

A NECESSIDADE DE EXCLUSÃO FÍSICA DO INQUÉRITO POLICIAL: FUNDAMENTOS A PARTIR DA LEI 13.964/19

Mauro Spagnol Correa¹

Marcos Eduardo Faes Eberhardt²

RESUMO

Este artigo discorre sobre a viabilidade da exclusão física do inquérito policial dos autos do processo judicial e do acautelamento fora da instrução de todos os elementos repetíveis em contraditório, medida que decorre da Lei 13.964/2019. O trabalho aqui realizado busca mostrar a necessidade constitucional de separar os procedimentos de investigar e julgar, por meio da exposição das principais características dos sistemas investigatórios e processuais penais vigentes, bem como da demonstração da contaminação do inquérito policial na ação penal e a sua completa inconformidade com os referidos sistemas. Será dada especial relevância à figura do juiz das garantias, à sua conceituação e ao seu surgimento no Brasil, porque é dela que emana a possibilidade de suprimir o caderno probatório.

Palavras-chave: inquérito policial; investigação; exclusão física; juiz das garantias; sistema acusatório; separação.

ABSTRACT

This article discusses the feasibility of physically excluding the police inquiry from the judicial process and safeguarding outside the proceeding all repeatable elements in the judicial seat, a measure that stems from Law 13.964/2019. The work carried out here seeks to show the constitutional need to separate the procedures of investigation and judging, through the exposition of the main characteristics of the current investigative and criminal procedure systems, as well as the demonstration of the police inquiry contamination over the trial and its complete non-conformity with said systems. Special relevance will be given to the figure of the judge of guarantees, its conceptualization and its emergence in Brazil, for it is from it that emanates the possibility of suppressing the documentary evidence.

Keywords: police inquiry; investigation; physical exclusion; judge of guarantees; accusatorial system; detachment.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar, de forma mais delimitada e por meio de pesquisa básica bibliográfica exploratória, a viabilidade da regra referente à exclusão física dos autos de investigação posta no art. 3º-C, § 3º, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.964/19.

Para isso, antes de tudo, a influência dos elementos de informação do inquérito policial na convicção do magistrado e a valoração probatória da investigação na fase

¹ Acadêmico do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Porto Alegre/RS. E-mail: mauroscorrea@outlook.com

² Professor Orientador. Professor da Faculdade de Direito da PUCRS. Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Especialista em Ciências Criminais pela PUCRS. E-mail: marcos.eberhardt@puccrs.br

instrutória devem passar por breve análise. Compreender que os elementos da investigação deixam sequelas graves na ação penal e contaminam o entendimento do juiz da instrução é compreender por que a separação física dos dois procedimentos é reforma tão bem-vinda.

O sistema preliminar de investigação, sua precípua função de ser elemento informativo de indícios de autoria e materialidade e os modelos de investigação também serão brevemente analisados. Este ponto deve mostrar a forma com que a investigação criminal é realizada no Brasil.

A pesquisa passará, também, pelos sistemas processuais penais e a necessidade de se adequar o processo penal brasileiro aos valores democráticos expressos na Constituição Federal. O abandono do sistema inquisitivo é fundamento basilar da não inclusão do inquérito no processo.

Depois, o nascimento da figura do juiz das garantias será abordado. A exclusão das peças de informação preliminares do caderno processual é imanente ao papel do juiz das garantias dentro do sistema acusatório – de nada adianta suprimir fisicamente o inquérito da instrução se o julgador que a preside já estiver ciente de todo o seu conteúdo. Daí porque importa delinear, exatamente, qual é a função do juiz das garantias para a nova regra.

Em seguida, a análise da possibilidade de exclusão física do inquérito policial, com a inspeção dos seus motivos e desdobramentos. A aplicação da nova medida deve ser cotejada com alguns dispositivos previstos no Código de Processo Penal a fim de avaliar se a nova regra provoca antinomia ou se não há conflito aparente de normas.

Por fim, a conclusão do estudo pretensamente apontará se a exclusão física do caderno probatório preliminar e suas provas repetíveis é medida efetiva e suficiente para minimizar a contaminação do julgador com os atos de investigação, além, é claro, de aferir a sua viabilidade no ordenamento jurídico.

2. A INFLUÊNCIA DO INQUÉRITO NA CONVICÇÃO DO MAGISTRADO

2.1. O SISTEMA PRELIMINAR DE INVESTIGAÇÃO

As causalidades em que a ação penal se inicia sem lastro probatório adquirido em sede de investigação são raríssimas. O que se pode verificar é que, dentro de uma sequência costumeira e lógica de atos, a investigação preliminar assume papel fundamental para a existência do processo.

A investigação é a primeira intervenção estatal no sistema penal e, portanto, o primeiro contato do Estado com o fato criminoso. Essa atividade prévia ao processo possui duas funções essenciais e contrapostas para Giacomolli:

De um lado, destina-se ao fornecimento de elementos fáticos, mormente de autoria, materialidade e espécie delituosa, suficientes para que seja deduzida uma pretensão acusatória (base acusatória). Por outro lado, constitui-se em um filtro importante às acusações infundadas, temerárias e destituídas de qualquer elemento razoável de que foi determinado sujeito o autor de infração criminal (...).³

³ GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias**. 2.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2022. p. 65.

A investigação preliminar também é conceituada de maneira semelhante por Aury Lopes Jr.:

Constitui o conjunto de atividades desenvolvidas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime, com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal, e que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com o fim de justificar o processo ou o não processo.⁴

Do exposto, infere-se que a função precípua da investigação preliminar é a coleta e apuração de suficientes indícios de autoria e provas da materialidade sobre determinado fato criminoso para deflagração de ação penal.

Por outro lado, basta singelo exercício hermenêutico para concluir que, paralelamente à referida função, a sede investigativa comporta importante filtro para evitar acusações infundadas, seja por falta de vestígios que apontem determinado suspeito como autor do fato, seja porque a conduta não foi comprovadamente criminosa. Assim, a investigação preliminar é necessária essencialmente para as funções de justificar a propositura de ação penal ou justificar a não-propositura de ação penal.

Os sistemas preliminares de investigação surgem dessas funções. São formas distintas de atingir o fim comum a que se destina a fase pré-processual. Para Aury Lopes Jr. e Ricardo Gloeckner, os modelos de investigação variam a partir do órgão responsável pela sua realização: a Autoridade Policial, o Ministério Público e o Juiz Instrutor.⁵

Na lição de Giacomolli: “todos os modelos possuem pontos negativos e positivos e o ideal é aquele que oferece um equilíbrio entre eficácia persecutória e garantias dos direitos fundamentais”.⁶

Nessa linha, nenhum dos três modelos possui eficácia superior aos demais, não sendo possível a atribuição da qualidade de “modelo ideal”, e nem substituem a dupla fase a que a persecução penal deve se submeter para que ocorra punição: investigação e processo. De todo modo, apesar de não existir um modelo melhor que os outros, cada ordenamento jurídico é capaz de elencar o regramento de investigação que melhor atende aos seus princípios constitucionais.

No Brasil, o sistema de investigação adotado pelo ordenamento jurídico é o presidido pela polícia judiciária: o inquérito policial. Recebeu esse nome em referência direta ao seu órgão responsável. Em que pese sejam admitidos - e até regulados - outros modelos de investigação (como a Comissão Parlamentar de Inquérito, regulada pela Lei 1.579/52, e a investigação a cargo do Ministério Público, regulada pela Resolução nº 181 do CNMP), é o inquérito policial, previsto no Código de Processo Penal, que representa a principal e mais habitual forma de investigação.

Embora os três modelos possuam base consolidada internacionalmente, o presente trabalho se ocupará de analisar as vicissitudes de apenas um deles no plano teórico.⁷ Desnecessário, portanto, mencionar as características dos outros e quais são os países que os utilizam.

⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 19.ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2022. p. 137/138.

⁵ LOPES JR., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6.ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2014. p. 125.

⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias**. 2.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2022. p. 38.

⁷ O trabalho trata do inquérito policial, no que diz respeito à sua exclusão dos autos, de forma análoga a qualquer outro tipo de investigação preliminar.

O inquérito policial, o sistema penal em que se insere e seu autoritarismo processual penal⁸, como é consentâneo, deve ser o tema inicial desta pesquisa pois servirá de lastro para melhor compreender a contaminação decorrente dos indícios da investigação, obscura ao contraditório, sofrida pelo magistrado.

2.2. O SISTEMA PROCESSUAL PENAL, O AUTORITARISMO E O PERIGO DA INVESTIGAÇÃO SEM CONTRADITÓRIO

De forma denotativa, “sistema” é “reunião dos elementos que, concretos ou abstratos, se interligam de modo a formar um todo organizado”. É ainda a “reunião dos preceitos que, sistematicamente relacionados, são aplicados numa área determinada”.⁹

Para Geraldo Prado, um sistema não é um conjunto solto e desordenado de normas ou instituições, mas sim uma realidade medida e ordenada exatamente em virtude da coerência interna dessas normas e instituições. Nessa ideia, a realidade do sistema serve a vários propósitos. Um deles é o descritivo, que possibilita a avaliação sistêmica a partir dos comandos que foram ordenados e escritos.¹⁰

Dentro do Direito Processual Penal, no entanto, “sistema” adquire conotação um pouco mais específica. No conceito de Paulo Rangel, “é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado”.¹¹ A fala faz referência aos dois métodos de organização que historicamente norteiam o processo penal: o sistema inquisitivo e o sistema acusatório.

Há também um terceiro sistema, compreendido como a unificação dos dois anteriores, ao qual boa parte da doutrina conferiu o nome de sistema “misto”, “inquisitivo-acusatório” ou até “ilusório”.¹²

O sistema inquisitivo (ou inquisitório) ganhou o seu nome em homenagem à Santa Inquisição, e faz menção ao conjunto de regras que concentra nas mãos do julgador todas as provas e as funções inerentes ao processo penal. Em outros termos: o juiz é o responsável pela investigação, acusação, defesa e julgamento. Na lição de Guilherme Nucci:

É caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador; a confissão do réu é considerada a rainha das provas; não há debates orais, predominando procedimentos exclusivamente escritos; os julgadores não estão sujeitos à recusa; o procedimento é sigiloso; há ausência de contraditório e a defesa é meramente decorativa.¹³

A típica figura do Estado absoluto aparece nesse sistema. Não há devido processo legal, sequer processamento, considerando que uma única pessoa é

⁸ O autoritarismo do processo penal é exposto pelo professor Ricardo Gloeckner. Em GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, volume 1. 1.ed. – Florianópolis : Tirant Lo Blanch, 2018.

⁹ **Sistema**. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2022. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/sistema/>. Acesso em: 25/10/2022.

¹⁰ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3.ed. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2005. p. 100.

¹¹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27.ed. – São Paulo : Atlas, 2019. n.p. Disponível em <https://biblioteca.pucrs.br>.

¹² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 19.ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2022. p. 43.

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 3.ed. – São Paulo : Forense, 2022. n.p. Disponível em <https://biblioteca.pucrs.br>.

responsável por todo o feito. Ao fazer abordagem sobre o tema, o professor Gilberto Thums referiu que “o sistema inquisitório constituiu-se em poderoso instrumento de injustiças e iniquidades, caracterizado pela violência e arbitrariedade”.¹⁴

Não é surpresa. Se extrai do próprio conceito de sistema inquisitorial que a sua utilização conflui, invariavelmente, para a discricionariedade do agente que o conduz. A partir do momento que o condutor assume as vestes de um juiz acusador e acumula as funções de acusar, defender e julgar, já é um inquisidor. O réu não assume o papel de parte, mas de objeto.¹⁵ O inquérito policial brasileiro segue esse rito.

Em contraste, há o sistema acusatório. Pode-se conceituar o sistema acusatório como o completo oposto do inquisitivo, vez que seu regramento é a separação das funções de defesa, acusação e julgamento. É um ganho civilizacional decorrente da coroação dos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal dentro de um ordenamento jurídico. Parafraseando novamente Guilherme Nucci:

Possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade de procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra.¹⁶

Além da forma acusatória se caracterizar pela clara distinção entre as atividades de acusar e julgar, para Lopes Jr., a gestão da prova na mão das partes e não do juiz, em decorrência da separação de funções, cria as condições para que o processo seja ambientado pela imparcialidade do magistrado.¹⁷

O processo penal moderno dotado de imparcialidade se insere aqui. Os valores democráticos atuais expressam que o sistema acusatório deve ser imperativo, tanto em relação à sociedade, em seus aspectos políticos e sociais, quanto em relação ao acusado, que deixa de receber tratamento desrespeitoso e indigno do Estado.

A garantia dos direitos fundamentais do réu nesse sistema parece ter a sua convalidação a partir do momento em que o denunciado deixa de ser objeto para ser sujeito de direito, efetivo polo passivo de uma ação.

Já o terceiro sistema - e o que assume maior relevância aqui - é o sistema misto. Da união dos dois sistemas anteriores resulta um método dúplice de potestade penal: uma investigação velada, pautada em atos inquisitivos sem contraditório ou direito de defesa, seguida de um processo judicial que desfruta de cristalina publicidade, ordenado pelo (quase) puro sistema acusatório.

Paulo Rangel divide o sistema misto em duas fases procedimentais distintas: a fase de instrução preliminar e a fase judicial.¹⁸ Na primeira fase, submissa ao sistema inquisitivo, o juiz é responsável por deferir diligências probatórias pertinentes à conclusão de uma investigação para posterior instauração de ação penal. Na segunda

¹⁴ THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: Tempo, Tecnologia, Dromologia, Garantismo**. 1.ed. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006. p. 202.

¹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 106.

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 3.ed. – São Paulo : Forense, 2022. n.p. Disponível em <https://biblioteca.pucrs.br>.

¹⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 19.ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2022. p. 46.

¹⁸ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27.ed. – São Paulo : Atlas, 2019.

fase, regrada pelo sistema acusatório, é formalizada a acusação por um órgão que não é o julgador, seguida de um processo fundado no contraditório.

Esse sistema é assumido como o atual modelo adotado no Brasil com ressalvas de insuficiência conceitual.¹⁹ A estrutura do processo penal brasileiro é inquisitiva-acusatória. Após dada à autoridade competente, a *notitia criminis* tem a sua materialidade e autoria geralmente aferidas por inquérito policial inquisitivo, com a posterior instauração de ação penal acusatória. Assim o sistema misto é configurado de forma extraoficial no Brasil.

Tal separação existe porque a persecução penal em fase judicial tem seus parâmetros e princípios definidos de forma implícita pela Constituição Federal, enquanto a sua fase preliminar, o inquérito policial, tem previsão no Código de Processo Penal.

Senão vejamos: conforme explicitado, a adoção de um sistema acusatório implica a separação das sortes de julgar, acusar e defender. A disposição da Constituição²⁰ é no mesmo sentido. No seu Capítulo III, mais precisamente nos artigos 102, I; 105, I; 108, I; 109, “*caput*”; 114, “*caput*”; e 124, “*caput*”, dispõe sobre o Poder Judiciário e a sua precípua função de processar e julgar.

No seu Capítulo IV - das funções essenciais à justiça - artigos 129, I, e 134, “*caput*”, confere ao Ministério Público a competência privativa para promoção de ação penal, isto é, a função de acusar, e à Defensoria Pública a promoção da defesa dos direitos individuais e coletivos, isto é, a função de defender.

Não bastasse a clara separação de funções característica do modelo acusatório, a Carta Constitucional ainda prevê as suas garantias fundamentais clássicas, como o devido processo legal (art. 5º, LIV), a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV), a presunção de inocência (art. 5º, LVII) e a publicidade do processo (art. 93, IX).

Daí poderia se firmar a certeza de que o sistema utilizado no Brasil é o acusatório. Contudo, os princípios referidos só se aplicam à segunda fase da persecução. Conforme mencionado, a fase preliminar ainda é regulada por um Código que denota traços acentuadamente inquisitivos.

A colheita de indícios na fase de investigação é feita por meio do inquérito policial, previsto entre os artigos 4º e 23º do Código de Processo Penal. Nesse procedimento, são manifestas as características inquisitoriais como a ausência de contraditório e ampla defesa, inobservância completa ao devido processo legal, discricionariedade dos agentes policiais e sigilo dos atos.

Isso ocorre porque há um hiato gigantesco, temporal, político e cultural entre a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal de 1941. São 47 anos de mudanças sociais, entre a primeira e o segundo, que ensejaram a constituinte. Não se pode esperar que o procedimento mais antigo atenda às necessidades constitucionais de uma constituição que, à época, não se encontrava nem em vias de concepção.

O Código de Processo Penal é obtuso e rudimentar. Seu procedimento é reflexo de um tempo autoritário, anterior à constituição política e social atual. Ada

¹⁹ Aury Lopes Jr. entende que chamar o terceiro sistema de “misto” não passa de um reducionismo ilusório, porque não existem sistemas “puros”. Assim, é tradicionalmente aceito como “sistema misto” à falta de como conceituá-lo. Em **Direito Processual Penal**. 19.ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2022. p. 43.

²⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 15/11/2022.

Pellegrini, ainda antes da promulgação da carta constitucional, foi enfática ao dizer que “não há dúvidas estarmos diante de um código marcado por linhas autoritárias”.²¹

Daí porque a investigação preliminar representa perigo tão iminente à aplicação prática dos valores constitucionais no processo penal. Os resquícios de autoritarismo do inquérito policial permitem que indícios colhidos sem observância ao contraditório sejam transmutados diretamente para dentro de uma ação judicial que, em tese, deveria observar o contraditório em sua totalidade.

2.3. A VALORAÇÃO PROBATÓRIA DO INQUÉRITO NO PROCESSO

O Código de Processo Penal sinaliza a dispensabilidade do inquérito policial ao prever que a utilização da peça é facultada ao acusador. Quando trata da ação penal, no seu art. 27º, o Código prevê que “qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria [...]”.²²

No seu art. 39, § 5º, faz a primeira referência expressa ao vocábulo “dispensável”, em “O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal [...]”.²³

Já no seu art. 46, § 1º, reafirma a ideia de que o inquérito é prescindível ao ajuizamento da ação penal: “Quando o Ministério Público dispensar o inquérito policial, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informações ou a representação”.²⁴

Dessa leitura, é possível concluir que sempre que o Ministério Público, titular da ação penal, estiver em posse de lastro probatório suficiente para embasar *opinio delicti* e fundamentar denúncia, poderá fazê-lo às próprias expensas, sem o inquérito.

Porém, conforme referido no ponto anterior, as ocasiões em que isso ocorre são raríssimas. A peça inquisitorial é quase indissociável do processo penal na prática, sendo a sua dispensabilidade apenas teórica na grande maioria dos casos. Trata-se de peça que efetivamente sustenta a ação penal, não só na sua fase preliminar.

Com base nessa dispensabilidade criou-se a ilusão do inquérito policial como peça de cunho meramente informativo, sem compromisso com o contraditório judicial e, portanto, irrelevante para a convicção do magistrado.

O entendimento majoritário da jurisprudência é de que as nulidades ocorridas na fase preliminar não têm o condão de gerar nulidades durante a fase judicial. Nesse sentido, há julgados do STJ e STF consolidando que “eventuais máculas ocorridas no inquérito não contaminam a ação penal”²⁵; “é entendimento dominante no STJ que eventual nulidade do inquérito policial não contamina a ação penal superveniente, vez

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Interrogatório do réu e direito ao silêncio**. Ciência Penal. n. 1, v. 3, 1976. p. 26.

²² BRASIL. **Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941**. Art. 27. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em 15/11/2022.

²³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941**. Art. 39, § 5º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em 15/11/2022.

²⁴ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941**. Art. 46, §1º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em 15/11/2022.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **AgRg no REsp 1406481/RS**. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Julgado em 28/04/2015.

que aquele é mera peça informativa, produzida sem o crivo do contraditório”²⁶; e no HC 259.93/STJ:

[...] 2. O entendimento adotado pela Corte de origem está de acordo com a jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que o inquérito policial, em razão de sua natureza administrativa, não está sujeito à observância do contraditório e da ampla defesa (...)

3. Eventuais irregularidades existentes no inquérito policial, em razão de sua natureza inquisitorial, não têm o condão de macular a ação penal [...].²⁷

A lição do professor Renato Brasileiro de Lima sobre o assunto é:

Logo, como o inquérito policial é mera peça informativa, eventuais vícios dele constantes não têm o condão de contaminar o processo penal a que der origem. Havendo, assim, eventual irregularidade em ato praticado no curso do inquérito, mostra-se inviável a anulação do processo penal subsequente. Afinal, as nulidades processuais concernem, tão somente, aos defeitos de ordem jurídica que afetam os atos praticados ao longo do processo penal condenatório (LIMA, 2020, p.175).²⁸

Dada a permissão, o entendimento de que “eventuais vícios ocorridos no inquérito policial não se transmudam automaticamente para o processo por se tratar de peça meramente informativa destinada à sustentação de admissibilidade da inicial acusatória”²⁹ parece ser um entendimento equivocado e ultrapassado.

Não se desconhece que, de fato, essa seria a forma ideal de tratar a investigação no plano teórico. O valor probatório do inquérito deveria sim, em tese, esgotar com a decisão que recebe a denúncia – à exceção das provas irrepetíveis, é claro. É o que ensinam Lopes Jr. e Gloeckner:

[...] os atos praticados na instrução preliminar esgotam sua *eficácia probatória* com a admissão da acusação, isto é, servem para justificar medidas cautelares e outras restrições adotadas no curso da fase pré-processual e para justificar o processo ou o não processo. Não podem ser valorados na sentença. Como se vê, a eficácia probatória mantém uma íntima relação com o *objeto* e o *nível de cognição*, de modo que, na instrução *plenária*, a sentença toma por base os elementos obtidos na fase pré-processual (pois a fase processual é mero controle formal). Por outro lado, na instrução preliminar *sumária*, a valoração esgota-se com a admissão da acusação.³⁰

No entanto, tal ideia não se efetiva no plano fático. Não é o que se verifica na realidade. A prática mostra que o inquérito policial é um caderno probatório com a peculiar capacidade de contaminar a ação penal e o magistrado com indícios formados sem contraditório.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **HC 85.286/SP**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgado em 29/11/2005.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **HC 259930/RJ**. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Julgado em 14/05/2013.

²⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8.ed. rev., ampl. E atual. – Salvador : JusPodivm, 2020. p. 175.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **RHC 65977/BA**. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Julgado em 10/03/2016.

³⁰ LOPES JR., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6.ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2014. p. 205.

A jurisprudência dominante do STJ de que os indícios colhidos no inquérito têm valor probatório relativo, porque colhidos sem a observância do contraditório, ou de que a condenação não se pode fundar exclusivamente nos elementos informativos do inquérito policial não produz efeitos materiais suficientes para conter as sequelas que o contato com eles deixa na psique do magistrado.

Na crítica de Gloeckner sobre a valoração probatória do inquérito, o desafio imposto pelo sistema atual é justamente a perda das funções da investigação preliminar. Nas palavras do professor:

No plano das funções declaradas, realmente o inquérito policial, sendo um instrumento para apuração do fato criminoso, de sua autoria e materialidade, sempre em nível indiciário, não ofereceria maiores problemas. Contudo, o escopo do inquérito jamais se restringiria a tais funções declaradas. A estrutura do código de processo penal brasileiro de 1941 foi construída em cima de significantes capazes de retirar do inquérito finalidades mais relevantes, de regra, em torno das chamadas funções não declaradas.³¹

Essa perda da função de ser mera peça indiciária é decorrente do sistema misto, em que é possibilitado ao inquérito policial ir de encontro ao juiz e auxiliá-lo na construção da decisão judicial. O pensamento da investigação no processo judicial autoriza o magistrado a formular juízos em torno dos seus elementos informativos.

Com tudo isso, conclui-se que superar a primeira fase da persecução penal, manter os elementos informativos nela colhidos e transmiti-los para a segunda fase gera problemas inexoráveis à presunção de inocência. O problema que é a valoração probatória do inquérito pelo magistrado permanecerá insolúvel enquanto o inquérito policial acompanhar a acusação.³²

Em um sistema acusatório, os indícios colhidos sem observância ao contraditório seriam automaticamente rechaçados e invalidados a partir do momento em que se instaura o processo. O que acontece no Brasil, porém, é a validação desses indícios sob o pretexto de serem “relativos” ou “apenas informativos”.

A jurisprudência moderna felizmente caminha para reconhecer a carga negativa que este tipo de indício transborda. Dentre os diversos julgados que estão aparecendo nesse sentido, há um que merece relevância: o AREsp 1.936.393/RJ³³, no qual o Ministro Marcelo Navarro Ribeiro Dantas propôs a superação da tese da presunção de legitimidade e credibilidade dos depoimentos de agentes policiais.

O ministro entendeu que há aparentes vícios de estrutura organizacional da polícia judiciária que têm propriedade de ensejar falsas acusações. Nas palavras do julgador:

É ingênua e irreal a ideia de que policiais nunca mentiriam em seus testemunhos ou que nunca teriam motivos para incriminar falsamente um réu que não conhecem. Consoante vasta produção de pesquisa nacional e internacional, há diversas razões que limitam a credibilidade do depoimento policial, desde os vieses cognitivos próprios das corporações, até a existência de incentivos como pressões por produtividade, ausência de fiscalização e

³¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, volume 1. 1.ed. – Florianópolis : Tirant Lo Blanch, 2018. p. 394.

³² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, volume 1. 1.ed. – Florianópolis : Tirant Lo Blanch, 2018. p. 395.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **AREsp 1936393/RJ**. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Julgado em 25/10/2022.

criação de uma aparência de dureza no combate ao crime para a fabricação de acusações falsas.³⁴

Não bastasse, no julgamento do referido AREsp 1.936.393/RJ, publicado no dia 08/11/2022, a Corte ressaltou na ementa a tese do relator segundo a qual a palavra do agente policial que diz ter presenciado crime não é suficiente para fundamentar sentença condenatória, sendo necessária corroboração mediante apresentação dos fatos alegados por áudio ou vídeo.

Apesar de não ter prevalecido no julgamento a visão minoritária de Ribeiro Dantas, acompanhada por apenas um colega da turma, observa-se que não foi completamente descartada, tendo sido salientada na apresentação do conteúdo do acórdão. É um importante marco para a jurisprudência no que concerne ao valor probatório do inquérito policial.

A fala do ministro é o arremate da ideia de que os indícios produzidos em desconformidade com o contraditório estão sujeitos à discricionariedade e que, por isso, não devem ser considerados.

Desse modo, é certo afirmar que o juiz da instrução, que teve contato com a investigação, terá a sua opinião definida já na fase inicial do processo, vez que participou efetivamente da coleta de indícios.

De outro lado, na fase de instrução a investigação policial parece macular ainda mais o processo. Não é incomum encontrar alegações do Ministério Público firmadas inteiramente em descrições feitas pelos agentes policiais. Menos raro ainda é encontrar condenações fundadas nos elementos constantes do inquérito.

Portanto, não se trata de “mera peça informativa” como sustenta a doutrina, mas de perigoso meio de obtenção de provas³⁵ sem contraditório que serve de base para fundamentar a ação penal e influenciar o magistrado ainda no prefácio do processo. O inquérito policial, na prática, é o próprio arcabouço da ação penal(!).

2.4. O MAPEAMENTO DA INFLUÊNCIA DO INQUÉRITO POLICIAL

Com o intuito de demonstrar que a investigação preliminar costumeiramente assume maior valor do que as suas funções precípuas, oportuno citar o estudo organizado pelo Prof. Dr. André Rocha Sampaio, Doutor pela PUCRS, Marcelo Herval Macêdo Ribeiro e Amanda Assis Ferreira, do Centro Universitário Tiradentes UNIT – AL³⁶, que apresentou a frequência de utilização do inquérito policial na fundamentação das sentenças condenatórias nas Varas Criminais em Maceió.

O intuito do experimento foi investigar empiricamente qual é o grau de influência que os elementos probatórios colhidos em sede preliminar têm na convicção dos magistrados. Por meio de pesquisa mista, isto é, utilizando-se ferramentas estatísticas para recolha de dados e interpretação subjetiva da problemática, buscou-se responder à pergunta: “o inquérito policial é utilizado na fundamentação de sentenças judiciais?”.

Para a coleta de dados, foi realizado o mapeamento da influência dos elementos de investigação preliminar na fundamentação das sentenças criminais

³⁴ Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Quinta Turma – STJ – 23/08/2022**. Transmido em 23/08/2022. Disponível em “<https://www.youtube.com/watch?v=POa6kdG7kUE>”. Acesso em 04/11/2022.

³⁵ Não se trata de “prova” em si, senão o meio de produção. Em LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 421.

³⁶ RIBEIRO, Marcelo H. M.; SAMPAIO, André R.; FERREIRA, Amanda A. **A influência dos elementos de informação do inquérito policial na fundamentação da sentença penal condenatória**: uma análise das sentenças prolatadas pelas varas criminais de Maceió/AL. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 175- jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.299>

publicadas no estado de Alagoas em 2016 (antes da publicação e vigência da Lei 13.964/2019).

Para tanto, 458 processos criminais tiveram suas sentenças esmiuçadas em ferramenta elaborada pelo grupo de pesquisa, dos quais 80,6% (369 processos) faziam referência escancarada aos elementos informativos da investigação. Das 369 sentenças que faziam menção ao procedimento preliminar, 91% (336 decisões) eram condenatórias.

Dentro desse mesmo conjunto, 226 decisões fizeram uso de elementos repetíveis como fundamentação para condenação. Isso quer dizer que 61% das provas que embasaram condenações poderiam ter sido repetidas no curso do processo, sob a égide da tutela padrão.

Em outras palavras: não só foi respondido o questionamento objeto da pesquisa – de que efetivamente a investigação exerce influência sobre a convicção do magistrado - como restou demonstrado que em mais da metade dos casos os juízes preferem não repetir, sob a luz do contraditório, as provas que já foram acostadas ao inquérito. Isso ocorre provavelmente porque, já produzidas em sede policial, não subsistiria motivo aparente para repeti-las na instrução – o inquérito já as fornece sem demandar maior esforço do Judiciário.

É um dado alarmante quando se leva em conta a necessidade constitucional de formar convicção a partir da livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial. Por tudo o que já foi referido, aparenta existir inconformidade entre a utilização, ainda que em pequena escala, dos indícios colhidos preliminarmente e o atual modelo constitucional e processual penal.

O estudo concluiu, pormenorizadamente, que o grau de influência do inquérito policial dentro da ação penal é extremamente elevado. A conclusão extraída aquém da pesquisa, de que atualmente existem condenações sendo fundamentadas com indícios colhidos em subterfúgio, sem a presença da defesa e ocultos ao contraditório, é ainda pior.

3. O JUIZ DAS GARANTIAS E A RENOVAÇÃO DO SISTEMA PENAL

A fim de solucionar o problema apresentado, foi necessário repartir as funções de investigar e julgar entre dois juízes distintos. A figura do juiz das garantias apareceu com esse objetivo.

É uma solução astuta introduzida pela Lei 13.964/19. Consiste em um juiz de direito (ou federal) que exerce a sua função apenas na fase de investigação e atua como garantidor da eficácia dos direitos e garantias fundamentais do acusado, e controlador da legalidade da investigação criminal.

Ou seja, o juiz das garantias é um juiz que arroga para si o trabalho que o juiz da instrução normalmente desenvolve na fase preliminar, de maneira que o magistrado que atuou na fase de investigação preliminar restará impedido de atuar na correspondente ação penal.

Esse juiz é responsável tão somente pelos atos que concernem à fase preliminar ao processo, isto é, sua competência é reservada aos atos do inquérito policial e cessa imediatamente com o recebimento da denúncia.

Ao responder às perguntas “por que precisamos do juiz das garantias?” e “qual o fundamento do sistema ‘Duplo Juiz’?”, Lopes Jr. aduz que um mesmo juiz não pode fazer tudo notadamente porque fica evidente a incompatibilidade psíquica de que um ser humano presida uma investigação criminal e, depois, consiga manter a

imparcialidade no julgamento do processo, alheio aos fatos que presenciou durante o inquérito.³⁷

Observando o cenário, pode-se dizer que dois juízes distintos atuando separadamente durante as fases da persecução penal assegurarão o afastamento do julgador do processo judicial (juiz da instrução e julgamento) dos elementos produzidos na fase investigatória (inquérito policial), mantendo-se, assim, a imparcialidade na apreciação da pretensão punitiva e coroando o modelo acusatório.

Na visão de Gloeckner, a divisão de magistrados é uma tentativa de conter o chamado “*confirmation bias*” ou “efeito confirmatório de decisões anteriores”. Trata-se do viés de confirmação: a tendência humana de aceitar mais facilmente informações que já estão de acordo, fortalecem ou confirmam as suas crenças.³⁸

Nessa linha, o efeito de confirmação das decisões que o juiz tomou durante a investigação é aparente. Parece que é comum o julgador tomar como base os elementos de convicção que adquiriu em sede preliminar para fundamentar as decisões em sede judicial.

Novamente é necessário referir a importância do sistema acusatório. Somente a separação dos procedimentos de investigar e julgar é capaz de mitigar o efeito confirmatório das decisões, vez que a garantia do contraditório permite que o magistrado tenha contato apenas com as versões contrapostas das partes no processo, sem prévia impressão do caso.

Daí a relevância de suprimir a entrada do inquérito no processo judicial, bem como da atuação do juiz das garantias. Os dois expedientes servem para que o julgador da causa não forme opinião de forma prematura.

Convém esclarecer que o juiz das garantias não necessariamente desconfigura a estrutura do Poder Judiciário, vez que se trata de mera nova atribuição aos já empossados magistrados e não de novo cargo a ser preenchido. Um juiz togado pode atuar como juiz das garantias em determinado caso e continuar sendo juiz instrutor em outro.³⁹

Assim, nota-se que o juiz garante não é reorganização do quadro funcional judiciário. É reorganização do processo penal. Para além disso, é a adequação do processo penal dentro de um ordenamento jurídico em que não se admite o sistema inquisitivo. O juiz das garantias é a afirmação do sistema acusatório dentro de um país e, para Giacomolli, é a opção política entre processo democrático ou totalitário⁴⁰.

Por fim, dentro da competência prevista para o juiz garante evidencia-se a visível possibilidade de atingir garantias do acusado. Em verdade, a investigação sempre foi expediente de atos que eventualmente lesam direitos fundamentais. Alguns exemplos são as prisões cautelares, as quebras de sigilo telefônico, o acesso a outras informações sigilosas, a condução coercitiva e quaisquer outros direitos cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário. Nessa linha é a lição de Giacomolli:

Na fase preliminar do processo penal, é inegável a possibilidade de os atos de investigação atingirem âmbitos de proteção dos direitos fundamentais do

³⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 19.ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2022. p. 142.

³⁸ GLOECKNER, Ricardo. **Prisões Cautelares, Confirmation Bias e o Direito Fundamental à Devida Cognição no Processo Penal**. RBCCRIM, São Paulo, v. 117, Processo Penal n. 3, NOV/DEZ, 2015.

³⁹ Conselho Nacional de Justiça (Brasil). **A IMPLANTAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO**. 2020. p. 21. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf>

⁴⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias**. 2.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2022. p. 77.

investigado ou do suspeito, protegidos constitucionalmente. Portanto, a invocação da atuação do Estado-Jurisdição é inafastável.⁴¹

Daí porque a função de presidir a investigação precisa ser desenvolvida por um juiz e não por representante do Ministério Público ou outra autoridade delegada. Essa função necessariamente será conduzida pelo Estado-Juiz porque, conforme ensina a professora Armenta Deu, durante a fase investigativa “é preciso adotar medidas que afetam a direitos fundamentais e que por isso requerem autorização jurisdicional”.⁴²

Com efeito, a premissa deste trabalho é a de que a maioria das violações aos Direitos Fundamentais do investigado se dão na fase preliminar, em consequência das diligências do inquérito policial e das medidas cautelares probatórias, sobretudo porque ausente o contraditório durante o seu curso.

3.1. O JUIZ DAS GARANTIAS NO BRASIL

No Brasil, o juiz das garantias não é apresentação completamente nova. Sua primeira aparição foi no projeto de reforma do Código de Processo Penal - PL 156/2009 - que tramitou até meados de 2011. A redação final do texto foi aprovada em Parecer datado de 2010 e remetido à Câmara dos Deputados em 2011, pelo que passou a tramitar sob o nº 8.045/2010, com a manutenção da figura do juiz das garantias em suas linhas. No entanto, ainda sem resolução.

Considerando a elevada mora e atraso científico que a falta da reforma traria ao país, o legislador teve de acirrar a implantação desse instituto antes da conclusão do projeto de lei anterior.

Assim, no dia 24 de dezembro de 2019 foi promulgada e passou a ter vigência a Lei 13.964/19, trivialmente denominada de “Pacote Anticrime”, que em sua ementa e Art. 1º afirma aperfeiçoar a legislação penal e processual penal. O pretenso aperfeiçoamento não foi simples conjectura. A lei verdadeiramente trouxe inovações significativas para o processo penal brasileiro, com a inclusão dos artigos 3º-A a 3º-F no CPP, como a (re)afirmação da estrutura acusatória do processo penal; a criação da figura do juiz das garantias, indissociável do objeto de estudo deste texto; e, no que remete ao título do artigo, a possível exclusão física dos autos do inquérito policial.

O juiz das garantias e seus consectários, no entanto, encontram-se com eficácia suspensa por decisão monocrática nas ADI’s 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, o que, pelo menos em primeiro momento, não parece obstar análise superficial acerca do seu conteúdo – isto é, a possibilidade de exclusão física dos autos do inquérito policial não parece estar restrita ao julgamento improcedente das demandas pelo STF – motivo pelo qual seu mérito é pouco relevante aqui e não será discutido.

Quanto às mudanças da nova legislação, ressalta-se que o seu eixo principal é a harmonização do Código de Processo Penal com os valores democráticos expressos na Constituição Federal de 1988.

A primeira e mais notável mudança é a afirmação da vigência do modelo acusatório. No art. 3º-A está expresso que “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

⁴¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal**: crises, misérias e novas metodologias investigatórias. 2.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2022. p. 76.

⁴² DEU, Teresa Armenta. **A prova ilícita**: um estudo comparado; tradução Nereu José Giacomolli. 1.ed. – São Paulo : Marcial Pons, 2014. p. 74.

Não se trata mais, pois, de presunção da existência de um sistema misto ou acusatório por meio de interpretação das entrelinhas da Constituição. A lei infraconstitucional agora deixa muito bem claro que o processo penal seguirá o modelo acusatório, sem ressalvas.

É interessante ressaltar que com a reafirmação do modelo acusatório como estrutura a ser seguida, por tudo o que foi examinado, a exclusão física dos autos do inquérito policial e a existência do juiz das garantias é resultado lógico. Conforme demonstrado, é impossível respeitar um sistema acusatório se o inquérito acompanhar a ação penal e/ou um só magistrado acompanhar as duas fases da persecução.

Quanto à vedação da iniciativa do juiz e a substituição da atuação probatória do órgão acusador, uma breve constatação: conforme mencionado, a função que a Constituição confere ao juiz não é a de produtor de provas, mas de julgador e guardião do processo. Por isso não deve o juiz agir de ofício em busca da “verdade real”, como se faz no modelo inquisitivo.

Ainda na seara das inovações relevantes, o art. 3º-B trouxe um rol com taxatividade mitigada sobre as matérias de atuação do juiz das garantias. Em suma, o juiz garante atuará como franqueador dos atos investigativos que necessitam prévia autorização do Judiciário, mas mais importante que isso, será o destinatário dos indícios de autoria e materialidade do delito, sendo que caberá a ele receber ou rejeitar a denúncia.

Cumprido ressaltar que o juiz das garantias não é, de forma alguma, responsável direto ou presidente da investigação. Sua função é adstrita ao controle da legalidade da investigação e à salvaguarda dos direitos do acusado. Não houve mudança sobremaneira no método de condução da investigação pela polícia a não ser o endereçamento dos pedidos de diligência e do próprio procedimento administrativo.

No que concerne à sua competência, o art. 3º-C indica que abrange todas as infrações penais, excetuadas aquelas que possuem menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia. Isso quer dizer que o juiz das garantias é competente durante e apenas o curso da investigação.

É importante compreender a extensão da competência porque é dela que decorre a possibilidade de exclusão física dos autos do inquérito policial. Ainda no artigo 3º-C, em seu § 1º fica delimitada a resolução das questões pendentes, após o recebimento da denúncia, ao juiz da instrução. O juiz das garantias já estará impedido de atuar no processo a esse ponto.

Em seu § 2º, o artigo dita que as decisões tomadas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução, que deverá reanalisar as medidas cautelares deferidas em sede preliminar, sob os seus próprios fundamentos.

O que há em comum entre esses dois parágrafos é a fixação da ideia de que a competência do juiz das garantias realmente se esgota com o recebimento da acusação, ao passo em que quaisquer fundamentos por ele exarados devem ser afastados do crivo do juiz da instrução.

O problema da contaminação do magistrado pela investigação apresentado neste trabalho, em conjunto com a ideia de separação absoluta das competências dos dois juízes, provoca a exclusão física do inquérito policial do processo judicial.

Essa medida deflui diretamente do processo penal acusatório e da atuação do juiz garante. Por isso que o Pacote Anticrime primeiramente reafirmou a estrutura acusatória do processo penal, depois implementou a figura do juiz das garantias e, finalmente, previu a exclusão física do inquérito policial, em uma relação de causa e efeito.

4. A EXCLUSÃO FÍSICA DO INQUÉRITO POLICIAL

4.1. A PREVISÃO E AS EXCEÇÕES

Por todo o exposto, restou demonstrada a necessidade constitucional de retirar a investigação da vista do juiz instrutor, donde surge a previsão do art. 3º-C, § 3º, da Lei nº 13.964/2019:

Art. 3º-C, § 3º. Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

Nota-se que o legislador optou por não mencionar de forma clara o inquérito, mas apenas dispôs que os autos de competência do juiz das garantias devem ficar acautelados na secretaria à disposição das partes. Assim, infere-se que quaisquer expedientes anteriores à fase judicial serão suprimidos do processo, incluindo, obviamente, todos os tipos de investigação.

Por outro lado, assim como no modelo italiano de juiz das garantias,⁴³ a lei não obistou o franqueamento dos elementos irrepetíveis. Tudo o que não possui o condão de ser renovado em fase judicial pode adentrar o processo, bem como as medidas de antecipação de provas e as cautelares.

Lopes Jr. explica que as provas irrepetíveis “são aquelas que precisam ser coletadas e documentadas no momento específico da sua ocorrência e não são passíveis de repetição”. São exemplos de provas irrepetíveis as perícias no local do crime, exame de corpo de delito etc.⁴⁴

Na ideia do professor, o legislador fez essas ressalvas à exclusão de forma correta.⁴⁵ As exceções delimitadas são lógicas e escoam da urgência e irrepetibilidade. Os elementos que são passíveis de repetição não são remetidos à instrução porque não sofrem risco de perecimento e podem ser repetidos sob a égide do contraditório. Já os elementos irrepetíveis, dada sua inevitável produção em oportunidade única, devem perdurar.

4.2. A VIABILIDADE DA REGRA

Por se tratar de reforma parcial do processo penal, isto é, por não criar um Código, mas apenas complementar o já existente, a aplicação da nova regra deve ser cotejada com os dispositivos constantes do atual CPP.

Cabe mencionar as duas disposições do Código que, até então, dizem respeito à remessa da investigação preliminar à ação penal, a fim de identificar se ocorre antinomia com a nova regra: os artigos 12 e 155 do Código de Processo Penal.

O artigo 12 do Código de Processo Penal prevê que o inquérito policial deve compor os autos judiciais sempre que servir de base para a denúncia: “Art. 12. O

⁴³ SAMPAIO, André; SANTOS, Hugo. **A Exclusão Física dos Autos de Investigação**: um olhar sóbrio, mas não pessimista. Revista Liberdades, São Paulo, v. 11, n. 29, JAN/JUN. 2020. p. 126.

⁴⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 19.ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2022. p. 202.

⁴⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 19.ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2022. p. 199.

inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra”.⁴⁶

O dispositivo aparenta contrariar diretamente a regra posta no art. 3º-C, § 3º, na medida em que a norma antiga prevê o acompanhamento do inquérito na ação, enquanto a nova o exclui completamente.

Ocorre que, se interpretados os dois artigos de forma conjunta, não parece haver falha na aplicação de algum deles. Cabe rememorar que a competência para analisar o recebimento ou rejeição da denúncia é do juiz das garantias (art. 3º-B). Dessa forma, acareando-se os dois dispositivos, interpreta-se que o inquérito deve acompanhar a denúncia somente para servir de base aos fundamentos do juiz garante. Com a cessação da sua competência, o inquérito é automaticamente acautelado na secretaria e excluído do caderno processual, excepcionados os elementos irrepetíveis.

De forma mais clara, o art. 12, do CPP, não é antinômico ao parágrafo 3º do art. 3º-C, porquanto tornou-se regra aplicável apenas ao juiz das garantias. Não há que se falar, portanto, em revogação tácita ou modificação.

Por outro lado, deve ser tratada sob outro enfoque a evidente contraposição de normas entre o referido dispositivo e o art. 155 do CPP:

“Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.⁴⁷

O emprego do vocábulo “exclusivamente” contrasta claramente com a falta de elementos informativos colhidos na investigação dentro do processo judicial regrada pela nova lei. Prever que o juiz não pode fundar a sentença “exclusivamente” nos elementos do inquérito é admitir que o inquérito ainda está à disposição do magistrado que prolata a sentença; que o juiz deve aferir os elementos do inquérito em conjunto com outros adquiridos em sede judicial; e que é possível condenar o acusado com lastro no inquérito policial, desde que essa não seja a única fonte probatória.

Conforme explicado, não deve ser este o caso. Para Lopes Jr. e Moraes da Rosa, nem se invoca mais o art. 155, levando-se em conta que a disposição atual modifica totalmente a estrutura lógica de aproveitamento do inquérito policial ou flagrante.⁴⁸

Considerando que os elementos da investigação não podem adentrar a ação penal em virtude da competência do juiz das garantias, não é possível aceitar a ideia de que o juiz da instrução os utilize para fundar sentença em qualquer hipótese, mesmo que em complemento a provas produzidas em juízo.

Se a afirmação da estrutura acusatória do processo penal, a implementação da figura do juiz das garantias e a exclusão física do inquérito policial dos autos judiciais são proteções aos valores constitucionais atuais, a manutenção do art. 155 do CPP é o seu abandono.

⁴⁶ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941**. Art. 12. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em 15/11/2022.

⁴⁷ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941**. Art. 155. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em 15/11/2022.

⁴⁸ DA ROSA, Alexandre; LOPES JR., Aury. **Entenda o impacto do Juiz das Garantias no Processo Penal**. Revista Consultor Jurídico, 27 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juiz-garantias-processo-penal>

A conservação desse dispositivo permite que o inquérito policial ainda permeie e cause máculas à ação penal. A própria interpretação do artigo é a de que o juiz está autorizado a utilizar os elementos da investigação quando realiza a fundamentação da sentença.

Percebe-se verdadeiro desrespeito ao contraditório e ao princípio da imparcialidade na redação do artigo, que deveria ter sido expressamente revogado com o advento do Pacote Anticrime. Constata-se que as duas disposições publicadas em diferentes tempos são contrárias, erro que não comporta reparo senão revogação.

No pensamento de Rocha Sampaio e Rodrigues dos Santos, a única conclusão possível para o problema é a revogação tácita do artigo 155 do Código de Processo penal. Isso porque corre-se risco de esvaziamento das finalidades de modernização acusatória do processo penal.⁴⁹ Em outros termos, a manutenção do art. 155 tem o condão de sabotar o progresso alcançado pela parcial reforma. A solução aparente para essa antinomia é a revogação tácita do referido artigo, diante da sua plena incompatibilidade com a nova regra.

Dessa forma, a aplicação das regras atinentes ao juiz das garantias, notadamente no que toca à exclusão física do inquérito policial dos autos judiciais, é necessária para adequar o processo penal aos valores constitucionais modernos e viável para aplicação, embora passível de pequenas harmonizações.

5. CONCLUSÃO

A exclusão física do inquérito policial dos autos judiciais é medida já há muito pleiteada por garantistas no país e parece, enfim, ter encontrado subsistência no nosso ordenamento jurídico, por meio do art. 3º-C, § 3º, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei 13.964/19.

O contato com a investigação preliminar influencia gravemente a convicção do magistrado, que costuma tomar a decisão em desconformidade com as provas produzidas em contraditório judicial porque contaminado por elementos que deveriam ser meramente informativos.

Conforme observado, porém, a estrutura acusatória do processo penal adotada pela Constituição da República não permite que o juiz responsável pela investigação seja o mesmo que julga a causa, em decorrência lógica da separação de funções inerente ao sistema acusatório.

Daí surgiu a figura do juiz das garantias no Brasil. Um personagem da persecução penal cuja função é atuar na fase preliminar, minimizando a contaminação sofrida pelo magistrado que atuará na fase judicial. A exclusão física do inquérito policial, tema deste trabalho, está umbilicalmente ligada a ela, vez que de nada adiantaria suprimir o caderno investigativo do processo se o magistrado que o julga já estiver informado dos seus elementos probatórios.

No entanto, a regra da exclusão do inquérito causou dissonância com o Código de Processo Penal em primeiro momento, mormente no que toca aos artigos 12 e 155 do diploma legal. Analisando a questão superficialmente, sem o objetivo de esgotá-la, percebe-se que não há desconformidade entre o artigo 12 e a nova previsão, vez que a remessa do inquérito para servir de base à denúncia passa a ser direta ao juiz garante, longe do olhar do juiz instrutor.

⁴⁹ SAMPAIO, André; SANTOS, Hugo. **A Exclusão Física dos Autos de Investigação**: um olhar sóbrio, mas não pessimista. Revista Liberdades, São Paulo, v. 11, n. 29, JAN/JUN. 2020, p. 127.

O artigo 155, por outro lado, mostrou-se inconforme com a nova previsão, tendo em vista que dá margem à interpretação de que o inquérito pode passar ao processo em momento oportuno da prolação da sentença. Não é o que busca uma reforma que reafirma a estrutura acusatória do processo penal. Por isso, deve ser compreendida pela doutrina e jurisprudência a revogação tácita do referido dispositivo.

Assim, a regra atinente ao § 3º do art. 3º-C, além de ser reforma necessária para adequação do processo penal aos valores democráticos e constitucionais modernos, é viável e compatível com o sistema atual, sendo necessárias apenas pontuais adequações.

Em suma, a legislação trouxe inovações significativas e aliviou a tensão que o sistema inquisitivo causa no processo penal. Seria ingenuidade e reducionismo alegar que essa parcial reforma suplantou todos os problemas que ainda existem no processo penal, ou que acabou com a contaminação do julgador, – o que seria virtualmente impossível, já que nenhum sistema é perfeito – mas não é errado admitir que a sua aplicação tem o condão de colaborar com a imparcialidade do magistrado e o potencial de reduzir os traços inquisitivos do procedimento.

A discussão sobre ocultar a investigação ao magistrado que julga o caso concreto, portanto, vai muito além do advento da Lei 13.964/19. A exclusão física do inquérito policial é, afinal, importante passo para a tentativa de eliminar o autoritarismo que permeia o processo penal brasileiro e para a aplicação escoreta do tão desejado sistema acusatório.

REFERÊNCIAS:

GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias**. 2.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2022.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 19.ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2022.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6.ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 6. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**, volume 1. 1.ed. – Florianópolis : Tirant Lo Blanch, 2018.

Sistema. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2022. Disponível em: "<https://www.dicio.com.br/sistema/>".

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3.ed. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27.ed. – São Paulo : Atlas, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 3.ed. – São Paulo : Forense, 2022.

THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: Tempo, Tecnologia, Dromologia, Garantismo**. 1.ed. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Interrogatório do réu e direito ao silêncio**. Ciência Penal. n. 1, v. 3, 1976.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8.ed. rev., ampl. E atual. – Salvador : JusPodivm, 2020.

DEU, Teresa Armenta. **A prova ilícita**: um estudo comparado; tradução Nereu José Giacomolli. 1.ed. – São Paulo : Marcial Pons, 2014.

RIBEIRO, Marcelo H. M.; SAMPAIO, André R.; FERREIRA, Amanda A. **A influência dos elementos de informação do inquérito policial na fundamentação da sentença penal condenatória**: uma análise das sentenças prolatadas pelas varas criminais de Maceió/AL. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 175- jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.299>

GLOECKNER, Ricardo. **Prisões Cautelares, Confirmation Bias e o Direito Fundamental à Devida Cognição no Processo Penal**. RBCCRIM, São Paulo, v. 117, Processo Penal n. 3, NOV/DEZ, 2015.

SAMPAIO, André; SANTOS, Hugo. **A Exclusão Física dos Autos de Investigação**: um olhar sóbrio, mas não pessimista. Revista Liberdades, São Paulo, v. 11, n. 29, JAN/JUN. 2020.

DA ROSA, Alexandre; LOPES JR., Aury. **Entenda o impacto do Juiz das Garantias no Processo Penal**. Revista Consultor Jurídico, 27 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juiz-garantias-processo-penal>

MORAIS KISS, Vanessa. **A Valoração Como Prova dos Atos Praticados no Inquérito Policial à Luz da Lei 13.964/19**. REDP. Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, MAI/AGO. 2021.

Conselho Nacional de Justiça (Brasil). **A IMPLANTAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO**. 2020. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf>

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 15/11/2022. BRASIL.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em 15/11/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **AgRg no REsp 1406481/RS**. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Julgado em 28/04/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **HC 85286/SP**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgado em 29/11/2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **HC 259930/RJ**. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Julgado em 14/05/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **RHC 65977/BA**. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Julgado em 10/03/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **AREsp 1936393/RJ**. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Julgado em 25/10/2022.

Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Quinta Turma – STJ – 23/08/2022**. Transmitido em 23/08/2022. Disponível em “<https://www.youtube.com/watch?v=POa6kdG7kUE>”. Acesso em 04/11/2022.