considerar que a imensa maioria dos acusados e investigados no processo penal é pobre e não tem condições de desenvolver qualquer atividade investigativa (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 61-62).

<sup>62</sup>BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 56

<sup>63</sup>ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 1ª ed. 2ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010, p. 130

## 2.5 A RELAÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA PROVA

Carnelutti<sup>64</sup> prelecionou ser necessário o “choque de uma pedra contra a outra, a fim de que salte a centelha da verdade”. Assim, para que haja a efetiva observância do princípio do contraditório, não basta que às partes seja oportunizada a apresentação de provas nos autos, mas que a versão do fato que elas defendam, seja confrontada com a versão oposta, abrindo-se um diálogo e a possibilidade de invalidar aquela prova.

O sistema processual penal, ao contrário do civil, que versa direitos em sua maioria disponíveis, exige a efetiva contrariedade à acusação, como forma de atingir os escopos jurisdicionais, tarefa que só é possível com a absoluta paridade de armas conferidas às partes.<sup>65</sup>

Não obstante, para a caracterização do princípio do contraditório e sua averiguação no processo penal, não é fundamental que uma das partes, de fato, contrarie, propriamente dizendo, o que a outra diga: ela pode abster-se, manter o silêncio ou até mesmo concordar, o que dependerá da estratégia adotada. Contudo, desde que tenha ciência e escolha, voluntariamente, a sua reação, o princípio estará sendo respeitado. É imprescindível, no entanto, oferecer-lhe a oportunidade para que sempre se manifeste sobre os atos processuais.

Badaró<sup>66</sup> ressalva, entretanto, a necessidade de estimular e buscar a realização da reação para que a estrutura dialética do processo se aperfeiçoe por meio de tese e antítese com conteúdo e intensidades equivalentes.

Ainda, diz que há de se verificar que a aplicação do contraditório no processo, criando esse embate entre as provas, é capaz de instigar ao aparecimento da verdade que se busca durante a produção probatória. As opiniões contrapostas dos litigantes ampliam os limites do conhecimento do juiz sobre os fatos relevantes para a decisão e diminuem a possibilidade de erros.

As provas servem a corroborar uma tese, uma afirmação de uma das partes, que desejam que aquela seja admitida como verdadeira pelo julgador. Contudo, as provas só podem ser tidas como verdades após a sua submissão ao contraditório,

<sup>64</sup>BARROS, Marco Antônio de. **Processo Penal: da investigação até a sentença**. 5ª ed. Curitiba: Juruá, 2019, p. 52

<sup>65</sup>CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 26ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 79

<sup>66</sup>BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 57

no qual uma tese e a tese contrária, apresentada pela outra parte, serão sobrepostas, consideradas e ponderadas. A versão que restar ratificada pelas provas dos autos será admitida como verdade pelo prolator da decisão final e irá determinar o curso que o processo tomará.

Controvérsia na doutrina gira em torno da aplicação ou não do princípio do contraditório às questões de direito. Para Badaró, a exigência do contraditório prévio à decisão não significa que o juiz não possa dar aos fatos narrados pela parte outra definição jurídica ou decidir diversamente uma questão de direito.<sup>67</sup>

Nucci, por outro lado, entende que, apenas excepcionalmente, o contraditório deve ser exercitado quando houver alegação de direito. Nesse caso, deve-se verificar se a questão invocada pode colocar fim à demanda. O autor exemplifica sua tese sustentando que a alegação de *abolitio criminis*, que deve provocar a oitiva da parte contrária, pois o processo pode findar em função da extinção da punibilidade. No mais, se uma parte invoca questão de direito, não há necessidade de ouvir a parte contrária, bastando que o juiz aplique a lei ao caso concreto<sup>68</sup>.

Concordamos com parte da doutrina que aceita a incidência do contraditório em matérias jurídicas, porquanto a interpretação que se faça dos fatos também faz parte da discussão central do processo.

De qualquer forma, a existência da prova presume a incidência do contraditório o que, regra geral, somente ocorre após a instauração do processo judicial, perante o magistrado, com a participação da acusação e defesa. Em alguns casos, a prova é produzida na fase pré-processual, antes de ser oportunizado o diálogo entre os litigantes. Nesses casos, se exigirá o contraditório diferido para que receba a qualificação de prova. Assim, o contraditório deve sempre se fazer presente para que a prova seja válida e apta a ensejar uma condenação.

O ordenamento jurídico brasileiro concede ao juiz o poder de tomar a sua decisão através de uma livre apreciação das provas que o conduzirão a formar uma convicção acerca dos fatos que lhe foram expostos. Contudo, condiciona-se à validade de tal decisão, que ela seja baseada na apreciação das provas que tiverem sido produzidas no curso da ação penal, sob o crivo do contraditório (art. 155, Código Penal), de forma a assim assegurar todas as garantias legais do devido

<sup>67</sup>BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 58

<sup>68</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 86

processo legal, como a ampla defesa e o próprio princípio do contraditório estampados na Constituição Federal.<sup>69</sup>

Em sentido estrito, outrossim, prova é somente aquela que resulta de procedimento contraditório e que é produzida perante o juiz.<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> BARROS, Marco Antônio de. **Processo Penal: da investigação até a sentença**. 5ª ed. Curitiba: Juruá, 2019, p. 332

<sup>70</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 14ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 628

### 3 A FASE INVESTIGATÓRIA: O INQUÉRITO POLICIAL

#### 3.1 CONCEITO DE INQUÉRITO POLICIAL

A persecução penal<sup>71</sup> (*persecutio criminis*) é composta por duas fases distintas, as quais, a princípio, são independentes, mas que, por diversos fatores acabam sendo interligadas e dependentes. Uma é a fase processual<sup>72</sup> ou de instrução criminal onde haverá a produção probatória e a contraposição entre defesa e acusação e que culmina com a aplicação da pena ou medida de segurança, em lei estabelecida ao infrator perseguido e tido como culpado, ou com a absolvição do inocente<sup>73</sup>.

Ela pode ser – e na maioria das vezes é – precedida pela fase investigatória ou pré-processual a qual não terá partes, mas será dirigida, no caso do Inquérito Policial, pela Polícia Judiciária<sup>74</sup>, que realizará diligências para apurar a elucidação dos fatos que chegarão ao conhecimento do órgão público e que, a princípio, se enquadram como infrações penais e que desencadeiam o *ius puniendi*<sup>75</sup>.

A denominação *Inquérito Policial* surgiu, no Brasil, com a edição da Lei nº 2033, de 20 de setembro de 1871, regulamentada pelo Decreto Lei nº 4.824, de 28 de novembro de 1871, encontrando-se no artigo 42 daquela Lei a seguinte definição: O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e

<sup>71</sup> A persecução penal consubstanciada numa atuação de agentes estatais destinada à verificação da existência material da infração penal e da culpabilidade de seu autor, para conseqüente aplicação das normas de Direito Penal material ao caso concreto. (TUCCI, Rogério Lauri. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 29)

<sup>72</sup> O exercício da jurisdição penal dá-se por meio do processo judiciário, instrumento técnico, ético, público e político de sua realização, cuja meta é a pronúncia de julgamento da causa submetida à apreciação do sujeito imparcial (juiz ou tribunal) que o dirige. TUCCI, Rogério Lauri. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 31

<sup>73</sup> TUCCI, Rogério Lauri. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 30

<sup>74</sup> Órgão que tem o dever de auxiliar o Poder Judiciário, cumprindo as ordens judiciárias relativas à execução de mandado de prisão ou mandado de busca e apreensão, à condução de presos para oitiva pelo juiz, à condução coercitiva de testemunha etc. (BRITTO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 173)

<sup>75</sup> Se traduz no poder-dever de punir do Estado como decorrência da prática de fato tido como penalmente relevante, isto é, típico, antijurídico e culpável. (TUCCI, Rogério Lauri. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 25)

cúmplices, devendo ser resumido a instrumento escrito<sup>76</sup>.

Contudo, nosso Código de Processo Penal em vigor não mais fornece uma definição clara e expressa de Inquérito Policial<sup>77</sup>, tampouco do que venha a ser seu objeto, de modo que devemos cotejar os artigos 4<sup>o</sup><sup>78</sup>, 6<sup>o</sup> e 12<sup>o</sup>, do CPP, de modo que, simplificadamente, é a atividade desenvolvida pela Polícia Judiciária com a finalidade de averiguar o delito e sua autoria<sup>79</sup>

Percebe-se, então, que o modelo de Inquérito Policial tem perdurado, do século XIX, até os dias atuais, sustentando as mesmas características e finalidades, não havendo inovações, em que pese a reforma do Código de Processo Penal de 2008 e o advento da Constituição da República, em 1988, a qual inovou na história do país ao prever direitos e garantias fundamentais a todos, inclusive aos investigados, acusados e apenados, além da assinatura e ratificação, pelo país, de Tratados de Direitos Humanos, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Outrossim, o art. 144, da Constituição Federal trata sobre a segurança pública, a qual é, além de um dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, justificando seu exercício na “preservação da ordem pública<sup>80</sup> e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”. Em seguida, indica a partir de quais órgãos a segurança pública será efetivada: polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis e polícias militares e corpos de bombeiros militares.

A *polícia* se divide em **polícia de segurança** - que exerce atividade preventiva, bem como atividade de repressão imediata ao delito, no caso das polícias militares - e **polícia judiciária**, também chamada repressiva, que exerce atividade de investigação do delito, o que fica a cargo da Polícia Civil dos Estados e da Polícia Federal da União. As duas últimas são órgãos da Administração Pública, não integrando o Poder Judiciário, em que pese a denominação, a qual designa apenas a finalidade de sua atividade, que se destinará a possibilitar a instauração do

<sup>76</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 15<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 205

<sup>78</sup> Art. 4<sup>o</sup> A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

<sup>79</sup>LOPES JR, Aury Celso Lima; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva JUR, 2014, p. 89

<sup>80</sup> A ordem pública interna é o inverso da desordem, do caos, da desarmonia social, porque visa preservar a incolumidade da pessoa e do patrimônio. (BULOS, UadiLammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1280).

processo penal perante o Poder Judiciário<sup>81</sup>.

O Inquérito Policial<sup>82</sup> pode ser definido, assim, como um conjunto de atos praticado pela função executiva do Estado com o escopo de apurar a autoria e a materialidade (nos crimes que deixam vestígios – *delicta facti permanentis*) de uma infração penal, dando ao Ministério Público elementos necessários que viabilizem a ação penal<sup>83</sup>.

Valle<sup>84</sup> o define como:

Um instrumento escrito e oficial do Estado para o cumprimento de suas funções no sistema criminal (investigar, acusar e julgar) cuja finalidade é reunir, ao máximo, elementos informativos e/ou provas para que os atores da persecução penal possam desempenhar seus respectivos papéis e tomada de decisões.

Ademais, o art. 12, do Código de Processo Penal, ao dispor que o Inquérito Policial acompanhará a denúncia ou a queixa, sempre que servir de base a uma ou outra, permite aferir que o conteúdo do Inquérito justificará a denúncia pelo Ministério Público<sup>85</sup> ou a queixa pelo querelante. A partir da interpretação do conteúdo reunido que se chegará a uma conclusão sobre se há ou não indícios suficientes da existência do fato, de sua autoria, bem como do enquadramento jurídico dos fatos ao sistema jurídico.

Podemos fazer a analogia do Inquérito Policial com um filtro, pois a investigação preliminar não só deve excluir as provas inúteis, filtrando e deixando em evidência aqueles elementos de convicção que interessem ao julgamento da

<sup>81</sup>BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 121

<sup>82</sup> O modelo atual está em crise e não cumpre satisfatoriamente com sua função. Desagrada à defesa, por seu marcado caráter inquisitivo e a prepotência policial; aos juízes, porque o material proporcionado é imprestável (tanto sob o ponto de vista de valor probatório como, também, de fonte de informação); e, por fim, também desagrada ao destinatário final – Ministério Público -, pois a demora, as deficiências e o descompasso, entre o que realiza a polícia e o que necessita o promotor, acabam por prejudicar seriamente a atividade probatória. (LOPES JR, Aury Celso Lima; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva JUR, 2014, p. 243)

<sup>83</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 71

<sup>84</sup> VALLE, Vinícios Batista do. **A devida Fase Investigativa Constitucional e Convencional**. Rio de Janeiro: Lumen, 2018, p.64

<sup>85</sup> Como é titular exclusivo da ação penal pública condicionada e incondicionada ao Ministério Público foi outorgado poderes, dentre eles o de expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los (art. 129, VI); exercer o controle externo da atividade policial (129, VII); e, também, o de requerer diligências investigatórias e a instauração do inquérito policial 129 VIII (LOPES JR, Aury Celso Lima; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva JUR, 2014, p. 244)

causa e cuja produção as partes devem solicitar no processo, como também deve servir de filtro processual, evitando que as acusações infundadas prosperem<sup>86</sup>.

Assim, pode-se perceber uma função garantidora<sup>87</sup> do Inquérito Policial, pois, ao buscar o esclarecimento de fatos, busca-se, conseqüentemente, evitar “a instauração de uma persecução penal infundada por parte do Ministério Público”<sup>88</sup>.

Nucci enfatiza que o simples ajuizamento da ação penal contra alguém provoca um fardo à pessoa de bem, não podendo, pois, ser ato leviano, desprovido de provas e sem um exame pré-constituído de legalidade.<sup>89</sup> Por tal razão, a grande maioria das ações penais são antecedidas de Inquéritos Policiais (ou extrapoliciais) a fim de se evitar a violação ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

O Inquérito Policial não serve para apurar a culpa, mas sim um fato da vida que tem aparente tipificação penal<sup>90</sup>. Dessa forma, a investigação preliminar serve para uma tutela mediata, cujo objetivo não é fazer justiça, mas garantir o eficaz funcionamento da Justiça.<sup>91</sup>

Presta-se o inquérito, também, à coleta de provas ou indícios que autorizem eventual imposição, pelo juiz, de medidas cautelares reais (sequestro de bens, hipoteca legal e arresto) ou pessoais (prisão temporária, prisão preventiva ou medidas cautelares restritivas)<sup>92</sup>.

Nucci bem acrescenta à função do Inquérito Policial a de colher provas urgentes e que podem desaparecer depois do cometimento do crime<sup>93</sup>. Abordaremos sobre essa última função mais à frente no presente trabalho.

<sup>86</sup>LOPES JR, Aury Celso Lima; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva JUR, 2014, p. 122

<sup>87</sup>Bem como ressalta Guilherme de Souza Nucci: Em nome da dignidade da pessoa humana, busca-se um Estado Democrático de Direito em todas as áreas, mormente em direito penal e processual penal, motivo pelo qual não se pode investir contra o indivíduo, investigando sua vida privada, garantida naturalmente pelo direito constitucional à intimidade, bem como agindo em juízo contra alguém sem um mínimo razoável de provas, de modo à instruir e sustentar tanto a materialidade (prova da existência da infração penal) como os indícios suficientes de autoria (prova razoável de que o autor do crime ou da contravenção penal” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 203)

<sup>88</sup>RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen, 2007, p. 67

<sup>89</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 206

<sup>90</sup>RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen, 2007, p. 67

<sup>91</sup>LOPES JR, Aury Celso Lima; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva JUR, 2014, pg. 98

<sup>92</sup>MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 125

<sup>93</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 205

Então, podemos concluir que, das funções de averiguar e comprovar a possível ocorrência de um fato delituoso, justificar o processo ou o não processo, e proporcionar uma resposta imediata ao delito cometido, extraímos os três pilares básicos da investigação preliminar: busca do fato oculto, função simbólica e evitar acusações infundadas<sup>94</sup>.

## 3.2 NATUREZA JURÍDICA

### 3.2.1 Procedimento administrativo

Majoritária doutrina defende não se tratar de processo, mas sim de procedimento<sup>95</sup> de índole meramente administrativa, de caráter informativo, preparatório da ação penal<sup>96</sup>, sendo destinado imediatamente ao Ministério Público, titular privativo da ação penal pública, ou ao ofendido, nos casos de ação penal privada<sup>97</sup>.

Nestor Távora<sup>98</sup>ressalta para a prescindibilidade do inquérito ou a não essencialidade ao real e regular prosseguimento da ação penal, porquanto não é fase obrigatória da persecução penal, podendo ser dispensado caso o Ministério Público ou o ofendido já disponham de suficientes elementos para a propositura da ação penal.<sup>99</sup>Há casos também em que não há necessidade de investigação da ocorrência do crime e de sua autoria (por exemplo, um crime contra a honra

<sup>94</sup>LOPES JR, Aury Celso Lima; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva JUR, 2014, p. 100

<sup>95</sup> Pode-se assim distinguir ambos os institutos, pois, enquanto o processo revela uma relação jurídica instrumental segundo um conjunto de atos praticados em sequência lógica e direcionados a um fim comum, o procedimento indica a forma e o ritmo do desenvolvimento dessa relação, da prática desses atos – é o conjunto dos atos praticados dentro daquela relação jurídica. O processo é a sequência de atos a serem desencadeados no tempo e em ordem sequencial, a partir de um fato previsto em lei e buscando a composição de um litígio, fazendo surgir verdadeira relação jurídica de natureza processual; já a dinâmica destes atos, o modo em que serão efetivamente realizados, é o procedimento, a modalidade ritual de cada processo. (JORGE, Estêvão Luís Lemos. **O contraditório no inquérito policial à luz dos princípios constitucionais**. São Paulo: Millennium Editora, 2015, p. 39)

<sup>96</sup>VALLE, Vinícios Batista do. **A devida Fase Investigativa Constitucional e Convencional**. Rio de Janeiro: Lumen, 2018, p. 65

<sup>97</sup>POLASTRI, Marcellus. **Ministério Público e Persecução Criminal**. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 103

<sup>98</sup>TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 14ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 160

<sup>99</sup>CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 26ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 125

cometido pela imprensa, em uma matéria assinada)<sup>100</sup>.

Também, cumpre mencionar que, não sendo o Inquérito Policial (IP) ato de manifestação do Poder Judiciário, mas mero procedimento informativo destinado à formação da *opinio delicti* do titular da ação penal, os vícios por acaso existentes nessa fase não acarretam nulidades processuais, isto é, não atingem a fase seguinte da persecução penal: a da ação penal<sup>101</sup>.

### 3.2.2 Procedimento Inquisitivo

Caracteriza-se o Inquérito Policial como inquisitivo<sup>102</sup>, o que significa que suas atividades persecutórias se concentram nas mãos de uma única autoridade – Polícia Judiciária - a qual, por isso, prescinde, para a sua atuação, da provocação de quem quer que seja, podendo e devendo agir de ofício, empreendendo, com discricionariedade, as atividades necessárias ao esclarecimento do crime e da sua autoria.

Essa característica traz correlação com os tempos da Inquisição e as suas nefastas circunstâncias, onde se instalavam Tribunais da Inquisição e, sem quaisquer garantias, os acusados eram condenados a penas cruéis sem direito a recurso. Era comum o uso da tortura, em especial nos interrogatórios, o que levava à confissão e em consequência uma condenação<sup>103</sup>.

Outra característica do Inquérito Policial é o fato de ele ser sigiloso<sup>104</sup>. O livre acesso à atividade persecutória inicial do Estado, por parte do autor da infração penal, com possibilidade de conhecer as diligências em curso e as que se projetam, levaria, simplesmente, à não elucidação da infração penal com inegável prejuízo ao Direito Penal objetivo<sup>105</sup>. Contudo, esse sigilo não é absoluto e comporta exceções, as quais abordaremos no tópico seguinte.

## 3.3 ELEMENTOS INFORMATIVOS

<sup>100</sup>BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 121

<sup>101</sup>Idem. p. 124

<sup>102</sup>CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 26ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 121

<sup>103</sup>JORGE, Estêvão Luís Lemos. **O contraditório no inquérito policial à luz dos princípios constitucionais**. São Paulo: Millennium Editora, 2015, p. 50

<sup>104</sup>Art. 20. DO **Código de Processo Penal**. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

<sup>105</sup>MUCCIO, Hidejalma. **Curso de Processo Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2011. p. 108-109

A fim de evitar confusões, a doutrina denomina *elementos informativos* aqueles colhidos no curso do Inquérito Policial, procedimento de natureza inquisitiva, sem, em princípio, a incidência das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa e que se referem a probabilidades e hipóteses, carecendo de autenticação.<sup>106</sup>

Como vimos, o Inquérito Policial tem natureza administrativa e informativa, além de inquisitiva, o que diverge do sistema processual acusatório<sup>107</sup> adotado pelo nosso ordenamento jurídico, onde a ampla defesa e o contraditório devem ser obrigatoriamente respeitados.

Nessa fase serão recolhidos elementos que proporcionem uma elucidação dos fatos que chegaram ao conhecimento da autoridade policial. Também são denominados *indícios*, pois carecem de verossimilhança, na medida em que não são submetidos à validação, como ocorre com as provas que são submetidas a contraposição da parte contrária. Então, basicamente, se estará procurando indícios de materialidade e autoria que recaiam sobre uma determinada pessoa.

Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner<sup>108</sup> explicam:

A limitação da eficácia dos atos de investigação está justificada pela forma mediante a qual são praticados, pois a maior parte dos sistemas processuais mantém na investigação preliminar os rasgos do sistema inquisitório, representados pelo sigilo, forma escrita ou ausência ou excessiva limitação do contraditório. (...) da mesma forma, a igualdade nem sequer é um ideal pretendido, muito pelo contrário, de todas as formas se busca acentuar a vantagem do acusador público.

<sup>106</sup>TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 14ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 628

<sup>107</sup> Norberto Avena ensina: no direito comparado, são encontradas três espécies de sistemas processuais: a) acusatório: próprio dos regimes democráticos, caracteriza-se pela distinção absoluta entre as funções de acusar, defender e julgar, que deverão ficar a cargo de pessoas distintas. Chama-se “acusatório” porque, à luz deste sistema ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma acusação, por meio da qual o fato imputado seja narrado com todas as suas circunstâncias. Asseguram-se ao acusado o contraditório e a ampla defesa (...) b) sistema inquisitivo: típico de sistemas ditatoriais, contempla um processo judicial em que podem estar reunidas na pessoa do juiz as funções de acusar, defender e julgar. O acusado, praticamente, não possui garantias no decorrer do processo criminal o que dá margem a excessos processuais; c) sistema misto: sistema intermediário entre os outros dois sistemas explanos, porque ao mesmo tempo em que há a observância de garantias constitucionais, como a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório, mantém ele alguns resquícios do sistema inquisitivo, a exemplo da faculdade que assiste ao juiz quanto à produção probatória ex officio e das restrições à publicidade do processo que podem ser impostas em determinadas hipóteses. (AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal esquematizado**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2015)

<sup>108</sup>LOPES JR, Aury Celso Lima; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva JUR, 2014, p. 207

Assim, pontua Nestor Távora<sup>109</sup> que os dados colhidos nessa fase têm valor probatório relativo, pois carecem de confirmação por provas, colhidas sobre a égide do contraditório e da ampla defesa, dado que o inquérito objetiva, tão somente, angariar subsídios para contribuir na formação da opinião delitiva do titular da ação penal.

O artigo 6º<sup>110</sup>, do Código de Processo Penal, prevê quais as atividades que a Polícia Judiciária deverá cumprir logo que tomar conhecimento da prática da infração penal, como dirigir-se ao local dos fatos e tomar providências a fim de conservá-lo, permitindo o trabalho dos peritos; apreensão de todos os objetos que forem relacionados ao crime; colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato, além de ouvir o ofendido e o indiciado. Por sua vez, o art. 7º, do CPP, prevê também a possibilidade de se proceder à reprodução simulada dos fatos.

Veja-se que, a maioria das ações elencadas se referem a ações urgentes a fim de preservar provas que, caso contrário, desapareceriam. O inciso III, do art. 6º, do CPP, se refere aos elementos como *provas*, mas deixa claro que elas não servem ao descobrimento da verdade, mas a esclarecimentos que carecem de embasamentos para que na fase judicial lhe sejam concedidos o valor de prova, pois como visto no capítulo anterior, a prova é aquilo que induz ao convencimento do juiz

<sup>109</sup>TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 14ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 158

<sup>110</sup> Art. 6. **Código de Processo Penal** - Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I – se possível e conveniente, dirigir-se ao local, providenciando para que se não alterem o estado e conservação das coisas, enquanto necessário

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994)

II – apreender os instrumentos e todos os objetos que tiverem relação com o fato;

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994)

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV - ouvir o ofendido;

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

e que determina o resultado de uma lide processual penal.

O art. 12, do Código de Processo Penal, ao declarar que o Inquérito Policial acompanhará a denúncia ou a queixa quando servir de base a uma ou a outra, está demonstrando que a intenção do legislador era justamente não atribuir valor probatório aos elementos informativos, mas tão somente permitir que o Juízo decida pela aceitação ou não da denúncia.

Além disso, na investigação também serão colhidas provas propriamente ditas e que integrarão a instrução probatória, pois imprescindíveis à busca da verdade provável e do convencimento do julgador. São exceções aos elementos de informações. Como exemplo, temos as provas cautelares, provas não repetíveis e a produção antecipada de provas, as quais serão abordadas no capítulo subsequente.

Por fim, durante o Inquérito Policial, medidas cautelares podem ser deferidas em desfavor do indiciado, sendo que os elementos informativos ou indícios fundamentarão tais medidas, como a busca e apreensão e a decretação de prisões ou medidas cautelares (preventiva e temporária).

### 3.4 AS DIFERENÇAS ENTRE ELEMENTOS INFORMATIVOS E PROVA

Vimos que há duas grandes fases da persecução penal: a fase investigatória, onde a polícia irá colher elementos informativos, permitindo o oferecimento de denúncia pelo promotor, além da admissibilidade desta e aceitação pelo Juízo; e a do processo, onde se desenvolverá a instrução probatória, ou seja, onde as provas que serão produzidas, a partir do contraditório e da ampla defesa, antes de serem apresentadas ao juiz, que as atribuirá valor.

Sendo fases distintas, com objetos, sujeitos e funções distintas, o que é produzido em cada uma delas também se distingue. No Inquérito Policial, busca-se angariar o máximo de informações possíveis para o descobrimento das nuances que circundam o fato e, principalmente, de quem foi ou quem foram os responsáveis pela violação das normas penais.

Não se cria um diálogo entre as partes, pois sequer há partes. As informações são colhidas de forma unilateral, sem a participação do suspeito ou de seu defensor, sem um sistema de verificação da autenticidade desses elementos. Assim, uma testemunha, ao ser ouvida na polícia, dará sua versão dos fatos, declarando o que

viu ou o que ouviu, o que acha ou não acha. Tudo isso será registrado pelo escrivão da polícia e será colacionado aos autos.

Ao falar de prova, por sua vez, estamos nos referindo àquilo produzido na fase judicial, presidida por um juiz, dotado de credibilidade e imparcialidade. Utilizando o mesmo exemplo supracitado, agora a testemunha que antes fora simplesmente ouvida, será indagada pela acusação e pela defesa – nesta ordem – de forma que caso se contradiga, será confrontada e sua verão poderá ser contraposta pela parte contrária. O juiz também poderá lhe formular quesitos caso entender pertinente.

Na colheita de elementos informativos, as garantias constitucionais, mormente o contraditório e a ampla defesa, se encontram mitigados, ao passo que na fase judicial, eles encontram seu apogeu o que é suficiente para dotar de credibilidade aquela prova, fazendo chegar o mais perto possível da verdade provável buscada no processo e anteriormente abordada.

É na fase processual que os meros indícios passarão, ou não, a serem denominados provas<sup>111</sup> com base nas quais poderá ser proferida uma condenação. Assim, por exemplo, uma testemunha que tenha prestado declarações no curso do Inquérito e que tenha entregado informações valiosas, deverá ser articulada como testemunha na denúncia para que seja ouvida em juízo, sob o crivo do contraditório, na presença do magistrado e das partes, para que assim produza uma prova.

Então, resumidamente, a diferença entre elemento informativo e prova é a incidência do princípio do contraditório, nessa última, enquanto na outra as provas são produzidas de forma unilateral, favorecendo à acusação e sem dotar de algum exercício que as coloque à prova, sem as testar para que desvendem sua credibilidade.

Assim, entende-se que, ao contrapor uma prova, com as alegações da parte contrária, diante das partes e do magistrado imparcial, a declaração de uma testemunha, por exemplo, poderá ser tomada como verdadeira, e a ela poderá ser

---

<sup>111</sup> Os autores fazem uma crítica ao sistema jurídico: A ausência de uma fase intermediária, como ocorre no modelo italiano e no sistema norte-americano (adjudication), faz com que a polícia tenha de produzir “provas”. O exemplo mais claro disso é o recurso, especialmente em audiência, de confrontação do material probatório produzido no inquérito com o material coligido oralmente na fase jurisdicional. Vê-se, com isso, que o inquérito acaba assumindo – não apenas no imaginário popular, mas no senso comum jurídico – uma função desnaturada de coletor da provas, quando se sabe que deveria, tão somente, recolher indícios suficientes – dada a precariedade ínsita à sua função – para o exercício da ação penal. (LOPES JR, Aury Celso Lima; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva JUR, 2014, p. 99)

concedida credibilidade porque fora submetida ao contraditório.

Na fase de investigação, aos investigados não são asseguradas garantias fundamentais, nem é dada ciência dos atos ou oportunidade de sobre eles manifestarem-se, de modo que não há o devido processo legal, afinal, estamos tratando de um procedimento administrativo, onde se recolhem elementos informativos.

Em outros ordenamentos jurídicos, como o Italiano, se faz uma separação da fase inquisitiva e da fase de julgamento, por entenderem que, caso fossem unidas, aqueles elementos informativos poderiam contaminar, inevitavelmente, o juízo de valor do julgador.

Neste ponto, Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner<sup>112</sup> comentam sobre o sistema jurídico italiano e o elogiam:

Elogiável sem dúvida a técnica adotada pelo sistema italiano, de eliminação dos autos que formarão o processo penal todas as peças da investigação preliminar com exceção do corpo de delito e das antecipadas, produzidas no respectivo incidente probatório. Como explicam Dalia e Farraioli, um dos motivos da clara distinção entre o procedimento *perle indagazioni preliminari* e o processo é exatamente evitar a contaminação do juiz pelos elementos obtidos na fase pré-processual.

Contudo, Andrade<sup>113</sup> se contrapõe a esse entendimento de contaminação judicial por entender que esse distanciamento, praticado no sistema italiano, se explica por problemas que não afetam o juiz brasileiro, quais sejam, aqueles decorrentes de o magistrado cumular as atividades de investigação e julgamento. O autor ainda indaga “há um esforço doutrinário gigantesco para medicar um paciente – o juiz da fase de investigação – que não está enfermo, simplesmente por não padecer do mesmo mal que atinge a outros do direito estrangeiro”.

Assim, deve-se distinguir as provas dos elementos probatórios, em que pese os atos colhidos no Inquérito serem denominados, comumente, prova *latu sensu*, tanto na prática jurídica, quanto pelo próprio legislador, que como exemplo, utilizou o termo *prova* para se referir a elementos informativos, no inciso III, do art. 6º, do Código de Processo Penal, *in verbis*: III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias

<sup>112</sup>LOPES JR, Aury Celso Lima; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva JUR, 2014, p. 208

<sup>113</sup>ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das Garantias**. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2015, p. 84

A diferenciação é importante para o tema da prova no direito processual penal, tanto que o legislador fez questão de apontá-la na redação nova do art. 155, *caput*, do CPP, separando elementos informativos de provas.

Polastri<sup>114</sup>, simplificando o assunto, afirma que prova é aquela colhida no processo sob o crivo do contraditório, sendo aqueles elementos colhidos no inquérito meros atos de investigação de validade limitada.

### 3.5 O CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL

Assunto controverso, mas que, até hoje, majoritária parte da doutrina entende que o princípio do contraditório surge somente na fase processual, haja vista as características e a natureza jurídica do Inquérito Policial, sobretudo seu caráter de procedimento inquisitorial sobre o qual não incide o contraditório.

Contudo, existem doutrinadores que defendem a incidência do contraditório na fase investigatória, sustentando a efetiva participação do investigado nesta fase.

Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci<sup>115</sup> entendem que pela leitura do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que prevê o contraditório aos acusados em geral no âmbito do processo judicial ou administrativo, o contraditório é perfeitamente viável ao longo do inquérito.

Os autores sustentam que a fase investigativa é formalmente considerada processo administrativo, embora o legislador tenha utilizado a expressão procedimento. Esse processo será base preparatória que dará início à ação penal e, além disso, existiria desde já um conflito de interesse, uma lide e partes, onde o princípio do contraditório se tornaria indispensável.

Divergindo desse entendimento, Paulo Rangel<sup>116</sup> aduz que se tratando de procedimento e não processo administrativo, não há que se falar ou aplicar o princípio do contraditório porque, nessa fase inicial em que não há partes processuais nem uma acusação, portanto, não podemos falar aqui em acusado, réu, ou denunciado, apenas há o recolhimento de informações que indiquem a realidade dos fatos.

<sup>114</sup>POLASTRI, Marcellus. **Curso de Processo Penal**. 9ª ed. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2016, p. 421

<sup>115</sup>TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido Processo Legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 27

<sup>116</sup>RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2019

Na mesma esteira, Marcelo Pollastri<sup>117</sup> lecionava que:

Apesar de alguns elementos colhidos na fase investigatória serem de grande importância e até definitivos para o deslinde da controvérsia posta em juízo, como é o caso do exame pericial e de “provas técnicas”, outros elementos investigativos, que não de caráter técnico devem ser repetidos em juízo uma vez que na investigação não existe o contraditório e, assim, as provas ali colhidas não são suficientes para embasar uma decisão condenatória.

O art. 5º, LV, da Constituição Federal fala expressamente em processo judicial ou administrativo ao se referir a obrigatoriedade do contraditório. A expressão processo administrativo não se refere à fase do Inquérito Policial, e sim ao processo instaurado pela Administração Pública para a apuração de ilícitos administrativos ou quando se tratar de procedimentos administrativos fiscais mesmo porque nesses casos haverá a possibilidade de aplicação de uma sanção.

Em face da possibilidade de infligção de uma medida repressiva, é natural deva haver o contraditório e a ampla defesa, porquanto não seria justo a punição de alguém sem o direito de defesa<sup>118</sup>.

Os autores dessa linha de pensamento fundamentam que Inquérito Policial não é processo, mas procedimento, portanto não se enquadraria no art. 5º, LV, da CF, não estando abarcado pelo contraditório. Além disso, não há acusação, pois sequer houve denúncia pelo promotor.

Nessa linha de pensamento, não parece que a Constituição Federal tenha intentado incluir o Inquérito Policial na norma, tendo em vista que, diferente dos outros citados no artigo, nenhuma sanção ou pena poderá ser imposta ao indiciado. Ademais o texto da Lei Maior fala em litigantes e na fase da investigação preparatória não existe.

Não se aplicam o princípio do contraditório e da ampla defesa, pois, se não há acusação, não se fala em defesa. <sup>119</sup>

Segundo Antônio Scarance Fernandes<sup>120</sup>, igualmente, não se fala em

<sup>117</sup>POLASTRI, Marcellus. **Curso de Processo Penal**. 9ª ed. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2016

<sup>118</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p 67

<sup>119</sup> O autor aqui traz uma exceção à regra. Ressalva que no inquérito instaurado pela polícia federal, a pedido do Ministro da Justiça, visando à expulsão de estrangeiro – art. 70 da lei n. 6815/80 o contraditório é obrigatório. (CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 26ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 121)

<sup>120</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 2ª Ed. SP. Revista dos Tribunais. 2000 p. 56-57

contraditório na atividade instrutória, mas sim em qualquer ato processual que possa envolver na formação do espírito do juiz. Ele também se afina ao fundamento de que o Inquérito Policial é procedimento e não processo, portanto, não se adequa ao art. 5º, LV, da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal<sup>121</sup> também entende que não há contraditório no Inquérito Policial:

Ademais, essa fase pré-processual se caracteriza como procedimento investigatório meramente informativo. Mesmo sendo desejável que se oportunize à defesa uma atuação que auxilie os esclarecimentos dos fatos, o Inquérito não se submete ao crivo do contraditório, não sendo garantido, ao Indiciado, portanto, o exercício da ampla defesa

Embora haja divergência de entendimentos, coadunamos ao que entende não ser compatível o princípio do contraditório com a natureza jurídica e a finalidade do Inquérito Policial. Sendo este um procedimento de caráter inquisitivo, unilateral, que é dirigido e se submete ao controle Estatal, não tem sentido haver o contraditório nessa fase, sendo este reservado a fase subsequente da persecução criminal.

Cumprе destacar que, na persecução criminal, existem dois interesses concorrentes: o da sociedade, representada pelo Estado, e a do indiciado/réu, suspeito de ter cometido uma infração penal. Claramente, a que prevalece na fase pré-processual é o interesse do Estado, ou melhor dizendo, o interesse da sociedade, representada pelos órgãos estatais.

Clássico exemplo é a possibilidade de se decretar a busca e apreensão ou a quebra do sigilo telefônico em desfavor do suspeito, sem que sequer haja uma denúncia ou um processo judicial (havendo apenas a decisão judicial que dará legitimidade ao ato que restringirá os direitos do cidadão) e sem a oitiva da defesa. Essas transgressões aos direitos fundamentais dos indivíduos são deferidas pela autoridade judicial, apenas com base em elementos informativos, ou seja, indícios e não provas concretas, podendo, no final, descobrir-se terem sido efetuadas em desfavor de um inocente.

Todavia, a teoria que nega a incidência do contraditório no Inquérito Policial vem sendo flexibilizada, na medida em que sucessivas modificações na legislação têm trazido a defesa técnica para a fase do investigativa, como é o caso da recente

---

<sup>121</sup> STF, Apn 835-DF- Ação Penal- CE- CORTE ESPECIAL - Rel. Min. Napoleão Nunes Mais Filho. 21.02.218

modificação no artigo 7º<sup>122</sup>, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), com a inclusão do parágrafo XXI, que concede aos defensores o direito de assistirem aos investigados quando foram prestar depoimentos na delegacia, além de ter acesso a todos os elementos de investigação já concluídos, facultando-se, inclusive, a apresentação de razões e quesitos.

Contudo, atualmente o que é autorizado para consulta são apenas os documentos já juntados aos autos<sup>123</sup> então as diligências que estão ocorrendo ou que ocorrerão não serão conhecidas pelos advogados, resguardando ao Estado a prevalência acima exposta.

Corroborando esse raciocínio, a Súmula Vinculante nº 14 do Superior Tribunal Federal dispõe:

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. (grifei)

Não obstante, portanto, o sigilo da investigação tenha sofrido mitigações a fim de possibilitar a observância dos direitos fundamentais ao acusado, também durante o Inquérito Policial, essas previsões legais não incluem o contraditório, isto é, não permitem que o contra-argumento dos elementos colhidos, a qual só passará a incidir na fase processual. Nas palavras de Tourinho Filho, “entre essa conduta e o direito ao contraditório há cem léguas de distância”<sup>124</sup>.

A alteração legislativa, contudo, não institui o contraditório no Inquérito Policial ou investigações de qualquer natureza. O que a lei fez, inclusive para adequar o dispositivo à Súmula, foi assegurar, de forma mais ampla, o acesso aos autos de investigação, mas não estabeleceu a necessidade de o advogado ser intimado de todos os atos de investigação e, muito menos, de poder reagir a cada um deles. O contraditório é formado pelo binômio informação e reação, e não tendo a novel legislação assegurado esses dois elementos nas investigações de qualquer

<sup>122</sup> Art. 7º, inciso XXI do Estatuto da OAB: assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016) a) apresentar razões e quesitos; (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)

<sup>123</sup> MIRANDA, Luiz Henrique Nogueira Araújo. O valor Probatório do Inquérito Policial. **De Jure**. Belo Horizonte, v. 15, n. 27, p.247-280, jul-dez 2016, p. 250

<sup>124</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 68

natureza, o Inquérito Policial continua a ser inquisitório<sup>125</sup>.

Porém, recorda-se que ao contraditório também é atribuído o direito de ser informado a respeito da ação estatal sua consequente potencialidade argumentativa defensiva, justamente o que é abarcado pelo Estatuto da OAB e pela Súmula supracitada. Não se exige a efetiva resposta da defesa para caracteriza o princípio, mas sim que o direito esteja ao seu dispor.

Assim, certo é que no curso do Inquérito Policial não existe a figura do acusado ou denunciado, porque ao indiciado não foi formalizada qualquer imputação delituosa. A verdadeira relação processual será instaurada quando a acusação, em posse de seu *fumus comissi delicti*, formalizar uma denúncia contra o sujeito por entender haver indícios suficientes de sua autoria, e essa for recebida pelo Juízo.

A partir de então, haverá a incidência obrigatória do contraditório, assim como da ampla defesa, pois então aí então se estará diante do processo judicial e, portanto, da obrigação de observância do devido processo legal.

Assim, certo é que aquele contraditório que permite a contraposição de provas não existe no Inquérito Policial. Todavia, além das funções já explanadas de colher elementos informativos que ajudarão na elucidação dos fatos e na apuração da autoria, durante o inquérito alguns atos necessários a preservação de provas e algumas ações imprescindíveis e que não podem ser adiadas serão realizados. É o caso de perícias, do auto de exame de corpo de delito e de recolhimento de materiais.

Além disso, em situações extremas, medidas que restringem direitos dos indiciados serão realizadas, quando forem imprescindíveis a elucidação dos fatos, culminando, inclusive, em certos casos, nas decretações de prisões preventivas ou temporárias.

No primeiro caso, as perícias realizadas serão provas na fase processual e servirão para embasar a condenação. Nos casos de medidas invasivas, elas precisam ser legitimadas, ou seja, precisam respeitar o devido processo legal para não serem ilegais. Assim, a doutrina diz que há, nessa gama de casos, a incidência do princípio do contraditório, porém ele é postergado ou diferido, ou seja, adiado para momento posterior ao da realização do ato ou de colheita da prova.

Valle<sup>126</sup> diz que o contraditório diferido (ou postergado) tem matriz e

---

<sup>125</sup>BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 124-125

adequação constitucional pela necessidade da prestação jurisdicional efetiva. Ademais, está relacionado nos casos de concessão das tutelas de urgência *inaudita altera partes*, em situações de crise de perigo e urgência nas quais a decisão do juiz deverá anteceder a informação e reação da parte contrária, sob pena de prejuízo às respectivas finalidades.

Nas palavras de Marco Antônio de Barros<sup>127</sup>:

Durante o inquérito policial, algumas medidas de caráter emergenciais podem ser tomadas a fim de se assegurar a conservação de provas ou a fim de restringir a liberdade de pessoas com fortes indícios de terem cometido infrações penais. Nesses casos, o ordenamento jurídico, a fim de encontrar uma maneira com que esses atos fossem legitimados e respeitassem o devido processo legal e os princípios constitucionais, criaram a o contraditório diferido ou postergado. Temos como exemplo o mandado de busca ou apreensão ou interceptação telefônica. Uma vez cumprido o mandado judicial, retornando este documento para os autos, cabe ao juiz, imediatamente, determinar a intimação da parte interessada para que se manifeste sobre tudo que possa lhe interessar, envolvendo tanto a determinação judicial quanto a legalidade da execução da medida.

Esses casos em que o contraditório será adiado, encontram-se previstos na legislação, na parte final do art. 155, *caput*, do CPP, que denomina esses elementos, colhidos na fase investigativa, de provas cautelares, antecipadas e não repetíveis. Além da denominação conferida, atribuí a elas valor de prova, podendo serem utilizadas para a convicção do juiz, mesmo que isoladamente.

Assim, mesmo colhidos no bojo do Inquérito Policial, essas provas não representam violação ao princípio do contraditório, porque ele incide nelas, ainda que de forma antecipada ou diferida, em relação ao processo penal.

#### 4.4 VALOR PROBATÓRIO DO INQUÉRITO POLICIAL

Considerando a norma contida no art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal impondo que a convicção do juiz seja construída com base “na prova produzida em contraditório judicial” somado a ausência das garantias constitucionais (contraditório e ampla defesa) e da inobservância do devido processo legal, há muito tempo consolidaram-se os tribunais pátrios no sentido de que o Inquérito Policial

<sup>126</sup>VALLE, Vinícios Batista do. **A devida Fase Investigativa Constitucional e Convencional**. Rio de Janeiro: Lumen, 2018, p. 199

<sup>127</sup>BARROS, Marco Antônio de. **Processo Penal: da investigação até a sentença**. 5ª ed. Curitiba: Juruá, 2019, p. 52

possui valor probante relativo, ficando sua utilização como instrumento de convicção do juiz condicionadas pelas provas judicialmente realizadas sob o manto do devido processo legal e dos demais princípios informados do processo<sup>128</sup>.

Trazidos aos autos, os indícios devem ser valorados em conjunto com o acervo probatório, e o valor que se pode dar a esse tipo de prova decorre do grau de certeza que deles se extrai; de sua verossimilhança. Se os indícios são harmônicos, concatenados, coerentes, entre si e com o conjunto dos autos, servem, em absoluto, como elemento edificador da persuasão racional do juiz. Cada indício é um fragmento de prova que deve ser complementado com outros e, um único indício isolado nada mais é do que mera suspeita.

Para Eugênio Pacelli<sup>129</sup> a expressão exclusivamente parece permitir que tais elementos (da investigação) possam subsidiar a condenação, desde que não sejam os únicos. Permitir-se assim sem maiores esclarecimentos, eventual aproveitamento de quaisquer elementos da investigação para a condenação nos parece medida inteiramente desarrazoada.

Badaró<sup>130</sup> ressalva que tanto os elementos de informação do inquérito quanto as provas produzidas em contraditório devem ser convergentes, apontando para um convencimento judicial no mesmo sentido. Elas devem se complementar e ratificar, uma à outra, para assim serem passíveis de aproveitamento.

A regra, então, é de que os elementos colhidos na fase administrativa sejam repetidos em juízo, perante o juiz “numa instrução dialética, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, pois só então poderão embasar uma sentença condenatória”.<sup>131</sup>

É comum encontrarmos na doutrina e na jurisprudência afirmação no sentido de que, isoladamente, os indícios não autorizam a procedência da ação; não se prestam a fundamentar a condenação de natureza penal. Isso é verdade. Mas não é menos verdadeiro afirmar que nenhuma outra prova, seja ela qual for – mesmo a confissão -, se estiver isolada nos autos também não autoriza a condenação<sup>132</sup>.

Todas as provas têm valor relativo, não sendo dotadas de presunção

<sup>128</sup> AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal esquematizado**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2015, p. 152

<sup>129</sup> PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 351

<sup>130</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 152

<sup>131</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 14 ed. rev. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2019 p. 158

<sup>132</sup> MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 612-613

absoluta, até que sejam corroboradas por outras provas constantes nos autos. É assim que ocorre, igualmente, com os elementos informativos do Inquérito Policial. Estando corroborados por outros elementos, eles são tidos como verdadeiros e justificam uma condenação.

Na Exposição de Razões do Código de Processo Penal<sup>133</sup>:

A própria confissão do acusado não constitui, fatalmente, prova plena de sua culpabilidade. Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que a outra.

Melhor orientação a que confere ao Inquérito Policial valor probatório relativo, ou seja, dependendo do caso concreto, é possível afirmar que o inquérito tem valor probatório, ainda que diminuto em razão de sua natureza inquisitiva<sup>134</sup>.

Assim, vemos que as divergências entre elementos de informações e provas vão diminuindo, à medida que vamos nos aproximando da prática e nos distanciando da teoria. Um procedimento inquisitivo, sigiloso, de natureza administrativa, não associado a ação penal, acaba se tornando uma utopia, muito distante da realidade que encontramos na prática forense.

É preciso considerar que, na prática judiciária, as coisas se passam de forma diversa. Em um certo sentido, já se encontrava na jurisprudência o entendimento de que as informações na fase investigatória não se constituem base suficiente para uma condenação, mas podem ser levadas em conta se forem “confirmadas”, ainda que parcialmente, por provas colhidas em contraditório<sup>135</sup>.

Mirabete<sup>136</sup> diz que o conteúdo do Inquérito não poderá deixar de influir no espírito do juiz na formação de seu livre convencimento para o julgamento da causa

---

<sup>133</sup> CURIA, Luiz Roberto. Penal. São Paulo: Saraiva, 2015

<sup>134</sup> JORGE, Estêvão Luís Lemos. **O contraditório no inquérito policial à luz dos princípios constitucionais**. São Paulo: Millennium Editora, 2015, p. 61

<sup>135</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 152

<sup>136</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 80

mesmo porque integra os autos do processo podendo o juiz apoiar-se em elementos colhidos na fase extrajudicial.

Não pode o magistrado condenar o réu com base tão somente em elementos colhidos durante o inquérito. É essencial que a instrução probatória em juízo, regida pelo contraditório e ampla defesa, oportunize colher elementos convincentes e robustos a fundamentar um decreto condenatório.<sup>137</sup>

Estêvão Luís Lemos Jorge aduz que o Inquérito Policial se apresenta, hoje, como peça fundamental e decisiva e, em muitos casos, capaz de absolver ou condenar o réu<sup>138</sup>.

Definir o Inquérito Policial, único e exclusivamente, como mero instrumento de colheita de provas é deveras simplista. Exerce ele um importantíssimo papel dentro da persecução criminal, tendo seu valor probatório para, ao final, não só determinar a materialidade delitiva e a autoria da infração penal, mas buscar Justiça no caso concreto<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 14 ed. rev. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2019. P. 158

<sup>138</sup> JORGE, Estêvão Luís Lemos. **O contraditório no inquérito policial à luz dos princípios constitucionais**. São Paulo: Millennium Editora, 2015, p. 62

<sup>139</sup> JORGE, Estêvão Luís Lemos. **O contraditório no inquérito policial à luz dos princípios constitucionais**. São Paulo: Millennium Editora, 2015, p. 52

## 4 O ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

### A LIVRE APRECIÇÃO PELO JUIZ ou O LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ

O sistema de apreciação de provas<sup>140</sup> adotado pelo nosso ordenamento jurídico<sup>141</sup> é o do livre convencimento motivado<sup>142</sup> pelo qual o juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido com qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar por aquela que lhe parecer mais convincente.<sup>143</sup>

Esse sistema se materializa no Princípio da Persuasão Racional ou do Livre Convencimento que concede a liberdade ao julgador que lhe permite avaliar o conjunto probatório em sua magnitude e extrair da prova sua essência, transcendendo ao formalismo castrador do sistema da certeza legal<sup>144</sup>.

Contudo, essa liberdade é ampla a ponto de atribuir ao magistrado a faculdade de ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal – fase que ele

<sup>140</sup> São basicamente três sistemas: a) livre convicção, que é o método concernente à valoração livre ou à íntima convicção do magistrado, significando não haver necessidade de motivação para suas decisões. É o sistema que prevalece no Tribunal do Júri, visto que os jurados não motivam o voto, b) prova legal, cujo método é ligado a valoração taxada ou tarifada da prova, significando o preestabelecimento de um determinado valor para cada prova produzida no processo, fazendo com que o juiz fique adstrito ao critério fixado pelo legislador, bem como restringido na sua atividade de julgar. Era a época em que se considerava nula a força probatória de um único testemunho. Há resquícios desse sistema, como ocorre quando a lei exigir determinada forma para a produção de alguma prova, v.g., art. 158, CPP, demandando o exame de corpo de delito para a formação da materialidade da infração penal que deixar vestígios, vedando a sua produção através da confissão; c) persuasão racional (...) trata-se do sistema adotado, majoritariamente, pelo processo penal brasileiro, encontrando-se, inclusive, fundamentado na Constituição Federal (art. 93, IX) e significando a permissão dada ao juiz para decidir a causa de acordo com o seu convencimento, devendo, no entanto, cuidar de fundamentá-lo, nos autos, buscando persuadir as partes e a comunidade em abstrato. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018 p. 519)

<sup>141</sup> Em que pese a adoção expressa na Carta Magna do modelo processual do livre convencimento, ainda existe resquícios, no nosso ordenamento, do modelo denominado íntima convicção ou certeza moral. Nesse sentido, ensina Aury Lopes Jr.: aqui, o magistrado, emprestando o valor que entender cabível, decidirá, descabendo qualquer sorte de fundamentação a sustentar seu édito. O sistema processual penal brasileiro, em que pese a revolução constitucional e democrática trazida em 1988, não se desfez por completo desse sistema. O procedimento afeito ao julgamento dos crimes contra a vida – o Tribunal do Júri – se consolida como uma instituição que dispensa ao jurado o dever de consolidar sua decisão. LOPES JR, Aury Celso Lima; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva JUR, 2014, p. 80

<sup>142</sup> Art. 93, IX, da CF: “IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

<sup>143</sup> PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 350

<sup>144</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 14ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 673

comanda – a faculdade de requerer a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, assim como de determinar, no curso da instrução até antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante<sup>145</sup>.

Conforme explicitado nas Exposições de Motivos do Código de Processo Penal<sup>146</sup>:

O projeto abandonou radicalmente o sistema chamado certeza legal. Atribuiu ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução criminal, quer afinal, antes de proferir a sentença. (...) se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes nos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência.

Entretanto, essa liberdade não é absoluta, encontrando restrições. Primeiro, é certo que o sistema dá autonomia ao juiz, contudo ele deve sempre agir de acordo com as provas que se encontram nos autos, em respeito ao princípio máximo de que se não estão nos autos, não existem no mundo (*non est in actis non est in hoc mundo*)<sup>147</sup>. O processo, portanto, é o mundo para o juiz<sup>148</sup>.

Assim, o juiz não está autorizado a ultrapassar os limites dos autos para buscar respostas, provas que não lhe sejam apresentadas pelas partes. Na persecução penal, o juiz é tido como um ser ontologicamente concebido para ser ignorante, pois ele ignora o fato<sup>149</sup>.

Isso significa que ele não conhece previamente as partes, os envolvidos, as circunstâncias que circundam os fatos, somente obtendo conhecimentos a partir do narrado na denúncia<sup>150</sup>. A partir daquelas afirmações, seus conhecimentos vão

<sup>145</sup> Art. 156 do **Código de Processo Penal**. 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. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

<sup>146</sup> CURIA, Luiz Roberto. Penal. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 352

<sup>147</sup> ART. 197 CPP

<sup>148</sup> TOURINHO FILHO, Fernando Da Costa. **Manual de Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 62

<sup>149</sup> LOPES JR, Aury Celso Lima; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva JUR, 2014, p. 80

<sup>150</sup> Carnelutti faz uso de metáforas para explicar a situação do juiz: “Aqui pode servir também a famosa imagem da gruta: o juiz está acorrentado numa caverna, de costas para a abertura de onde vem a luz e não vê senão as sombras, sobre a parede à sua frente, dos objetos que passam por detrás dele: as provas são aquelas sombras, mediante as quais às vezes consegue e às vezes não consegue conhecer a verdade. Ele não tem outro modo de conhece-la a não ser essas sombras; daí o cuidado que devemos ter para nos dar conta de exatamente o que são elas”. (Carnelutti, Francesco.

sendo agregados e sua sabedoria sobre o fato sendo construída. Caso assim não o fosse, inclusive, o julgador não poderia ser imparcial e, portanto, não poderia atuar omitindo juízo de valor sobre as provas já conhecidas, haja vista o princípio do juiz imparcial.

Todavia, explica Nucci<sup>151</sup> que a liberdade de apreciação da prova não significa que o magistrado possa fazer sua opinião pessoal ou vivência acerca de algo integrar o conjunto probatório. O que efetivamente vincula o juiz criminal, definindo a extensão do provimento jurisdicional, são os fatos submetidos à sua apreciação<sup>152</sup>.

Nesse sistema, ademais, não há hierarquia entre as provas tampouco uma pré-valoração a elas, salvo raras exceções encontradas no CPP<sup>153</sup>. Porém o juiz, em que pese dotado de discricionariedade, é obrigado a fundamentar a sua decisão, com base em fundamentos racionais e jurídicos, isto é, que encontrem base no sistema jurídico – normas e princípios – bem como na moral e bons costumes da sociedade.

Aspecto igualmente enfatizado nas Exposições de Motivos<sup>154</sup>:

Nunca é demais, porém, advertir que livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não estará ele dispensado de motivar a sua sentença. E precisamente nisto reside a suficiente garantia do direito das partes e do interesse social.

Assim, Távora e Rodrigues<sup>155</sup> ensinam que essa liberdade não é sinônimo de arbítrio, cabendo ao magistrado, alinhado às provas trazidas aos autos, fundamentar a decisão, revelando, com amparo no manancial probatório, o porquê do seu convencimento, assegurando o direito das partes e o interesse social (p. 673). Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o

---

**Lições sobre o Processo Penal.** Campinas: Bookseller, 2004, p. 276)

<sup>151</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal.** 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 519

<sup>152</sup>CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 26ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 81

<sup>153</sup> Art. 158. **Código de Processo Penal.**: Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. Parágrafo único. Dar-se-á prioridade à realização do exame de corpo de delito quando se tratar de crime que envolva: (Incluído dada pela Lei nº 13.721, de 2018); I - violência doméstica e familiar contra mulher; (Incluído dada pela Lei nº 13.721, de 2018); II - violência contra criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência.

<sup>154</sup>CURIA, Luiz Roberto. **Penal.** São Paulo: Saraiva, 2015, p. 352

<sup>155</sup>LOPES JR, Aury Celso Lima; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva JUR, 2014, p. 79

poder.

Nas lições de Tourinho Filho<sup>156</sup>:

Sentença sem motivação é uma não sentença, tanto mais quanto a sociedade e em particular as partes devem saber que motivos levaram o Magistrado a esta ou àquela posição.

Eugênio Pacelli<sup>157</sup> diz que o livre convencimento é regra de julgamento a ser utilizada por ocasião da decisão final, quando se fará a valoração de todo o material probatório levado aos autos. Contudo, o doutrinador ressalva que tal regra é aplicável somente às decisões do juiz singular, não se estendendo aos julgamentos pelo Tribunal do Júri, em que não se impõe aos jurados o dever de fundamentar suas respostas aos quesitos. Para o Tribunal do Júri vige o princípio da íntima convicção.

Além disso, abre-se outra questão, relativa a se o juiz, dentro dessa liberdade que o sistema lhe confere, poderia olhar para todos os elementos carreados aos autos da mesma forma, se, na tomada de sua decisão, poderia atribuir o mesmo valor aquelas provas contidas na fase do inquérito e aquelas produzidas já no curso da ação penal. Se essa livre apreciação lhe conferiria esse poder.

Essa pergunta, criou muita polêmica e divergências, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, ao longo de muito tempo. Até que em 2008, uma mudança legislativa tentou colocar fim a dúvida respondendo a essa lacuna. É o que veremos a seguir.

#### 4.1 A ALTERAÇÃO DO ARTIGO

Antes do advento da Lei nº 11.690/2008, o Código de Processo Penal, em seu artigo 157, *caput*, concedia amplos poderes ao juiz referentes ao princípio da livre apreciação das provas. Assim, o magistrado não precisava atentar-se apenas as provas produzidas sobre a égide do contraditório e da ampla defesa, podendo valer-se de qualquer elemento - desde que constante nos autos - para fundamentar sua decisão.

<sup>156</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.62

<sup>157</sup>PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 351

Contudo, esse tipo de norma, que de 1941 a 2008 regeu nosso ordenamento jurídico, feria diretamente a garantia constitucional ao devido processo legal, o qual assegura um julgamento permeado pelo devido processo legal, através do qual os princípios fundamentais da ampla defesa e do contraditório, além de outros, devem ser rigidamente observados.

Procurando afastar arbitrariedades, a doutrina e a jurisprudência pátrias já rejeitavam condenações baseadas exclusivamente em elementos informativos colhidos no inquérito policial. Com a alteração legislativa, tal vedação foi abarcada pelo legislador ordinário através da alteração do art. 155, do Código de Processo Penal qual expressamente proíbe condenações embasadas unicamente em elementos da fase inquisitorial, a fim de respeitar os direitos e garantias conferidas pelo devido processo legal.

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

Assim, a reforma processual penal procurou limitar o princípio do livre convencimento do juiz, que constava de maneira ampla na antiga redação do art. 157, caput, do CPP<sup>158</sup>, à medida em que condicionou a utilização dos elementos do inquérito a sua confirmação por provas colhidas sob o crivo do contraditório, perante o Juízo.

Norberto Avena explana que o dispositivo não proíbe o juiz de utilizar, como fundamento de convicção, as provas coligidas na fase investigativa, apenas dispondo que não poderá ele fundamentar-se exclusivamente. Nada impede, então, sejam elas usadas como elementos secundários de motivação, isto é, supletiva ou subsidiariamente, como forma de reforço às conclusões já extraídas do contexto judicializado<sup>159</sup>.

Contudo, esse entendimento encontra divergências na doutrina. É o caso de Guilherme de Souza Nucci que acredita não ter havido mudanças de fato na legislação<sup>160</sup>:

<sup>158</sup> Art. 157, CPP: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”.

<sup>159</sup> AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal esquematizado**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2015, p. 152

<sup>160</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 521

Inserindo a relativização da regra, por meio do termo “exclusivamente” tudo vai permanecer como sempre foi. O magistrado não pode levar em conta os elementos colhidos na investigação, exclusivamente. Porém, se o fizer juntamente com as provas colhidas ‘em juízo está autorizado a usar os elementos coletados no inquérito policial. Ora, tal procedimento já era comum. Depoimentos, confissões e outras provas colhidas na fase investigatória deveriam ser confirmadas por provas coletadas em juízo. Ou, pelo menos confrontadas com as produzidas em juízo. Por isso, nada se altera, na essência, com a modificação introduzida pela lei.

Em que pese o respeitável entendimento do doutrinador, a simples comparação entre a redação do antigo texto da lei com o atual, demonstra que houve sim uma alteração no sentido de conter os poderes do julgador, que antes possuía “livre apreciação”, encontrando limite apenas no que estivesse nos autos.

Hoje, se as provas produzidas na fase processual foram insuficientes ou se contraporem àquelas contidas no Inquérito, o juiz não poderá se valer dos meros indícios para embasar sua condenação, entendimento este pacificado pelas Supremas Cortes<sup>161</sup>.

Importante ressaltar que a palavra “exclusivamente” não fazia parte do texto original da lei, vindo a ser incluída posteriormente. A intenção primária da comissão e do poder executivo era de proibir a apreciação pelo magistrado de qualquer elemento colhido na fase investigativa, devendo atentar-se unicamente às provas produzidas na fase processual.

O advérbio acabou sendo inserido e mudou o sentido da norma, impedindo que a formação da convicção do julgador tome por base apenas as provas produzidas sob a égide do contraditório e da ampla defesa, sendo legítima a fundamentação que se lastreia em elementos informativos, desde que sejam repetidas ou venham corroboradas por outros elementos, em juízo.

Assim, não se admite condenações lastreadas exclusivamente em elementos informativos do IP, não obstante ainda existir essa prática<sup>162</sup>.

<sup>161</sup> Conforme julgado de relatoria do Min. Ribeiros Dantas: (...) Consoante entendimento pacificado nesta Corte Superior, é inadmissível a condenação baseada exclusivamente em elementos colhidos na fase inquisitorial, sem a submissão ao crivo do contraditório. Todavia, no caso em tela, não obstante o acórdão tenha mencionado as provas produzidas durante a fase do inquérito policial, a condenação amparou-se em provas colhidas na etapa judicial, notadamente a testemunhal, com observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório. STJ - AgRg no AREsp 275141-DF - Ministro RIBEIRO DANTAS DJe 23/08/2019 Decisão: 20/08/2019

<sup>162</sup> Na **Apelação Criminal nº 70079509287** de Relatoria do Desembargador Carlos Alberto Etcheverry, da 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgada em 13/12/2018, a decisão condenatória proferida em primeira instância foi reformada e o réu absolvido porquanto entendeu o Magistrado ad quem que “nenhuma prova foi produzida em juízo, limitando-se

## 4.2 PROVAS CAUTELARES, ANTECIPADAS E NÃO REPETÍVEIS

Ocorre que pela própria natureza de alguns elementos colhidos no curso do Inquérito Policial, caso se aguardasse até a propositura da ação e a abertura da fase probatória, pereceriam, deixando de satisfazer seu valor probatório, diante de sua impossibilidade de repetição em juízo.

Por essa razão, deverão ser realizados no curso do Inquérito Policial, conforme preceitua o art. 6º, do CPP, pois possuem importante valor probatório na decisão, em que pese, a princípio, não terem sido colhidos sob o crivo do contraditório.

Mirabete<sup>163</sup> sobre elas:

Nele se realizam certas provas periciais que, embora praticadas sem a participação do indiciado, contém em si maior dose de veracidade, visto que nelas preponderam fatores de ordem técnica que, além de mais difíceis de serem deturpados, oferecem campo para uma apreciação objetiva e segura de suas conclusões. Nessas circunstâncias têm elas valor idêntico aos das provas colhidas em juízo.

O legislador previu essas três hipóteses (provas cautelares, antecipadas e irrepitíveis) e as inseriu no art. 155, *caput*, do Código Penal, em sua parte final, as colocando como exceções à regra de que a fundamentação do julgador não poderá se lastrear exclusivamente em elementos colhidos na fase investigativa. Badaró<sup>164</sup> as refere como exceções legais em que o legislador permite que o juiz valere, diretamente, os elementos informativos colhidos no inquérito policial, aparentemente, sem nem mesmo a necessidade de corroboração por prova judicial.

Conclui-se que a essas três modalidades de elementos colhidos na fase investigativa são atribuídos valores de provas, como se produzidas na fase processual, perante o juiz e as partes, ainda que colhidas sem a presença, ao menos contemporânea, do contraditório e ampla defesa.

Não obstante semelhantes, as três modalidades de provas se distinguem por

---

a condenação na sentença à prova indiciária”.

<sup>163</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 80

<sup>164</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 429

pequenos detalhes. Veremos em seguida quais são eles.

#### **4.3.1 Provas cautelares (*inaudita altea parte*)**

A produção de uma prova em contraditório demanda tempo que, nesse caso, é inimigo da urgência.

Nas provas cautelares há urgência na produção de determinadas provas devido às características de padecimento com o tempo e/ou de urgência que demandam fator surpresa em sua execução, pois caso se aguardasse até a instauração da ação penal – e, portanto, com a ciência da acusação pelo réu - não seriam exitosas.

Em regra, dependem de autorização judicial. É o que acontece, por exemplo, com uma interceptação telefônica. Tal medida investigatória, que tem no elemento 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<sup>165</sup>

Dessa forma, no momento da produção da prova não haverá contraditório, contudo, esse sobre ela incidirá, posteriormente, na fase processual. Por isso se admite a figura do contraditório diferido ou postergado.

Antônio Scarance Fernandes<sup>166</sup> esclarece:

As medidas cautelares são, em regra, determinadas sem audiência do titular do direito restringido, de ofício ou em atenção a requerimento do Ministério Público, do ofendido ou representação da autoridade policial. As perícias são realizadas também sem participação do investigado ou de seu advogado. A observância do contraditório, nesses casos, é feita depois dando-se oportunidade ao suspeito ou réu de contestar a providência cautelar ou de combater, no processo, a prova pericial realizada no inquérito. Fala-se em contraditório diferido ou postergado.

Nesse caso, o laudo pericial será produzido o mais rápido possível e juntado aos autos sem a incidência do contraditório nesse momento. Apenas na fase processual se permitirá às partes formular quesitos e pedir esclarecimentos aos peritos, além de nomear assistente técnico e interpela-lo em audiência. Dessa forma,

<sup>165</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5ª ed. Salvador: Ed. JusPodivim, 2017, p. 585

<sup>166</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 2ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais., 2000, p . 60

se diz que o contraditório é diferido ou postergado, pois adiado à aplicação na fase processual para que assim sejam utilizados na formação da convicção do juiz, atendendo ao devido processo legal.

#### 4.3.2 Provas não repetíveis

São aqueles elementos que, por fato superveniente a sua obtenção, não podem ser repetidos, em juízo, “em virtude do desaparecimento, destruição ou perecimento da fonte probatória”<sup>167</sup> e que, por sua relevância ao julgamento da lide, poderão mesmo assim ser valorados pelo julgador no momento da tomada de decisão. Ao contrário das provas cautelares, a priori não prescindem de autorização judicial, podendo ser ordenadas pelo delegado de polícia.

A impossibilidade pode decorrer de causa natural, como no caso de morte ou enfermidade de uma testemunha, ou de influência externa, seja do indiciado ou de terceiro (s), como ameaça ou suborno à testemunha.

Badaró<sup>168</sup> salienta que prevalece o posicionamento no sentido de que a irrepetibilidade que autoriza a valoração judicial do elemento de prova colhido sem contraditório é aquela que decorre de fatos imprevisíveis, quando de sua obtenção. Isso porque, se era previsível a ocorrência de fator externo que poderá tornar irrepetível o ato (por exemplo: a morte da testemunha enferma), o correto é produzir antecipadamente a prova, em juízo, e em procedimento contraditório nos termos do art. 225, CPP.

Nos mesmos moldes do que ocorre com as provas cautelares, o contraditório também será diferido em relação às provas não repetíveis. Para que possam ser utilizadas no curso do processo, imperiosa será a observância do contraditório sobre a prova, permitindo que as partes possam discutir sua admissibilidade, regularidade e idoneidade<sup>169</sup>.

Assim, dispõe o art. 159, §5º, inciso I, do Código de Processo Penal que ...

#### 4.3.1 Produção antecipada de provas

<sup>167</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5ª ed. Salvador: Ed. JusPodivim, 2017, p. 585

<sup>168</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 430

<sup>169</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5ª ed. Salvador: Ed. JusPodivim, 2017, p. 586

O incidente de produção antecipada de provas, por outro lado, é produzido com a observância do contraditório real, perante a autoridade judicial, em momento processual distinto daquele legalmente previsto<sup>170</sup>. Ocorre devido à urgência e relevância da prova em questão, que correm o risco de desaparecimento e na total impossibilidade de serem repetidas em juízo. É o caso de, por exemplo, de perícias e depoimentos de testemunhas que, por razões de enfermidade ou velhice, correm o risco de não existirem mais ao tempo da instrução, chamado depoimento *ad perpetuam rei memoriam*<sup>171</sup>.

O incidente somente pode ser admitido em casos extremos, em que se demonstra a fundada probabilidade de ser inviável a posterior repetição na fase processual da prova<sup>172</sup>. Ele foi incluído no Código de Processo Penal, com a reforma de 2008, estando previsto no art. 156, inciso I, que vem abaixo transcrito:

Artigo 56. 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

Também encontra previsão legal no art. 366, do CPP, em que, determinada a suspensão do processo e da prescrição em relação ao acusado que, citado por edital, não tenha comparecido nem constituído defensor, poderá ser determinada pelo juiz a produção antecipada de provas urgentes.

Nesse caso, a decisão que determinar a produção antecipada, deve ser concretamente fundamentada, não se admitindo como justificativa apenas o percurso do tempo. Nesse sentido, a Súmula 455, do Supremo Tribunal de Justiça(STJ):

Portanto, nestes casos, excepcionalmente, a produção probatória ocorrerá sobre a direção do magistrado, que se tornará prevento para o julgamento da causa, com colaboração efetiva das futuras partes, resguardando, portanto, o contraditório e

<sup>170</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5ª ed. Salvador: Ed. JusPodivim, 2017, p. 586

<sup>171</sup> Art. 225 CPP. Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.

<sup>172</sup> LOPES JR, Aury Celso Lima; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva JUR, 2014, p. 212

a ampla defesa eliminando qualquer obstáculo para utilização dos frutos do incidente na fase processual<sup>173</sup>. Nesses casos, o contraditório será antecipado e contemporâneo à produção da prova.

Assim, ainda que produzida na fase pré-processual, terá plena eficácia e validade para integrar a instrução probatória e influenciar no convencimento do juiz.

Como requisitos à instauração do incidente, destaca-se, primeiramente, o *fumus boni iuris* devendo estar presentes indícios suficientes de materialidade e autoria, haja vista a iminente violação de direitos e garantias do sujeito investigado; e, o *periculum in mora*, pois, caso fossem realizadas no momento considerado oportuno, perderiam a validade, inviabilizando a atuação da acusação.

O incidente deve ser praticado com estrita observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Deve ser realizado dirigido pelo magistrado e na presença das partes e seus respectivos defensores. Importantíssimo que às partes interessadas seja oportunizada a chance de se manifestar.<sup>174</sup>

Não obstante os artigos no CPP que preveem a produção antecipada de provas, não há uma regulamentação específica do instituto no Código, o que levava a utilização analógica das disposições do Código Civil, em entendimento ao art. 3º, do CPP. Apesar da reforma da Lei 11.690/08, não houve a desejável regulamentação.

Nesse ponto, Andrade<sup>175</sup> refere que grande oportunidade foi perdida com a reforma, pois além de não haver regulamentado esse incidente, foi adicionada ainda mais confusão em um tema de tão difícil aplicação prática em nosso direito.

Assim, ao dizer que o juiz não pode fundamentar sua decisão com base, exclusivamente, em elementos informativos colhidos no inquérito policial, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, se entende que no conjunto dos elementos informativos, nos quais não incide o contraditório, excetua-se três que poderão ser, em que pese o momento em que são produzidos – Inquérito Policial – e a ausência de contraditório no momento da execução da prova, utilizados para fundamentar a decisão, mesmo que isoladamente, atribuindo-lhes o *status* de prova, como visto anteriormente neste trabalho.

Contudo, não é essa a verdade. A produção antecipada de provas, ao

<sup>173</sup>TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 14 ed. rev. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2019. p. 673

<sup>174</sup>Ibid. p. 213

<sup>175</sup>ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das Garantias**. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2015, p. 106

contrário das provas não repetíveis e das cautelares, prescinde do contraditório hodierno, pois, apesar de produzida na fase pré-processual, é realizada sob a égide do contraditório, na presença das partes e do juiz, com a abertura de diálogo e confrontação, assim, não poderia ser uma exceção já que ela é uma prova produzida sob o crivo do contraditório.

Muitos autores criticam esse instituto, aduzindo se tratar de um resquício do sistema inquisitorial, transgredindo o sistema acusatório, adotado pelo nosso ordenamento, no qual “há uma separação entre as funções de acusar, defendere julgar”<sup>176</sup>.

Renato Brasileiro de Lima<sup>177</sup> descreve que no sistema acusatório a gestão das provas é função das partes, cabendo ao juiz um papel de garante das regras do jogo, salvaguardando direitos e liberdades fundamentais. Diversamente do sistema inquisitorial, o sistema acusatório caracteriza-se por gerar um processo de partes, em que autor e réu constroem através do confronto a solução justa do caso penal.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues esboçam suas percepções sobre o assunto<sup>178</sup>:

Não pode o juiz, advirta-se, substituir-se à atuação das partes na produção probatória. O papel do magistrado é complementar, objetivando esclarecer dúvida sobre ponto essencial à demonstração da verdade. A proatividade do julgador em determinar a produção de provas encontra limites na imparcialidade exigida para o julgamento do feito. O sistema acusatório atribui ao titular da ação a diligência necessária na produção probatória.

Nesse interím, na proposta de mudança do CPP foi proposta a incorporação de um juiz de garantia que atuaria na fase investigatória enquanto o juiz atuaria somente na fase processual, buscando a não contaminação desse pela atuação na investigação.

<sup>176</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5ª ed. Salvador: Ed. JusPodivim, 2017, p. 39

<sup>177</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5ª ed. Salvador: Ed. JusPodivim, 2017, p. 40

<sup>178</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 14ª ed. Salvador: Jus Podivim, 2019, p. 671

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A investigação preliminar se mostra necessária à medida que busca proteger o indivíduo contra acusações infundadas e contra o abuso do Estado, propiciando elementos que sirvam de base a uma sólida propositura da ação penal e instauração do processo. Também tem a função de buscar juntar informações e indícios suficientes de materialidade e autoria, sobre um fato, que permitam ao *Parquet* ou ao ofendido dar prosseguimento à *persecutio criminis*.

Dentre as formas de investigação, aquela que mais se destaca é a do *Inquérito Policial*, por ser a mais usual e de mais fácil acesso aos cidadãos. Procedimento de caráter administrativo, dirigido pela Polícia Judiciária, inquisitivo, unilateral e sigiloso, tem, entre as suas funções, as de colher todas as provas que tiverem relação com o fato e sirvam para o seu esclarecimento, ouvir o ofendido e o indiciado e proceder ao reconhecimento de coisas e pessoas.

Nessa fase pré-processual, não existe a acusação e a defesa, porque ela serve para recolher o máximo de informações possíveis sobre a notícia de um fato, supostamente criminoso, que tenha chegado ao conhecimento da autoridade policial para que essa, depois de esmiuçá-las, depreenda sobre a existência, ou não, de um fato, cuja incidência se dê na esfera penal.

Grande discussão gira em torno da incidência do Princípio do Contraditório, corolário do Princípio do Devido Processo Legal, no Inquérito Policial, pois iria de encontro à sua característica inquisitiva e sigilosa, não permitindo ao investigado obter a ciência dos atos que em relação a ele estão sendo praticados ou que viole seus direitos, tampouco ter a oportunidade de contra elas se manifestar.

Majoritária doutrina entende não haver o contraditório nesta fase da persecução criminal e, por este princípio ser imprescindível à legitimação do processo e das decisões judiciais, a própria legislação distingue aquelas provas *latu sensu* produzidas no inquérito, chamando-as de *elementos informativos*, e aquelas provas *stritu sensu* produzidas já na fase processual.

Assim, as provas são aquelas que originam a convicção do juiz, que o auxiliam a reconstrução de um fato histórico, e o mais importante, na busca da verdade provável, enquanto os elementos de informação, comumente chamados de indícios, servem tão somente a propositura da ação, esgotando sua validade no

prelúdio do processo penal.

Assim, podemos dizer que os elementos informativos têm como destinatários o membro do Ministério Público ou o ofendido, no caso de ação penal privada; ao passo que as provas têm como destinatário basilar o juiz.

Nesse ínterim, ao final do processo penal, o julgador irá formar a sua convicção sobre os fatos. A partir de duas versões antagônicas, uma tese e uma antítese, irá escolher, com base na apreciação das provas e elementos de informação, a qual versão elas se coadunam, qual versão que elas comprovam. O art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal estabelece o sistema de apreciação da livre convicção, no qual o juiz tem discricionariedade para analisar a prova conferindo-lhe o valor que quiser, não havendo hierarquia ou pré-valorização das provas.

Contudo, impõe limite à essa liberdade, ao aduzir que deverá formar sua convicção com base nas provas produzidas em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente em elementos informativos colhidos na investigação. A palavra exclusivamente foi colocada de propósito pelo legislador para permitir que o juiz utilize os elementos informativos do Inquérito Policial na sua decisão, desde que estejam alinhados a provas produzidas na fase processual, pois sozinhos não têm o condão de embasar uma condenação, justamente porque não foram produzidos sob o manto do devido processo legal, ou seja, com todas as garantias que são conferidas ao acusado, mormente o Princípio do Contraditório.

Na parte final do artigo, contudo, o legislador traz como ressalva à supracitada regra, o caso de provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, ou seja, nesses casos, em que pese produzidas na fase investigativa, poderão embasar, mesmo que exclusivamente, a convicção do juiz. Essas três hipóteses se encontram nessa posição da norma, por fazerem referência aos elementos informativos colhidos na investigação, permitindo entender que fazem parte deles, mas que diferentemente destes, possuem *status* de prova.

Se, no Inquérito Policial, não há o devido processo legal, não há produção de provas sob o crivo do contraditório, como essas provas, produzidas em seu bojo, podem fundamentar exclusivamente a decisão do juiz? Ocorre que pela natureza dessas provas, elas precisam ser elaboradas imediatamente, por correrem risco de perecimento. As provas repetíveis e cautelares serão criadas sem o contraditório, de forma unilateral, mas, quando da fase processual, serão submetidas ao debate das

partes e impugnações, o que a doutrina denomina *contraditório diferido* ou *postergado*.

O incidente da produção antecipada de provas, por sua vez, necessita do efetivo e real contraditório para a sua realização, ou seja, é realizado na presença das partes e instruído pelo magistrado, podendo ser realizado na fase investigativa ou na fase processual. Independentemente, será prova, pois atenderá aos requisitos do devido processo legal. Assim, podemos ver que o legislador criou uma incerteza ao posicionar este procedimento junto aos que não incidem o contraditório. A produção antecipada de provas deveria estar contida na primeira parte do artigo quando dispõe que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial.

Mesmo após a reforma da Lei 11.690/08, não houve a regulamentação própria da produção antecipada de provas, no Código de Processo Penal, sendo utilizada a legislação civil. Muitas críticas giram em torno do procedimento, por envolver a interferência do juiz na produção de provas, que, de acordo com o sistema acusatório, estampado em nossa Constituição Federal, deveria ficar a cargo, exclusivo, das partes. Por conta disso, no projeto de reforma do CPP, criaram a figura do Juiz de Garantias, que atuaria somente na fase investigativa e não ficaria vinculado à fase processual, evitando o fenômeno denominado contaminação, sustentado por grande parte da doutrina. Ainda há divergências quanto a colocação dessa figura no sistema jurídico brasileiro, que serão revogadas apenas quando a mudança legislativa ocorrer, ou não.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 1ª ed. 2ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das Garantias**. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal esquematizado**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BARROS, Marco Antônio de. **Processo Penal: da investigação até a sentença**. 5ª ed. Curitiba: Juruá, 2019.

BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 15 de novembro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal Brasileiro, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm), Acesso em: 15 de novembro de 2019.

BRITTO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

BULOS, UadiLammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 26ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

CARNELITTI, Francesco. **Lições sobre o Processo Penal**. Campinas: Bookseller, 2004.

CURIA, Luiz Roberto. **Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 5ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. Thomson Reuters Brasil. 2019

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis**. 7ª ed. Rio

de Janeiro: Editora Impetus, 2010.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

JORGE, Estêvão Luís Lemos. **O contraditório no inquérito policial à luz dos princípios constitucionais**. São Paulo: Millennium Editora, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5ª ed. Salvador: Ed. JusPodivim, 2017.

LOPES JR, Aury Celso Lima; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva JUR, 2014.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRANDA, Luiz Henrique Nogueira Araújo. O valor Probatório do Inquérito Policial. **De Jure**. Belo Horizonte, v. 15, n. 27, p.247-280, jul-dez 2016.

MUCCIO, Hidejalma. **Curso de Processo Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2011. p. 108-109.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual do Processo Penal e execução penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

POLASTRI, Marcellus. **Curso de Processo Penal**. 9ª ed. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2016.

POLASTRI, Marcellus. **Ministério Público e Persecução Criminal**. 5ª ed. Salvador: JusPodivim, 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen, 2007.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 14ª ed. Salvador: Jus Podivim, 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando Da Costa. **Manual de Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido Processo Legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TUCCI, Rogério Lauri. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

VALLE, Vinícios Batista do. **A devida Fase Investigativa Constitucional e Convencional**. Rio de Janeiro: Lumen, 2018.